

Sygn. akt: KIO 1066/18

WYROK

z dnia 12 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Emilia Garbala

Protokolant: Rafał Kamoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających

o zamówienie: **Mera-Serwis SGL sp. z o.o. S.K.A, ul. Langiewicza 16, 05-825 Grodzisk Mazowiecki oraz Mera Systemy sp. z o.o. ul. Langiewicza 16, 05-825 Grodzisk Mazowiecki** w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Warszawskie sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Mennica Polska S.A., Al. Jana Pawła II/23, 00-854 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających o zamówienie: **Mera-Serwis SGL sp. z o.o. S.K.A. oraz Mera Systemy sp. z o.o. i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mera-Serwis SGL sp. z o.o. S.K.A. oraz Mera Systemy sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, pn.: „*Dostawa i kompleksowa obsługa serwisowo-eksploatacyjna mobilnych automatów biletowych*”, oznaczenie sprawy DWZ/112/2017. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 listopada 2017 r., poz. 2017/S 225-469312. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 28 marca 2018 r. Odwołujący - wykonawcy działający wspólnie: Mera-Serwis SGL sp. z o.o. S.K.A. oraz Mera Systemy sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty i zaniechania wykluczenia dwóch innych wykonawców. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 22d ust. 3, a także art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia:
 - wykonawcy Mennica Polska S.A. (dalej również: „Mennica”),
 - wykonawców występujących wspólnie: GMV Innovating Solutions sp. z o.o. i Grupo Mecánica del Vuelo Sistemas S.A.U. (dalej również: „GMV”);
2. art. 91 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wadliwy i niezgodny z kryteriami oceny ofert wybór oferty najkorzystniejszej;
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
4. ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1. - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania:
 - wykonawcy Mennica Polska S.A.,
 - wykonawców występujących wspólnie: GMV Innovating Solutions sp. z o.o. i Grupo Mecánica del Vuelo Sistemas S.A.U.,

do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności oceny i badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 17 maja 2018 r.;
- 2) wykluczenie:
 - wykonawcy Mennica Polska 5.A.,
 - wykonawców występujących wspólnie: GMV Innovating Solutions sp. z o.o. i Grupo Mecánica del Vuelo Sistemas S.A.U.;
- 3) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący podał, iż jego interes prawny został naruszony przez Zamawiającego w postępowaniu, ponieważ złożona przez Odwołującego prawidłowa oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą według określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, a tylko wskutek naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów, nie może uzyskać zamówienia. Szkoda, którą poniesie Odwołujący polega na utraceniu korzyści, jakie mógłby osiągnąć z realizacji zamówienia.

Uzasadniając zarzut zaniechania wykluczenia wykonawców, Odwołujący przytoczył treść pkt 5.1.2. SIWZ oraz - w odniesieniu do wykonawcy Mennica Polska S.A. (dalej również: "Mennica") - podał, iż z załączonego do oferty tego wykonawcy Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”), stanowiącego w myśl art. 25a ust. 1 ustawy Pzp wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, wynika, że żadna z usług referencyjnych, przedstawionych w wykazie tego wykonawcy nie spełnia warunku udziału w postępowaniu tj. wykonania dostaw obejmujących minimum 100 szt. mobilnych automatów biletowych do sprzedaży biletów komunikacyjnych w pojazdach, które: umożliwiały zakup co najmniej 5 typów biletów, posiadały możliwość płatności bezgotówkowej oraz posiadały system diagnostyczny umożliwiający zdalne wykrywanie usterek i nieprawidłowości w funkcjonowaniu automatów. W związku z tym Mennica Polska S.A. przedstawiła Zamawiającemu nieprawdziwe informacje co do ww. usług odnośnie przedmiotu stanowiącego jej świadczenie, jak również charakteru tego świadczenia, wprowadzając w błąd Zamawiającego.

