

Sygn. akt: KIO 1146/22

WYROK
z dnia 19 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**
Joanna Gawdzik-Zawalska
Anna Kurowska

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2022 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Comtegra” S.A., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa i „Sprint” S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Miasta Krakowa, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Maxto Technology Sp. z o.o. i Maxto Sp. z o.o. S.K.A., ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Maxto Technology Sp. z o.o. i Maxto Sp. z o.o. S.K.A., pomimo że ww. wykonawcy nie wnieśli wadium lub wnieśli w sposób nieprawidłowy,
i nakazuje Zamawiającemu Zarządowi Dróg Miasta Krakowa unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia: Maxto Technology Sp. z o.o. i Maxto Sp. z o.o. S.K.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Comtegra” S.A. i „Sprint” S.A. w części 4/5 oraz Zarząd Dróg Miasta Krakowa w części 1/5 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Comtegra” S.A. i „Sprint” S.A. tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Comtegra” S.A. i „Sprint” S.A. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od Zarządu Dróg Miasta Krakowa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Comtegra” S.A. i „Sprint” S.A. kwotę 3 720 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) 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

Zarząd Dróg Miasta Krakowa (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozwój systemu informacji dla podróżujących na obszarze Krakowskiego Obszaru Funkcjonalnego – Modernizacja systemu informacji dla kierowców”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 sierpnia 2022 r. pod nr 2022/S 149-397265.

W dniu 25 kwietnia 2022 r. przez wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „Comtegra” S.A. z siedzibą w Warszawie i „Sprint” S.A. z siedzibą w Olsztynie (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- a) czynności badania i oceny złożonych ofert, a w konsekwencji czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Maxto Technology Sp. z o. o. oraz Maxto Sp. z o. o. S.K.A. (dalej „Konsorcjum Maxto”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Maxto, pomimo że wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy.

- b) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Maxto jako sprzecznej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia i nie spełnia wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego z uwagi na okoliczności opisane

w uzasadnieniu odwołania, w szczególności zaś:

- 1) brak wskazania w ofercie nazwy modelu oferowanej kamery ANPR oraz ewentualnie nieuprawnione uzupełnienie nazwy modelu oferowanej kamery ANPR,

2) dostarczenie na „Testy jakości odczytywania tablic” urządzenia niezgodnego z przedstawioną ofertą.

c) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Maxto pomimo, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania.

d) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Maxto, pomimo, że została ona złożona przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia,

- ewentualnie naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Maxto do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

e) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyznanie punktów Konsorcjum Maxto w ramach kryterium „ocena techniczna” - „Testu jakości odczytywania tablic” oraz poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Maxto jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Maxto,

c) dokonania ponownego badania i oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,

d) ewentualnie przyznania ofercie Konsorcjum Maxto zero (0) punktów w kryterium „ocena techniczna” - „Testu jakości odczytywania tablic”,

e) ewentualnie nakazania wezwania Konsorcjum Maxto do uzupełnienia dokumentów.

I. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Maxto, pomimo że wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Maxto wniosło wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez Korporację Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych S. A. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykorzystany przez Gwaranta szablon gwarancji, a w szczególności postanowienie zawarte w pkt 8, podlegało już ocenie Krajowej Izby

Odwoławczej. W wyroku z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3730/21 Izba przesądziła, iż analogiczna treść gwarancji jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp. Od grudnia 2021 r. Korporacja Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych S. A. zmieniła stosowany szablon gwarancji wadialnych, w szczególności poprzez usunięcie wskazanego pkt 8.

Odwołujący wskazał, że w pkt 8 przedmiotowej gwarancji zostało zawarte następujące postanowienie:

„8. Niniejsza Gwarancja wygasa również w przypadku, gdy:

- 1) Wykonawca wycofał ofertę przed upływem terminu przewidzianego na składanie ofert, a Wykonawca zgłosił wniosek o zwrot wadium,
- 2) oferta Wykonawcy została odrzucona, a Wykonawca zgłosił wniosek o zwrot wadium,
- 3) dokonano wyboru jako najkorzystniejszej innej oferty niż Oferta Wykonawcy, a Wykonawca zgłosił wniosek o zwrot wadium,
- 4) postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione, a postępowania odwoławcze zostały prawomocnie zakończone lub upłynął termin przewidziany na wniesienie odwołania,
- 5) świadczenia Gwaranta z tytułu niniejszej Gwarancji osiągnęły sumę gwarancyjną,
- 6) Beneficjent złoży Gwarantowi oświadczenie o zwolnieniu wadium w postaci Gwarancji.”.

Odwołujący podniósł, że przedmiotowa gwarancja jest nieprawidłowa, w szczególności nie zabezpiecza interesów Zamawiającego. Gwarant zamieścił w pkt. 1 Gwarancji zapis, że zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty wadium, jednakże w pkt. 8 dokumentu wskazał okoliczności wygaśnięcia gwarancji, które czynią wątpliwą nieodwołalność i bezwarunkowość zobowiązania Gwaranta, a także płynność przedstawionej gwarancji taką samą, jak w przypadku wadium wniesionego w pieniądzu. Gwarant jako okoliczności wygaśnięcia wadium wskazał m.in. przesłanki z art. 98 ust. 2 ustawy Pzp, przewidziane dla zwrotu wadium przez Zamawiającego na wniosek wykonawcy.

Odwołujący stwierdził, że przedłożona gwarancja zapłaty wadium w zakresie pkt 8 nie spełnia wymogu określonego w art. 98 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym „zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.”. Jak zaznaczył Odwołujący, w przepisie tym nie ma automatyzmu i gwarancja wadialna nie powinna wygasać automatycznie, bez oświadczenia Zamawiającego.

