

WYROK

z dnia 6 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska
Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 21 czerwca 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. oraz UNI-Net Poland Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Gdyni** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego z siedzibą w Katowicach, działającego w imieniu własnym i w imieniu i na rzecz Miasta Tychy z siedzibą w Tychach oraz Gminy Bieruń z siedzibą w Bieruniu**

- przy udziale **wykonawcy Dysten Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. oraz UNI-Net Poland Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Gdyni i:**
 - 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: Asseco Data Systems S. A. oraz UNI-Net Poland Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Gdyni** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. oraz UNI-Net Poland Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Gdyni** kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy

tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego z siedzibą w Katowicach, działającego w imieniu własnym i w imieniu i na rzecz Miasta Tychy z siedzibą w Tychach oraz Gminy Bieruń z siedzibą w Bieruniu** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego z siedzibą w Katowicach, działający w imieniu własnym i w imieniu i na rzecz Miasta Tychy z siedzibą w Tychach oraz Gminy Bieruń z siedzibą w Bieruniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*System Dynamicznej Informacji Pasażerskiej II*”.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. oraz UNI-Net Poland Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Gdyni (zwani dalej: „*Odwołującym*”) wnieśli w dniu 21 czerwca 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) odwołanie na zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dysten Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze z uwagi na złożenie, w ocenie Odwołującego, nieprawdziwych informacji, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Z ostrożności procesowej Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Dysten Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie warunku doświadczenia, a w razie braku uzupełnienia ich w terminie, wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Dysten Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie zgodziła się z Zamawiającym, jakoby Odwołujący nie posiadał interesu we wniesieniu przedmiotowego odwołania. Izba zwróciła uwagę, na okoliczność, że Zamawiający nie wzywał wykonawców w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp do przedłużenia terminu związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium, Zamawiający nie wykonał ciężącego na nim obowiązku wynikającego z przepisów ustawy Pzp. Niewątpliwie Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, jest zainteresowany rozstrzygnięciem tego postępowania na jego korzyść z uwagi chociażby na wniesione odwołanie. Ponadto Zamawiający nie dokonał odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, a w konsekwencji powyższe nie jest również przedmiotem postawionych przez Odwołującego zarzutów

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Dysten Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego z siedzibą w Katowicach, działającego w imieniu własnym i w imieniu i na rzecz Miasta Tychy z siedzibą w Tychach oraz Gminy Bieruń z siedzibą w Bieruniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowania o udzielenie zamówienia pn: „*System Dynamicznej Informacji Pasażerskiej II*”.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 2 z 19/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „*SIWZ*”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Rozdział 5 „*Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp*”

Pkt 5.1. O udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który:

- a. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert należyście wykonał co najmniej 2 dostawy (umowy) każda po minimum 100 elektronicznych tablic dynamicznej informacji pasażerskiej na przystankach prezentujących planowy lub rzeczywisty czas przejazdu pojazdów komunikacji miejskiej wraz z ich instalacją i uruchomieniem, o wartości każdej z ww. dostaw (wraz z instalacją i uruchomieniem tablic) nie mniejszej niż 1 000 000 zł brutto.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 5 z 19/.

Zamawiający w toku niniejszego postępowania udzielał wykonawcom odpowiedzi m. in. na zadawane przez nich pytania:

Pytanie nr 10 (dotyczy Załącznika nr 1 do SIWZ, str. 8 pkt 9

Prosimy o potwierdzenie, że przez „uruchomienie” Zamawiający rozumie doprowadzenie do sytuacji w której elementy podlegające dostarczeniu i wdrażaniu w ramach SDIP2 są produkcyjnie eksploatowane w zaprojektowanej funkcjonalności t.j. dokonano ich uruchomienia w środowisku produkcyjnym wraz z wymaganymi integracjami, konfiguracjami (np. w zakresie rozkładów jazdy, rejestru kierujących).

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 10 z dnia 23 stycznia 2018 r.

Poprzez uruchomienie Zamawiający rozumie doprowadzenie do sytuacji w której wszystkie dostarczone elementy w ramach zamówienia zostaną zamontowane, skonfigurowane i podłączone do systemu centralnego oraz potwierdzone zostanie ich prawidłowe działanie.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców z dnia 23 stycznia 2018 r./.

W dniu 6 lutego 2018 r. Zamawiający dokonał zmiany pkt 5.1 lit. a SIWZ, który otrzymał brzmienie: „Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał co najmniej dwie dostawy (umowy) każda po minimum 100 elektronicznych tablic dynamicznej informacji pasażerskiej na przystankach prezentujących planowy lub rzeczywisty czas przyjazdów komunikacji miejskiej wraz z ich instalacją i uruchomieniem, o wartości każdej z ww. dostaw (wraz z instalacją i uruchomieniem tablic) nie mniejszej niż 1 000 000 zł brutto. Za jedną elektroniczną tablicę dynamicznej informacji pasażerskiej uważa się tablicę jednostronną lub tablicę dwustronną umieszczoną w jednej obudowie”.