Na poparcie tego stanowiska Odwołujący wskazał m.in., iż Aneks z dnia 02.06.2016 r. do Umowy nr. FU/GO/U/290/00/11/W (dalej także: „Aneks”), zawartej z MPK Łódź sp. z o.o. (dalej: „MPK Łódź”) nie obejmował swoim zakresem dostawy mobilnych automatów biletowych, gdyż na mocy jego postanowień Mennica Polska S.A. została zobowiązana do przeprowadzenia pilotażu w zakresie wnoszenia opłat przejazdowych uprawniających do

korzystania ze środków lokalnego transportu zbiorowego w Łodzi, wnoszonych w Kasowniku Biletowym przy pomocy karty płatniczej w systemie OPS, a w ramach uruchomienia OPS, Mennica wyposażyła wskazane przez MPK Łódź pojazdy transportu miejskiego organizowanego, wykonywanego oraz nadzorowanego przez MPK Łódź, w Kasowniki Biletowe, przy czym koszty instalacji Kasownika Biletowego w pojazdach zgodnie z Aneksiem pokrywa Mennica Polska S.A. Tym samym w opinii Odwołującego, Aneks do umowy obejmował jedynie pilotaż rozwiązania Open Payment, co nie spełniało definicji dostawy, wskazanej w art. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Mennica Polska S.A. w ramach przeprowadzonego pilotażu jedynie wyposażyła pojazdy transportu miejskiego w niezbędne Kasowniki Biletowe, jednakże nie dokonała przeniesienia na Zamawiającego prawa do używania lub użytkowania, które stanowiłyby o dokonaniu dostawy w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Na mocy postanowień Aneksu przez cały okres pilotażu rozwiązania Open Payment użytkownikiem

i właścicielem urządzeń była i jest Mennica Polska S.A., która korzystała z Kasowników Biletowych do realizacji systemu rozliczeniowego dedykowanego dla komunikacji miejskiej, opartego na technologii wnoszenia opłat za przejazdy w Kasownikach Biletowych. Mennica w ramach pilotażowego projektu Open Payment System umożliwiała dokonywanie opłat bezgotówkowych w systemie wejście/wyjście za pomocą pozostających w jej władaniu urządzeń w miejscach udostępnionych przez MPK Łódź. Takiego świadczenia, zdaniem Odwołującego, nie sposób uznać za dostarczenie urządzeń. Nie zostały one bowiem nikomu dostarczone, lecz jedynie dla własnych potrzeb zainstalowane w pojazdach. Należy podkreślić, iż podmiotem, który przez cały okres realizacji ww. pilotażu korzystał z urządzeń do wnoszenia opłat była Mennica Polska S.A., która posługiwała się nimi jako narzędziem do realizacji przedmiotu umowy, jakim był pilotaż projektu Open Payment System. To Zamawiający zobowiązał się do udostępnienia w pojazdach infrastruktury pozwalającej na używanie Kasowników Biletowych przez Mennicę, a nie Mennica dostarczyła Zamawiającemu urządzenia. Nie można mówić o „dostarczeniu i uruchomieniu” urządzeń, gdy nie są one świadczone na rzecz drugiego podmiotu, lecz stanowią czynność realizowaną na swoją rzecz. Należy również wskazać, że cały proces instalacji Kasowników Biletowych systemu OPS został przeprowadzony i sfinansowany przez Mennicę.

Nadto Odwołujący podał, iż przedmiotem ww. zamówienia, realizowanego w ramach postanowień Aneksu, były mobilne automatyczne urządzenia biletowe, które w rzeczywistości nie spełniają funkcji umożliwienia zakupu co najmniej 5 typów biletów. W celu ustalenia co należy rozumieć przez funkcję umożliwiającą zakup biletu należy w pierwszej kolejności posłużyć się przepisami ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. Prawo przewozowe (Dz. U. z 2017 r., poz. 1983, z późn. zm.), zwanej dalej Prawem przewozowym. Przepis art.