Jak wskazał Odwołujący, postanowienia pkt 8 ppkt. 1-4 gwarancji prowadzą do wygaszenia ważności wadium przedwcześnie, a więc jeszcze przed dokonaniem jego zwrotu

przez Zamawiającego regulowanego przepisami art. 98 ust. 2 ustawy Pzp, a poprzez to do samodzielnego zwolnienia się przez Gwaranta z odpowiedzialności z tytułu gwarancji. W ocenie Odwołującego, szczególnie regulacja zawarta w pkt 8 ppkt. 1 podważa pewność Zamawiającego co do dysponowania wadium bez dodatkowych i jednocześnie nie posiadających umocowania w przepisach czynności Zamawiającego, jakimi byłyby wezwania kierowane do Wykonawcy czy Gwaranta, do wyjaśnienia czy Wykonawca nie poinformował Gwaranta o wycofaniu oferty i skierowaniu do Zamawiającego wniosku o zwrot wadium, doprowadzając tym samym do wygaśnięcia wadium, a tym samym do jego faktycznego braku, mimo przekazania Zamawiającemu elektronicznego oryginału gwarancji wraz z ofertą. Jednocześnie, Zamawiający nie znając treści umowy zawartej pomiędzy Wykonawcą a Gwarantem, nie może wiedzieć czy istnieją jakiegokolwiek mechanizmy zabezpieczające przed potencjalnymi nadużyciami na niekorzyść Zamawiającego, czy to ze strony Wykonawcy, czy Gwaranta, co ma pierwszorzędne znaczenie w kontekście ustalenia ważności i płynności wadium. Jak zauważył Odwołujący, brak tej pewności może narazić Zamawiającego na długotrwałą i zapewne bezskuteczną procedurę sądową w przypadku złożenia Gwarantowi roszczenia o zaspokojenie z gwarancji w sytuacji ziszczenia którejkolwiek przesłanki skutkującej zatrzymaniem wadium. Odwołujący stwierdził, że w obowiązującym

i niezmienionym w tym zakresie od początków systemu zamówień publicznych stanie prawnym nie wymaga dowodzenia, że brak wadium lub jego niewłaściwe wniesienie nie podlega sanacji. Tym samym, zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dysponuje wiedzą, czy oferta Konsorcjum Maxto została zabezpieczona wadium, czego wymagają przepisy ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający żądał wniesienia wadium w postępowaniu. Jednoznaczna wola Zamawiającego w powyższym zakresie została wyrażona poprzez postanowienia zamieszczone w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3730/21 stwierdzając, że wyrażony w nim pogląd przyjmuje za własny.

Odwołujący zaznaczył, że istotne dla oceny czy wadium zostało wniesione w sposób nieuprawniony jest spojrzenie na wadium poprzez pryzmat jego celu, a więc tego, czy wadium zabezpiecza interesy Zamawiającego i czy Zamawiający mógł w każdym momencie zaspokoić się z tak wniesionego wadium. W ocenie Odwołującego, treść gwarancji złożonej przez Konsorcjum Maxto godzi w interes Zamawiającego, bowiem umożliwia temu wykonawcy przedwczesne, samoistne uwolnienie się od ryzyka utraty wadium. Jak wskazał Odwołujący, ewentualne przedstawienie przez Konsorcjum Maxto dodatkowych interpretacji treści gwarancji potwierdzać będzie wyłącznie niejednoznaczność treści gwarancji. Zdaniem Odwołującego, także ewentualne odwoływanie się do decyzji Zamawiających w innych

postępowaniach nie może być probierzem prawidłowości złożonej przez odwołującego gwarancji wadialnej.

II. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Maxto jako sprzecznej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia i nie spełnia wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego.

- Brak wskazania w ofercie nazwy modelu oferowanej kamery ANPR

Odwołujący podał, że kluczowym elementem systemu informacji dla podróżujących na obszarze Krakowskiego Obszaru Funkcjonalnego są kamery rozpoznające tablice rejestracyjne pojazdów i ich cechy szczególne, jak np. kolor, klasa pojazdu (ANPR), które pozyskują dane o ruchu, jego natężeniu, korkach etc, przetwarzają je i wysyłają na tablice zmiennej treści (VMS), których celem jest informowanie kierowców o optymalnych trasach i czasach przejazdu. Najlepszym potwierdzeniem istotności kamer ANPR jest fakt, że Zamawiający w ramach kryterium oceny ofert przewidział test oferowanych kamer ANPR, a także dodatkowo punktował parametry techniczne kamer (kryterium „ocena techniczna”).

Zamawiający w Części IV ust. 1 lit. e) SWZ określił, iż wymaga złożenia wraz z ofertą m.in. koncepcji budowy całego systemu tablic zmiennej treści, zawierającej elementy wymienione w części XI pkt 4 SWZ.

W Części XI ust. 4 SWZ Zamawiający wymienił elementy, które musiały zostać uwzględnione w „koncepcji” składanej wraz z ofertą:

„b) Infrastruktura sprzętowa:

W opracowaniu dla tego obszaru Wykonawca powinien przedstawić szczegółową specyfikację i opis infrastruktury technicznej niezbędnej do zbudowania i funkcjonowania całości systemu. Opis musi zawierać wszystkie niezbędne urządzenia oraz opis sposobu ich fizycznego połączenia oraz komunikacji sieciowej wraz z opisem sposobu zasilania wszystkich elementów technicznych.”.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, w Części XI ust. 2 lit. a SWZ Zamawiający wskazał, że „Zamawiający przeprowadzi test jakości odczytywania tablic rejestracyjnych przez dostarczone przez Wykonawców urządzenia zgodne z przedstawioną ofertą.”.