/dokumentacja postępowania: Zmiana postanowień SIWZ z dnia 6 lutego 2018 r./.

W niniejszym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Dysten Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze,
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Assec DATA SYSTEM S. A. oraz UNI-NET POLAND Sp. z o.o. z siedziba dla lidera konsorcjum w Gdyni.

/dokumentacja postępowania: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11 czerwca 2018 r./.

W dniu 11 czerwca 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Dysten Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze.

/dokumentacja postępowania: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11 czerwca 2018 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. oraz UNI-Net Poland Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Gdyni; wnieśli odwołanie.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S. A. oraz UNI-Net Poland Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Gdyni (odwołanie o sygn. akt KIO 1233/18) z dnia 22 czerwca 2018 r. /.

Pismem z dnia 29 czerwca 2018 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie z dnia 29 czerwca 2018 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

W ocenie Izby istotne znaczenie w niniejszej sprawie miała treść postawionego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem, t.j. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert należycie wykonał co najmniej dwie dostawy (umowy) każda po minimum 100 elektronicznych tablic dynamicznej informacji pasażerskiej na przystankach prezentujących planowy lub rzeczywisty czas przyjazdów komunikacji miejskiej wraz z ich instalacją i uruchomieniem, o wartości każdej z ww. dostaw (wraz z instalacją i uruchomieniem tablic) nie mniejszej niż 1 000 000 zł brutto. Za jedną elektroniczną tablicę dynamicznej informacji pasażerskiej uważa się tablicę jednostronną lub tablicę dwustronną umieszczoną w jednej obudowie. Niewątpliwie – z czym Izba zgodziła się - treść warunku odnosiła się do tablic dynamicznej informacji pasażerskiej, zatem to właśnie tablice były częścią wymagań Zamawiającego. Zgodzić należało się z Przystępującym, iż sporządzony opis przedmiotu zamówienia obejmował dostawę tablic, niemniej jednak przedmiot zamówienia obejmował

szereg elementów, które nie znalazły odzwierciedlenia w treści postawionego warunku. Przystępujący słusznie zauważył, że treść warunku udziału zawarta w pkt 5.1 SIWZ w swych wymaganiach odnosiła się wyłącznie od tablic, gdyby intencją Zamawiającego było również badanie innych elementów wchodzących w opisany przedmiot zamówienia, to powyższe znalazłoby odzwierciedlenie w treści postawionego wymagania. Izba podzieliła również stanowisko Przystępującego, że Odwołujący dokonuje interpretacji warunku wbrew jego literalnemu brzmieniu, z czym próbuje wiązać skutek w postaci konieczności wykluczenia wykonawcy Dysten Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Izba również zgodziła się z Zamawiającym i Przystępującym, że pytanie nr 10 odnosiło się do wszystkich urządzeń, a nie tylko do wskazywanych przez Odwołującego tablic, zatem treścią warunku objęto wyłącznie wymaganie co do tablic. Zgodzić się również należało z tym, że z wymagań Zamawiającego nie wynikał zakaz montażu w warunkach produkcyjnych. Zatem złożone referencje niewątpliwie odpowiadały wymogom Zamawiającego.

Co do kwestii interpretacji postawionego warunku i stanowiska Odwołującego, że montaż tablicy musiał odbywać się na przystanku, to zgodzić należało się również z Przystępującym, że treść warunku wskazywała na rodzaj tablicy. Niewątpliwie tablice takie mogą być instalowane np. na dworcach, peronach itp., zatem warunek odnosił się do rodzaju tablicy, nie zaś do miejsca montażu. Zamawiającemu nie zależało, aby uruchomienie miało nastąpić na samym przystanku, warunek udziału nie wskazywał na miejsce montażu. Ponadto Zamawiający odpowiedziami na pytania wykonawców w żaden sposób nie wkluczył montażu w warunkach produkcyjnych. Istotne znaczenie miał oczekiwany efekt, a odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 10 na którą powołuje się Odwołujący w rzeczywistości odnosiła się do opisu przedmiotu zamówienia, nie zaś do warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji treść złożonych referencji, potwierdzała spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wobec tego Odwołujący interpretując warunek udziału w odmienny sposób niż wskazuje na to literalne jego brzmienie w konsekwencji wyciąga błędne wnioski twierdząc, że Zamawiający przedstawionymi przez Przystępującego referencjami został wprowadzony w błąd, z czym Izba wobec przedstawionej argumentacji nie mogła się zgodzić. W związku z tym w ocenie Izby nie potwierdziły się przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

.....