16 ust. 1 Prawa przewozowego stanowi, że umowę przewozu zawiera się przez nabycie biletu na przejazd przed rozpoczęciem podróży lub spełnienie innych określonych przez przewoźnika lub organizatora publicznego transportu zbiorowego warunków dostępu do środka transportowego, a w razie ich nieustalenia - przez samo zajęcie miejsca w środku transportowym. Tym samym należy rozróżnić nabycie biletu od sytuacji spełnienia innych określonych przez przewoźnika lub organizatora publicznego transportu zbiorowego warunków dostępu do środka transportu. Zamawiający wymagając w pkt 5.1.2. SIWZ warunku, wykazania się doświadczeniem w dostawie mobilnych automatów biletowych, które umożliwiają zakup co najmniej 5 typów biletów odniósł się do konkretnej funkcji polegającej na nabyciu biletu, a nie spełniania innych określonych przez przewoźnika lub organizatora publicznego transportu zbiorowego warunków dostępu do środka transportowego. Przepis art. 16 ust. 2 Prawa przewozowego wskazuje, że bilet powinien zawierać co najmniej: nazwę przewoźnika lub organizatora publicznego transportu zbiorowego, relację lub strefę przejazdu, wysokość należności za przejazd, zakres uprawnień pasażera do ulgowego przejazdu. Natomiast urządzenia, z których Mennica korzystała w ramach realizacji pilotażowego projektu Open Payment System nie posiadają funkcji sprzedaży biletu, lecz służą jedynie do wnoszenia opłat za przejazdy przy pomocy kart płatniczych, co stanowi element realizacji systemu Open Payment System, który jest systemem rozliczeniowym dedykowanym dla komunikacji miejskiej, opartym na technologii wnoszenia opłat za przejazdy bezstykowymi kartami płatniczymi EMV. Tym samym, w ocenie Odwołującego, wskazana przez Mennicę usługa dotyczy nie dostarczenia automatu biletowego do sprzedaży biletów, jak żądano w warunku, lecz polegała na korzystaniu z urządzenia służącego do wnoszenia opłat realizowanych w celu spełnienia „innych określonych przez przewoźnika lub organizatora publicznego transportu zbiorowego warunków dostępu do środka transportowego”. Prawo przewozowe spełnienie takich warunków wyraźnie odróżnia od nabycia biletu (w art. 16 ust. 1). Urządzenia żądane dla wykazania warunku doświadczenia, w sposób jednoznaczny miały natomiast służyć sprzedaży biletów.

W ocenie Odwołującego Mennica Polska S.A. bezpodstawnie nazwała ww. urządzenia mobilnymi automatycznymi urządzeniami biletowymi, podczas gdy jest to kasownik biletowy, który służy do dokonania walidacji (sprawdzenia) już wpisanego lub wpisania (skasowania) na nośnik biletu wymaganych informacji, który został zaopatrzony w funkcję wnoszenia opłat za przejazdy przy pomocy kart płatniczych. W branży transportowej natomiast w sposób jednoznaczny, uznany i szeroko stosowany rozróżnia się automaty biletowe do sprzedaży biletów (biletomaty) od kasownika.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z poglądem doktryny, nabycie biletu w masowej komunikacji miejskiej autobusami, tramwajami, trolejbusami, powinno nastąpić w punktach specjalnie do tego przeznaczonych (kioskach, sklepach, punktach obsługi klienta), ale może nastąpić również już w samym środku transportowym u kierowcy, jeżeli oczywiście taka możliwość została przez przewoźnika przewidziana. Jednak w takich sytuacjach (za wyjątkiem nabycia biletu u kierowcy, który nie wymaga "skasowania") samo nabycie biletu nie jest wystarczające, gdyż niezbędnym warunkiem jest jego "skasowanie" w specjalnym urządzeniu, tj. oznaczenie biletu datą, godziną, numerem pojazdu lub przejazdu, kodem itp. W związku z tym będziemy tu mieli do czynienia z koniecznością wykonania przez podróżnego wskazanej przez przewoźnika konkretnej czynności faktycznej, a więc ze spełnieniem "innych określonych przez przewoźnika warunków dostępu do środka transportowego". Podobnie rzecz ma się z przewozem metrem, gdzie skasowanie biletu odbywa się przy wejściu na peron metra. Dopiero wówczas umowa przewozu zostanie zawarta. Tym samym doktryna również rozróżnia okoliczność nabycia biletu i sposobów jego nabycia od jego „skasowania”, dokonywanego m.in. przez specjalistyczne urządzenia.