Zdaniem Odwołującego, z ww. punktów SWZ wynika wprost obowiązek określenia w treści oferty modelu oferowanej kamery ANPR. Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Maxto nie określiło w ofercie, czy też w żadnym dokumencie składanym wraz z ofertą, modelu oferowanej kamery ANPR. W ocenie Odwołującego, brak wskazania w ofercie oferowanej kamery ANPR stanowi nieusuwalny brak oferty, ponieważ oznacza brak złożenia

oświadczenia woli przez wykonawcę co do tego, jaka konkretnie kamera jest oferowana. Odwołujący stwierdził, że brak w ofercie informacji umożliwiającej dokonanie jednoznacznej identyfikacji oferowanego produktu poprzez wskazanie jego modelu uniemożliwia Zamawiającemu jego identyfikację, a tym samym niemożliwe jest dokonanie jakiegokolwiek badania i oceny zgodności z postawionymi wymaganiami. Odwołujący podkreślił, że każdy z wykonawców obowiązany był dostarczyć na „Testy jakości odczytywania tablic” kamery przedstawione w ofercie. Zdaniem Odwołującego, brak przedstawienia w ofercie oferowanej kamery w praktyce uniemożliwiało przeprowadzenie testów. Konieczność identyfikacji oferowanej kamery ANPR związana była także z oceną techniczną w ramach kryteriów oceny ofert.

Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający wymagał identyfikacji kamery ANPR w „koncepcji budowy systemu”. Odwołujący wskazał, że przedmiotowy dokument miał być wykorzystany do oceny w ramach kryterium oceny ofert, a jednocześnie pełnił on szczególną rolę - definiował przedmiot oferowanego świadczenia. Odwołujący zauważył, że Zamawiający opracował wzór formularza ofertowego w taki sposób, że nie wymagał on określenia co jest przedmiotem oferty, a informacje co do producenta, modelu, typu oferowanych urządzeń były wskazywane właśnie w załączanej do oferty „koncepcji”. Tym samym, dokument ten miał szczególny charakter, gdyż informacje w nim zawarte konkretyzowały przedmiot dostawy, w szczególności kamery ANPR. Odwołujący zaznaczył, że tego rodzaju informacje stanowiły istotną treść oferty, która po upływie terminu składania ofert nie mogła ulec zmianie. Odwołujący stwierdził, że brak podania modelu kamery w chwili składania oferty nie może być konwalidowany na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, tym samym ofertę Konsorcjum Maxto uznać należy za niezgodną z warunkami zamówienia. Odwołujący zastrzegł przy tym, że ewentualne uzupełnienie oferty o wskazanie modelu kamery na wezwanie do przeprowadzenia testów prowadziłoby do doprecyzowania treści oferty po upływie terminu składania ofert, co jest niedopuszczalne na gruncie art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp i wynikającej z niego zasady niezmienności treści oferty.

Odwołujący podkreślił, że obowiązkiem wykonawcy było jednoznaczne określenie oferowanej infrastruktury sprzętowej, w szczególności ocenianej w ramach kryteriów kamery ANPR. W ocenie Odwołującego, oferta Konsorcjum Maxto jest w tym zakresie niezgodna z wymaganiami SWZ. Konsekwencją przedmiotowej niezgodności jest brak możliwości przeprowadzenia prawidłowej oceny ofert. Zdaniem Odwołującego, nie może budzić żadnych wątpliwości, iż informacje dotyczące oferowanego modelu stanowiły treść oferty wykonawcy i nie mogły podlegać uzupełnieniu na etapie badania i oceny ofert. Jak wskazał Odwołujący, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia, która stanowi

obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji warunków zamówienia wymaganiom.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie może spekulować czy oferta wykonawcy jest zgodna z SWZ. Z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SWZ.

Powołując się na dyspozycje art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 187 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp Odwołujący podał, że oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i - z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek - nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Tym samym, jak stwierdził Odwołujący, niedopuszczalne jest też określanie przedmiotu oferty po upływie terminu składania ofert w sytuacji, gdy wykonawca nie sprecyzował tego przedmiotu w treści oferty. Odwołujący podkreślił, że przewidziany przez Zamawiającego w SWZ obowiązek dostarczenia na testy kamery zgodnej z przedstawioną ofertą musi być odczytywany z poszanowaniem zasady niezmienności treści oferty. Oznacza to, jak zaznaczył Odwołujący, że Zamawiający nie ma podstaw do przyjęcia w ramach testów uzupełnienia pierwotnie złożonej oferty.

➤ Wadliwa ocena oferty „Maxto”

Odwołujący podniósł, że Zamawiający formułując SWZ w taki sposób, jak uczynił to w tym konkretnym postępowaniu, miał uzyskać informacje, jakie produkty i o jakich parametrach faktycznie zostały mu zaoferowane oraz ocenić - na podstawie tak uzyskanych informacji - czy produkty te odpowiadają postawionym przez niego wymaganiom. Odwołujący stwierdził, że pomimo przeprowadzenia fizycznego „Testu jakości odczytywania tablic” przez oferowane kamery ANPR, mimo przyznania punktów w ramach kryterium jakościowego (test), jak i technicznego (parametry), Zamawiający do dnia dzisiejszego nie posiada informacji, jaką kamerę Konsorcjum Maxto faktycznie oferuje i dostarczy w ramach realizacji umowy. Odwołujący zauważył, że w całej udostępnionej Odwołującemu dokumentacji brak jest informacji identyfikującej oferowaną przez Konsorcjum Maxto kamerę. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyznanie Konsorcjum Maxto punktów w ramach kryterium „ocena techniczna” - „Testu jakości odczytywania tablic”, bowiem przyznał punkty urządzeniu nie przedstawionemu w ofercie oraz w trakcie testów. Odwołujący uznał, że brak sprecyzowania, co faktycznie jest przedmiotem oferty Konsorcjum Maxto uniemożliwia zamawiającemu *de facto* ustalenie, czy przedmiot oferty odpowiada celowi przedmiotowego zamówienia i punktowaniu w ramach kryterium. Odwołujący podkreślił, że weryfikacja cech oferowanego świadczenia powinna bezwzględnie następować przed wyborem oferty najkorzystniejszej, jeśli jest to możliwe z uwagi na specyfikę danego kryterium. Podanie przez wykonawcę pełnych danych, identyfikujących przedmiot oferty zarówno w zakresie cech użytkowych produktu, parametrów technicznych, czy wreszcie producenta wraz z oznaczeniem konkretnego produktu, pozwala na uniknięcie przez zamawiającego dokonania wyboru oferty, która takich parametrów nie spełnia. Odwołujący stwierdził, że przeprowadzenie fizycznych testów urządzenia, po przeprowadzeniu których Zamawiający nie ma wiedzy, jakie urządzenie zostało przetestowane i ocenione, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wie jaka kamera była testowana, oraz czy testowana kamera będzie dostarczona na etapie realizacji, czy też Konsorcjum Maxto testowało lepsze i droższe kamery, a dostarczy tańsze i gorsze kamery. Powyższe, w ocenie Odwołującego, dowodzi nieprecyzyjności i niejednoznaczności oferty Konsorcjum Maxto, gdyż Zamawiający nie wie jakie kamery ANPR były testowane ani jakie kamery ANPR (i inne wymagane kluczowe dla zamawianego systemu urządzenia) otrzyma w przypadku wyboru Konsorcjum Maxto. Odwołujący zaznaczył, że ocena w ramach kryterium oceny ofert powinna być weryfikowalna przez Zamawiającego.

- Dostarczenie na „Testy jakości odczytywania tablic” urządzenia niezgodnego z przedstawioną ofertą.

Odwołujący podał, że Zamawiający w Części XI ust. 2 lit. a SWZ wprost wskazał, że wymagania dostarczenia na „Testu jakości odczytywania tablic” kamery zgodnej ze złożoną ofertą. Jak zauważył Odwołujący, Konsorcjum Maxto nie przedstawiło w ofercie żadnej kamery, dlatego nie mogło spełnić wymagania Zamawiającego, co powinno skutkować odrzuceniem oferty, ewentualnie przyznaniem zerowej ilości punktów w ramach kryterium „ocena techniczna” - „Testu jakości odczytywania tablic”. W ocenie Odwołującego, przyznanie punktów w wyniku dostarczenia kamery nie przedstawionej w ofercie narusza także art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Maxto nie dostarczyło kamery zgodnej ze złożoną ofertą także dlatego, że kamery ANPR zgodne z parametrami deklarowanymi przez Konsorcjum Maxto w „tabeli z parametrami oferowanymi przez Wykonawcę” to urządzenia zupełnie innej klasy niż oczekiwane przez Zamawiającego, zdecydowanie droższe. Zamawiający nie może mieć zatem pewności, jakie urządzenia są oferowane, jakie zostały przetestowane, a jakie faktycznie zostaną dostarczone w ramach realizacji umowy. Odwołujący stwierdził, że z całej dokumentacji postępowania nie wynika, jaką kamerę oferuje Konsorcjum Maxto i w jaki sposób zapewni parametry na poziomie odpowiednio 9,01 oraz 12,01. Odwołujący wyjaśnił, że szerokość 9,01 m oznacza objęcie 3 pasów kamerą odczytującą numery tablic, 12,01 m to 4 pasy. Kamery klasy oczekiwanej przez Zamawiającego nie osiągają przedmiotowych wartości.

III. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Maxto, pomimo że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący ponownie podniósł, że Konsorcjum Maxto zadeklarowało w ofercie nierzeczywiste i nierealne parametry techniczne oferowanej kamery ANPR. Jednocześnie, Konsorcjum Maxto nie wskazało w ofercie nazwy modelu oferowanej kamery ANPR. Zdaniem Odwołującego, działanie ww. wykonawcy miało na celu maksymalizację oceny punktowej

w ramach kryterium oceny ofert, umożliwienie dostarczenia na testy dowolnego urządzenia oraz uniemożliwienie weryfikacji oferty konkurencyjnym wykonawcom, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, opisane wyżej działanie Konsorcjum Maxto nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co musi skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum Maxto z postępowania. Jednocześnie, jak zauważył Odwołujący, działanie takie nie musi wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Oznacza to, że dla uznania działania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, by było ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiuje czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (klauzula generalna). Czynem nieuczciwej konkurencji jest każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa (i to nie tylko ujęte w rozdziale drugim ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) lub dobre obyczaje, przez co zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy lub klienta. Takie działanie nie tylko zakłóca, ale i wypacza uczciwą konkurencję, uniemożliwiając rzetelne współzawodnictwo (por. wyrok KIO wydany w sprawie o sygn. akt 2254/14). Powyższe działanie wypełnia także przesłanki art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, przede wszystkim poprzez działanie mające na celu wymuszenie na zamawiającym dokonania wyboru wykonawcy.

Ponadto, Odwołujący stwierdził, że norma prawna art. 16 pkt 1 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu przeprowadzać postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

o którym, zdaniem Odwołującego, nie może być mowy przy stosowaniu przez Konsorcjum Maxto ww. niedopuszczalnych praktyk.

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że złożona przez Konsorcjum Maxto oferta ukierunkowana jest na osiągnięcie korzyści w postaci pozyskania zamówienia publicznego z pominięciem podstawowych reguł uczciwej konkurencji czy też uczciwości kupieckiej. Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 lipca 2014 r., sygn. akt II Ca 141/14.

IV. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Maxto, pomimo że została ona złożona przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia oraz dysponowania odpowiednią kadrą, ewentualnie naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Maxto do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

➤ Posiadanie wymaganego doświadczenia

Odwołujący podał, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Konsorcjum Maxto korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, tj. CROSS Zlin, a.s. Konsorcjum Maxto w złożonym wykazie przedstawiło usługę zrealizowaną na rzecz „CROSS Zlin, a.s. – AZD Praha s.r.o. Joint Venture”. Do wykazu usług załączono referencję, z której wynika, iż za realizację usługi odpowiadało konsorcjum wykonawców CROSS Zlin, a.s. – AZD Praha s.r.o. Joint Venture.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie zweryfikował, jaki był realny zakres udziału podmiotu trzeciego (CROSS Zlin, a.s.) przy realizacji usługi przez konsorcjum wykonawców (CROSS Zlin, a.s. – AZD Praha s.r.o. Joint Venture). Odwołujący uznał, że informacje przedstawione przez Konsorcjum Maxto są sprzeczne - z treści wykazu usług wynika, że podmiot trzeci wykonał projekt, z referencji zaś, że podmiot trzeci jedynie „wdrożył/zrealizował budowę”. Zdaniem Odwołującego, referencja nie potwierdza, że podmiot trzeci odpowiadał za projekt.

Odwołujący wskazał, że z samego faktu, że zamówienie było realizowane przez grupę podmiotów działających wspólnie (konsorcjum) nie wynika, że uczestnik tego konsorcjum nie nabył doświadczenia w realizacji tego zamówienia publicznego. Wykonawca może posłużyć się nabytym doświadczeniem wyłącznie w takim zakresie, jaki faktycznie i realnie wykonywał. Wynika to wprost z orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, gdzie wskazano, iż gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego, dokumentacja postępowania nie potwierdza, że podmiot trzeci posiada całe wymagane doświadczenie, w szczególności czy odpowiadał za projektowanie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że usługa przedstawiana w wykazie usług została wykonana przez konsorcjum wykonawców CROSS Zlin, a.s. – AZD Praha s.r.o. Joint Venture. Referencja przedstawiona wraz z wykazem została podpisana przez przedstawiciela tego samego konsorcjum, tj. CROSS Zlin, a.s. – AZD Praha s.r.o. Joint Venture. Z treści samej referencji wynika natomiast, że zamówienie to było realizowane w rzeczywistości na rzecz tureckiego miasta Izmir. To właśnie to miasto było podmiotem, na rzecz którego zostało zrealizowane zamówienie. Informacje te potwierdzają także ogólnodostępne materiały internetowe. Odwołujący wskazał, że w Części IV ust. 3 lit. i SWZ Zamawiający określił, iż

dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane. Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Maxto nie przedstawiło wymaganej referencji, bowiem nie została ona wystawiona przez podmiot, na rzecz którego były realizowane usługi.

Z ostrożności Odwołujący wskazał także, że według Konsorcjum Maxto wskazana usługa została zlecona, wykonana i odebrana przez ten sam podmiot. Następnie ten sam podmiot wystawił referencję. Zdaniem Odwołującego, taka praktyka jest niedopuszczalna i sprzeczna z podstawowymi zasadami Pzp, tj. równego traktowania wykonawców czy konkurencyjności. W ocenie Odwołującego, nie jest możliwe obiektywne ustalenie czy projekt został wykonany należyście. Odwołujący zauważył, że wykaz usług miał potwierdzić wykonanie projektu, a nie wewnętrznych prac. Obiorcą zamówienia było miasto Izmir, a nie podmiot, który realizował zamówienie na rzecz miasta Izmir. Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Maxto nie wykazało, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

V. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyznanie punktów Konsorcjum Maxto w ramach kryterium „ocena techniczna” - „Testu jakości odczytywania tablic” oraz poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Maxto jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że przedmiotowy zarzut jest konsekwencją pozostałych zarzutów podniesionych i opisanych w odwołaniu. Wskazał, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji warunków zamówienia. Z uwagi na to, że, w ocenie Odwołującego, oferta Konsorcjum Maxto powinna zostać odrzucona z postępowania, Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, a jednocześnie jest ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum Maxto.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron

i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Maxto, pomimo że wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy.

W Części VII pkt 1 SWZ Zamawiający sformułował wymagania odnośnie wadium:

„a) Przystępując do postępowania wykonawca zobowiązany jest wnieść wadium w wysokości: 187 000,00 zł (słownie złotych: sto osiemdziesiąt siedem tysięcy 00/100).

Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert.

(...)

e) Wadium wnoszone w formie innej niż pieniężna musi być wniesione w oryginale w postaci elektronicznej i musi obejmować cały okres związania ofertą. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium płatne na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Wadium należy załączyć do zaszyfrowanej zgodnie z zapisami części VIII pkt 1 SWZ oferty wykonawcy.

(...)

g) Zwrot wadium nastąpi zgodnie z art. 98 Pzp.

h) Zamawiający zatrzymuje wadium zgodnie z zasadami określonymi w art. 98 ust. 6 Pzp.”.

Konsorcjum Maxto wniosło wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr RW/GW/45/168/10333/2021 z dnia 5 października 2021 r. wystawionej przez Korporację Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych S.A. W przedmiotowej gwarancji stwierdzono:

„6. Niniejsza Gwarancja ważna jest od dnia 06 października 2021 r. do dnia 07 stycznia 2022 r. włącznie i tylko żądanie zapłaty spełniające wszystkie wymogi formalne określone w ust. 4 i 5, otrzymane przez Gwaranta w tym terminie, będzie powodowało obowiązek wypłaty z niniejszej Gwarancji.

7. Po upływie terminu określonego w ust. 6, zobowiązania Gwaranta wygasają całkowicie i automatycznie, a roszczenia Beneficjenta stają się bezskuteczne z upływem tego terminu.

8. Niniejsza Gwarancja wygasa również w przypadku, gdy:

1) Wykonawca wycofał ofertę przed upływem terminu przewidzianego na składania ofert, a Wykonawca zgłosił wniosek o zwrot wadium,

2) oferta Wykonawcy została odrzucona, a Wykonawca zgłosił wniosek o zwrot wadium,

3) dokonano wyboru jako najkorzystniejszej innej oferty niż Oferta Wykonawcy, a Wykonawca zgłosił wniosek o zwrot wadium,

4) postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione, a postępowania odwoławcze zostały prawomocnie zakończone lub upłynął termin przewidziany na wniesienie odwołania,

5) świadczenia Gwaranta z tytułu niniejszej Gwarancji osiągnęły sumę gwarancyjną,

6) Beneficjent złoży Gwarantowi oświadczenie o zwolnieniu wadium w postaci Gwarancji”.

Art. 98 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

1) upływu terminu związania ofertą;

2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;

3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Zgodnie z ust. 2 art. 98 ustawy Pzp, zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium wykonawcy:

1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;

2) którego oferta została odrzucona;

3) po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;

4) po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

Jak stanowi art. 98 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.

Utrzymanie ciągłości zabezpieczenia oferty wadium do dnia upływu terminu związania ofertą jest zasadą określoną w art. 97 ust. 5 ustawy Pzp. Wyjątki od ww. zasady zostały ściśle określone w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający zobowiązany jest do zwrotu wadium w sytuacji, gdy upłynie termin związania ofertą, umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta lub postępowanie zakończyło się unieważnieniem, które nie zostało wzruszone wniesieniem środków ochrony prawnej (art. 98 ust. 1 pkt 1-3). W takich sytuacjach zwrot wadium stanowi obowiązek zamawiającego, który zamawiający zobowiązany jest wykonać niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z ww. okoliczności. Wykonanie przedmiotowego obowiązku nie jest uwarunkowane złożeniem przez wykonawcę wniosku o zwrot wadium.

Na wcześniejszym etapie postępowania, przed jego zakończeniem, gdy termin związania ofertą nie upłynął, ustawodawca przewidział nieco inną procedurę zwrotu wadium. W sytuacjach przewidzianych w art. 98 ust 2 ustawy Pzp, obowiązek zwrotu wadium przez zamawiającego powstaje na skutek złożenia wniosku o zwrot wadium przez wykonawcę. Złożenie takiego wniosku powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą przez wykonawcę prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej (art. 98 ust. 3 ustawy Pzp). Zwrot wadium uwarunkowany wnioskiem wykonawcy wynika niewątpliwie z braku ostateczności okoliczności wymienionych w ust. 2 art. 98 ustawy Pzp.

Wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu zamawiający zwraca przez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium (art. 98 ust. 5 ustawy Pzp).

Przywołane powyżej regulacje wskazują wprost na brak automatyzmu – zaistnienie okoliczności wymienionych w art. 98 ust. 2 ustawy Pzp nie powoduje wygaśnięcia wadium,

nie aktualizuje również obowiązku zamawiającego zwrotu wadium. Dopiero na skutek złożenia wniosku przez wykonawcę o zwrot wadium, zamawiający, wobec zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 98 ust. 2 ustawy Pzp, składa oświadczenie o zwolnieniu wadium.

Izba stwierdziła, że treść gwarancji złożonej przez Konsorcjum Maxto w pkt 8 ppkt 1-4 narusza reguły zwrotu wadium opisane powyżej i prowadzi do przedwczesnego zwolnienia Gwaranta z odpowiedzialności z tytułu gwarancji. Niewątpliwie należy odróżnić instytucję wygaśnięcia gwarancji wadium od zwrotu wadium, które w spornej gwarancji zostały utożsamione. Powyższego nie zmienia treść art. 98 ust. 3 ustawy Pzp, który wiąże ze złożeniem wniosku o zwrot wadium skutek w postaci rozwiązania stosunku prawnego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Rozwiązanie stosunku prawnego między zamawiającym a wykonawcą nie jest równoznaczne z wygaśnięciem gwarancji. Jak stanowi art. 98 ust. 5 ustawy Pzp, do zwolnienia Gwaranta z odpowiedzialności z tytułu gwarancji niezbędne jest oświadczenie zamawiającego o zwolnieniu wadium. Takie ukształtowanie instytucji zwolnienia wadium wniesionego w innej formie niż w pieniądzu ma na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego, nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuacje, w których wykonawca legitymujący się gwarancją zawierającą tożsame postanowienia mógłby niejako ubiec zamawiającego w czynności zatrzymania wadium z uwagi na zaistnienie ustawowych przesłanek do dokonania takiej czynności. Oddanie wyłącznie w ręce wykonawcy możliwości zwolnienia Gwaranta z odpowiedzialności z tytułu gwarancji niweczyłoby cel wadium, jakim jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego finansowe zabezpieczenie prawidłowości jego przeprowadzenia oraz doprowadzenie do zawarcia umowy z wykonawcą. Ponadto, czyniłoby martwym dyspozycję art. 98 ust. 5 ustawy Pzp. Izba podziela w przedmiotowym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt 3730/22. Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że postanowienia pkt 8 ppkt 1-4 Gwarancji złożonej przez Konsorcjum Maxto stanowią o nieprawidłowości wniesionego wadium i jego sprzeczności z ww. przepisami ustawy Pzp. Przy rozpoznawaniu przedmiotowego zarzutu Izba nie wzięła pod uwagę złożonego przez Konsorcjum Maxto oświadczenia KUKA S.A. z dnia 13 maja 2022 r., które zawiera interpretację treści Gwarancji przetargowej zapłaty wadium Nr RW/GW/45/168/10333/2021 sprzeczną z literalną treścią ww. Gwarancji, a co najmniej potwierdza, że treść Gwarancji jest niejednoznaczna.

Wadliwość Gwarancji złożonej przez Konsorcjum Maxto powinna stanowić podstawę odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Maxto jako sprzecznej z warunkami zamówienia z uwagi na brak wskazania a ofercie nazwy modelu oferowanej kamery ANPR.

Przedmiotowy zarzut oparty został o tezę, że wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie zobowiązani byli określić w treści oferty model oferowanej kamery ANPR. Izba stwierdziła, że teza ta nie znajduje oparcia w treści dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wśród dokumentów, których złożenia wymagał Zamawiający, w Części IV pkt 1 SWZ Zamawiający wymienił m.in. wypełniony formularz oferty, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby własne, oświadczenie o zakresie wykonania zamówienia przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tabelę z parametrami oferowanymi przez wykonawcę oraz koncepcję budowy całego systemu tablic zmiennej treści, zawierającą elementy wymienione w Części XI pkt 4 SWZ (ppkt a-e). W Części XI pkt 4 SWZ Zamawiający wymagał dostarczenia do oferty opracowania (dokumentu), zawierającego szczegółową koncepcję budowy całego systemu tablic zmiennej treści wraz z całą niezbędną infrastrukturą opisaną w rozbiciu na obszary: architektura, infrastruktura sprzętowa, infrastruktura oprogramowania, integracja z innymi systemami, realizacja testów akceptacyjnych, szkolenia dla użytkowników, utrzymanie systemu. W żadnym z ww. dokumentów Zamawiający nie sformułował wymagania wskazania w treści oferty modelu oferowanej kamery ANPR. Wymóg taki nie wynika z treści Formularza oferty (Załącznik nr 1 do SWZ). Wymóg ten nie został również wskazany w Tabeli z parametrami oferowanymi przez wykonawcę (Załącznik nr 11 do SWZ) – zarówno nazwa, jak i treść przedmiotowego dokumentu wskazują na wymóg zadeklarowania parametrów, jakimi charakteryzuje się oferowane urządzenie, nie zaś modelu czy producenta urządzenia. Ww. wymagania nie można również wywieść z opisu obszaru Infrastruktura sprzętowa podlegającego ocenie w kryterium oceny ofert – w tym miejscu Zamawiający wymagał przedstawienia przez wykonawcę szczegółowej specyfikacji i opisu infrastruktury technicznej niezbędnej do zbudowania i funkcjonowania całości systemu. Opis miał zawierać wszystkie niezbędne urządzenia oraz opis sposobu ich fizycznego połączenia oraz komunikacji sieciowej wraz z opisem sposobu zasilania wszystkich elementów technicznych. W żadnym miejscu ww. zakresu infrastruktury sprzętowej nie wskazano wprost wymagania określenia modelu czy producenta oferowanych urządzeń. Treść dokumentów zamówienia wskazuje, że Zamawiającemu zależało na skonkretyzowaniu oferowanego przedmiotu zamówienia przez

wskazanie parametrów oferowanych urządzeń, nie było zaś dla Zamawiającego istotne poznanie modelu czy producenta urządzeń na etapie oferty. Izba miała przy tym na uwadze utrwalony w orzecznictwie oraz doktrynie pogląd, iż nie można wyciągać wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji niejednoznacznych postanowień SWZ, a zatem nawet gdyby przyjąć, że ww. opis koncepcji wskazywał na wymaganie podania modelu urządzeń (czego Izba się nie dopatrzyła), to wymóg ten był wskazany w sposób niejednoznaczny, a co za tym idzie, konsekwencje braku jasnego opisu wymagania nie mogą obciążać wykonawcy. Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że z oferty powinno wynikać jakie produkty i rozwiązania oferuje wykonawca. Pamiętać jednak należy, że oferta wykonawcy stanowi odpowiedź na oczekiwania zamawiającego. Jeśli zatem zamawiający nie stawia wobec treści oferty określonych wymagań, nie można wywodzić negatywnych skutków wobec wykonawcy, który nie odpowiedział na wymagania nie określone jasno w dokumentacji przez zamawiającego.

Konsorcjum Maxto przedstawiło w złożonej ofercie parametry oferowanych urządzeń w sposób oczekiwany przez Zamawiającego. W ocenie Izby, brak jest podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty Konsorcjum Maxto z warunkami zamówienia przez brak wskazania modelu kamery ANPR. Z uwagi na powyższe, brak jest również podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący postawił również zarzut wadliwej oceny oferty Konsorcjum Maxto, który również został oparty na twierdzeniu o konieczności wskazania modelu urządzenia. Odwołujący twierdził, że mimo przeprowadzenia „Testu jakości odczytywania tablic” przez oferowane kamery ANPR, Zamawiający nie posiada informacji, jaką kamerę oferuje i dostarczy Konsorcjum Maxto.

Izba podtrzymuje twierdzenia zawarte powyżej o braku wymagania wskazania w ofercie modelu oferowanej kamery ANPR. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, w ofercie Konsorcjum Maxto zostały przedstawione oferowane urządzenia w sposób oczekiwany przez Zamawiającego, tj. za pomocą parametrów, jakimi charakteryzują się urządzenia. Na podstawie deklaracji Konsorcjum Maxto o oferowanych parametrach urządzeń Zamawiający jest w stanie stwierdzić czy testowana kamera posiada cechy deklarowane w ofercie. Podobnie, na etapie realizacji zamówienia Zamawiający będzie w stanie zweryfikować cechy dostarczanych kamer przez porównanie posiadanych przez te kamery parametrów z oświadczeniem złożonym w ofercie. Z uwagi na powyższe, Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

W ocenie Izby, brak jest również podstaw do uwzględnienia zarzutu dostarczenia na „Testy jakości odczytywania tablic” urządzenia niezgodnego z przedstawioną ofertą. Zarzut ten Odwołujący oparł na twierdzeniu, że Konsorcjum Maxto nie przedstawiło w ofercie żadnej kamery. Izba nie zgodziła się z tym twierdzeniem. Konsorcjum Maxto złożyło oświadczenie o oferowanym przedmiocie zamówienia w sposób oczekiwany przez Zamawiającego, tj. przez opisanie parametrów oferowanych urządzeń. Odwołujący nie podjął próby wykazania, że urządzenia dostarczone na testy to urządzenia o innych parametrach niż zadeklarowane przez Konsorcjum Maxto w ofercie. O niezgodności oferty Konsorcjum Maxto z warunkami zamówienia nie może stanowić również twierdzenie Odwołującego, że Konsorcjum Maxto zaoferowało urządzenia droższe, wyższej klasy niż oczekiwane przez Zamawiającego. Sam ten fakt nie świadczy o zaistnieniu podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Maxto.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Maxto, mimo że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Uzasadniając przedmiotowy zarzut Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Maxto zadeklarowało w ofercie nierzeczywiste i nierealne parametry techniczne oferowanej kamery ANPR oraz nie wskazało w ofercie nazwy modelu oferowanej kamery ANPR. Zdaniem Odwołującego, działanie Konsorcjum Maxto miało na celu maksymalizację oceny punktowej w ramach kryterium oceny ofert, umożliwienie dostarczenia na testy dowolnego urządzenia oraz uniemożliwienie weryfikacji oferty konkurencyjnym wykonawcom.

Izba stwierdziła, że przedmiotowy zarzut nie został w żaden sposób udowodniony przez Odwołującego. W tym miejscu ponownie Izba odwołuje się do przedstawionego powyżej stanowiska o braku konieczności wskazywania w ofercie modelu oferowanych urządzeń. Wobec braku takiego wymagania ze strony Zamawiającego, brak jest podstaw do stwierdzenia, że opisanie oferowanego przedmiotu zamówienia za pomocą parametrów urządzeń (tak, jak wymagał tego Zamawiający) stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Nieuprawnionego działania Konsorcjum Maxto nie można upatrywać również w zaoferowaniu droższych urządzeń, o wyższych parametrach, dających możliwość uzyskania wyższej liczby punktów w kryterium oceny ofert, jeżeli pozostaje to w zgodzie z oczekiwaniami Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał, że zaoferowane przez Konsorcjum Maxto parametry techniczne kamery ANPR są nierzeczywiste czy nierealne.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Maxto, mimo że została ona złożona przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia oraz

dysponowania odpowiednią kadrą. Argumentacja Odwołującego ograniczała się wyłącznie do warunku dotyczącego doświadczenia wykonawców i w takim zakresie zarzut ten był rozpoznawany przez Izbę.

Izba ustaliła, że na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego doświadczenia określonego w Części III pkt 3 lit. d SWZ Konsorcjum Maxto złożyło wykaz usług, w którym powołało się na doświadczenie podmiotu, na zasobach którego polegało w przedmiotowym zakresie, tj. CROSS Zlin, a.s. Jako podmiot, na rzecz którego zostały wykonane powoływane usługi został wskazany CROSS Zlin, a.s. – AZD Praha s.r.o. Joint Venture. Do wykazu usług zostały dołączone referencje wystawione przez CROSS Zlin, a.s. – AZD Praha s.r.o. Joint Venture, w których potwierdzono, że firma CROSS Zlin, a.s. w ramach zrealizowanego przez CROSS Zlin, a.s. – AZD Praha s.r.o. Joint Venture projektu „*Full adaptive traffic, management, control and information system*” dla miasta Izmir w pełni wdrożyła/realizowała budowę: „*Part IV. Traffic measurement system*”, „*Part XI. Variable message system*” o wartości 8.689.957,29 TRY netto, polegającą na zaprojektowaniu i budowie systemu prognozowania czasów przejazdu zawierającego ponad 10 punktów pomiarowych, ponad 3 tablice VMS, bazującego na kamerach ANPR. Według ww. oświadczenia, wszystkie wymienione wyżej prace można uznać za prawidłowe pod względem technicznym, gdyż ich realizacja spełniała wszystkie wymagania techniczne oraz prace te zostały wykonane i ukończone w sposób prawidłowy i profesjonalny.

Izba zważyła, że treść ww. referencji wskazuje na CROSS Zlin, a.s. jako podmiot, który zrealizował powoływane zamówienie. W toku postępowania wykazane zostało, że CROSS Zlin, a.s. – AZD Praha s.r.o. Joint Venture – podmiot, który wydał referencję, to odrębna spółka utworzona przez CROSS Zlin, a.s. oraz AZD Praha s.r.o. Okoliczność, że CROSS Zlin, a.s. – AZD Praha s.r.o. Joint Venture to odrębny byt prawny potwierdza wskazany nr ID oraz siedziba spółki na terenie Turcji, podczas gdy CROSS Zlin, a.s. posiada siedzibę na terenie Czech. Już powyższe potwierdza, iż referencja została wystawiona przez odrębny od CROSS Zlin, a.s. podmiot. Konsorcjum Maxto wyjaśniło, że CROSS Zlin, a.s. – AZD Praha s.r.o. Joint Venture to podmiot, który był stroną umowy z miastem Izmir. Zamówienie zostało zrealizowane na rzecz ww. podmiotu przez CROSS Zlin, a.s. Co za tym idzie, podmiot ten był w pełni uprawniony do wydania referencji. Konsorcjum Maxto złożyło w toku rozprawy Informację prawną z dnia 16 maja 2022 r. wystawioną przez Kancelarię prawną Abdurrahman SENOL, w której stwierdzono, że AZD Praha s.r.o. - CROSS Zlin, a.s. Joint Venture ID: 1270395601 jest spółką prawa tureckiego i posiada własną osobowość prawną, odrębną od osobowości

prawnej spółek CROSS Zlin, a.s. i AZD Praha s.r.o. Dalej w Informacji tej wskazano, że dzięki podmiotowości prawnej AZD Praha s.r.o. - CROSS Zlin, a.s. Joint Venture, podmiot ten jest uczestnikiem zobowiązań prawnych/obrotu prawnego/podatnikiem i może zaciągać zobowiązania we własnym imieniu, brać udział w przetargach, zawierać umowy, zatrudniać pracowników oraz dokonywać innych czynności prawnych we własnym imieniu. Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom zawartym w ww. Informacji. Odwołujący nie wykazał ponadto, że CROSS Zlin, a.s. nie zrealizowała prac w zakresie opisanym w wykazie usług oraz referencji. Wobec powyższego, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

Z uwagi na powyższe, Izba nie stwierdziła także naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Maxto do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. W takiej sytuacji, Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając od zamawiającego lub od uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła.

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/5 i bezzasadne w pozostałej części. Kosztami postępowania obciążono zatem Odwołującego w części 4/5 i Zamawiającego w części 1/5.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia) oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia) - łącznie 18 600 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz

wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 14 880 zł (18 600 zł x 4/5). Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, wynosiła zatem 3 720 zł. Kwotę tę Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Przewodniczący:

.....

.....