Zdaniem Odwołującego również wskazane przez Mennicę Polską S.A. zamówienie realizowane w ramach Aneksu z dnia 16.06.2016 r. do Umowy sprzedaży biletów elektronicznych z dnia 28.10.2013 r. na rzecz Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej sp. z o.o. w Jaworznie nie potwierdza wskazanego w pkt 5.1.2. SIWZ warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie spełnia wymagań Zamawiającego odnośnie charakteru tego świadczenia, jak również przedmiotu stanowiącego świadczenie Mennicy. Nie spełnia też wymogu co do liczby dostarczonych urządzeń. Mennica Polska S.A. wbrew oświadczeniu złożonemu w JEDZ świadczyła na rzecz Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej sp. z o.o. w Jaworznie usługę wdrożenia systemu Open Payment System, który jest systemem rozliczeniowym dedykowanym dla komunikacji miejskiej, opartym na technologii wnoszenia opłat za przejazdy bezstykowymi kartami płatniczymi EMV. Powyższa usługa nie obejmowała dostawy mobilnych automatów biletowych do sprzedaży biletów w rozumieniu art. 2 pkt. 2 ustawy Pzp. Aktualna w tym zakresie pozostaje argumentacja dotycząca rozróżnienia biletu od opłaty stanowiącej spełnienia warunku określonego przez organizatora transportu zgodnie z art. 16 ust 1 ustawy Prawo przewozowe. Aktualna pozostaje też argumentacja, że Mennica świadczyła usługę przy użyciu urządzeń pozostających w jej władaniu, a nie dostarczyła urządzenia odbiorcy, czego dotyczył warunek.

W dalszej części pisma Odwołujący stwierdził, iż urządzenia, z których Mennica Polska S.A. korzysta w ramach wdrożenia projektu Open Payment System nie posiadają funkcji sprzedaży biletu, lecz służą jedynie do wnoszenia opłat za przejazdy przy pomocy kart płatniczych i stanowią element realizacji systemu Open Payment System, który jest

systemem rozliczeniowym dedykowanym dla komunikacji miejskiej, opartym na technologii wnoszenia opłat za przejazdy bezstykowymi kartami płatniczymi EMV.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy GMV Innovating Solutions sp. z o.o. i Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A.U. (dalej również: „GMV”), Odwołujący wskazał, iż z załączonego do oferty GMV dokumentu JEDZ wynika, że na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 5.1.2. SIWZ wykonawca wykazał zamówienie zrealizowane na podstawie projektu POIS.08.03.00- 00-014-10 pn. „Poprawa funkcjonowania transportu miejskiego w aglomeracji szczecińskiej poprzez zastosowanie systemów telemetrycznych” na rzecz Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie, którego przedmiotem była dostawa, montaż i utrzymanie 317 biletomatów mobilnych: posiadających możliwość płatności bezgotówkowej - umożliwiających zakup, co najmniej 5 rodzajów biletów, przy czym „rodzaj biletu” należy rozumieć, jako zbiór cech biletu określających jego okres ważności, terytorialny zakres stosowania oraz wskazanie ewentualnej ulgi - posiadających system diagnostyczny umożliwiający zdatne wykrywanie usterek i nieprawidłowości w funkcjonowaniu automatów w okresie od 12.06.2013 r. do 27.11.2015 r.

Odwołujący podał, iż zgodnie z literalnym brzmieniem pkt. 5.1.2.1. SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczy jedynie doświadczenia w zakresie dostawy, która została wykonana w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, natomiast wskazane przez GMV w JEDZ, na okoliczność spełnienia tego warunku dostawy biletomatów mobilnych w ramach realizacji Umowy nr POIS.08.03.00-00-014-10 zostały wykonane: 30.04.2014 r. w liczbie 41 szt.; 30.06.2014 r. w liczbie 70 szt.; 31.07.2014 r. w liczbie 71 szt.; 29.08.2014 r. w liczbie 45 szt.; 30.09.2014 r. w liczbie 16 szt.; 30.09.2014 r. w liczbie 25 szt.; 31.10.2014 r. w liczbie 50 szt. Termin składania ofert w postępowaniu upłynął dnia 22.03.2018 r., co wskazuje, iż wskazane przez GMV dostawy zostały wykonane w okresie nie mieszczącym się w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Tym samym wskazane przez GMV dostawy nie spełniają warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt. 5.1.2.1. SIWZ. Ponadto Odwołujący wskazał, iż GMV nie wykonał w sposób należyty ww. dostaw gdyż dostarczone przez GMV mobilne biletomaty są niezgodne z zapisami SIWZ do ww. umowy w zakresie:

- 1) pkt.1.5.4: „Wszystkie otwory wrzutowe i wyrzutowe muszą być zabezpieczone przed działaniem naturalnych czynników zewnętrznych, jak i przed próbami celowego zniszczenia. Próba celowego zapchania jednego z otworów musi kończyć się unieruchomieniem automatu (zablokowanie pozostałych otworów i wyświetlenie komunikatu ostrzegawczego) oraz powiadomienie serwisu” oraz pkt. 1.9: „Wbudowany system diagnostyczny, który w razie pojawienia się ewentualnej awarii poinformuje o niej,

np. za pomocą sygnalizacji świetlnej i komunikatów na wyświetlaczu oraz rejestruje w pamięci kody błędów. Biletomat będzie blokował możliwość sprzedaży, jeśli rolka z papierem do wydruków skończy się lub nie będzie założona" - polegające na braku funkcjonalności w zakresie unieruchomienia Biletomatu wraz z wyświetleniem odpowiedniego komunikatu ostrzegawczego przy zablokowaniu czytnika kart stykowych zestawu płatniczego. Zapchany czytnik w momencie wybrania opcji płatności za pomocą karty stykowej powoduje permanentne oczekiwanie Biletomatu na wyjęcie blokującego przedmiotu. Biletomat nie zostaje unieruchomiony, a na ekranie nie pojawia się komunikat ostrzegawczy.

- 2) pkt. 1.5.6: „Otwory wrzutowe muszą być dodatkowo zabezpieczone przed niekontrolowanym wypadaniem wrzucanych i wyrzucanych przedmiotów (pieniędzy, kart) np. pod wpływem wiatru. Wskazane mechanizmy zamykania otworów wrzutowych i wyrzutowych powinny zostać zamknięte, gdy są one nieużywane, celem ograniczenia przedostawania się zanieczyszczeń do wnętrza automatu" - polegające na braku funkcjonalności blokowania otworu wrzutowego w postaci blokady osłony kieszeni biletowej. W każdym momencie istnieje możliwość naruszenia wnętrza kieszeni biletowej oraz zapchanie otworów wylotowych biletu i/lub bilonu.
- 3) pkt. 1.12.1: Biletomat powinien być wyposażony w kolorowy co najmniej 10" ekran dotykowy o rozdzielczości min. 600 x 800 punktów i jasności co najmniej 400 cd/m², który spełnia zarówno funkcję wyświetlacza; jak i urządzenia przyjmującego polecenia od pasażerów i obsługi technicznej. Interakcja z użytkownikiem poprzez wandaloodporny wyświetlacz z nakładką dotykową w technologii Infrared. Ekran ten musi być odporny na działanie naturalnych czynników zewnętrznych (temperatura; wilgoć) i musi poprawnie reagować na dotykanie dowolnymi przedmiotami. Dodatkowo musi być odporny na próby uszkodzenia poprzez uderzenia twardymi przedmiotami oraz na zarysowania (wandaloodporny) - polegające na braku możliwości obsługi ekranu dotykowego dowolnym przedmiotem. Ekran Biletomatu nie reagował na dotyk żadnym testowanym przedmiotem poza nieosłoniętą dłońią. Sposób zamontowania oraz działania nakładki dotykowej wyklucza obecność technologii Infrared.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, iż zarówno wykonawca Mennica Polska S.A. jak i wykonawca GMV nie wykazały spełnienia określonego w pkt. 5.1.2.1. SIWZ warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego powinni zostać wykluczeni z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut dotyczący przedstawienia przez wykonawców informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, w odniesieniu do wykonawcy Mennica Polska S.A., Odwołujący wskazał, iż podanie przez Mennicę nieprawdziwych informacji,

polegających na poinformowaniu Zamawiającego, iż usługi pilotażu projektu Open Payment System stanowią dostawę mobilnych automatów biletowych, podczas gdy z literalnego brzmienia Aneksu określającego zakres zamówienia jednoznacznie wynika, że nie obejmuje ona swoim przedmiotem dostaw, należy uznać, iż nastąpiło w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa. Urządzenia, które są eksploatowane to urządzenia do sprzedaży biletów, co jak wykazano wyżej, nie odpowiada prawdzie.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przytoczył wyrok KIO z dnia 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17 i dodał, iż Wykonawca Mennica Polska S.A. jako profesjonalista działający w branży, w której ubiega się o zamówienie, powinien przed złożeniem stosownego oświadczenia w JEDZ upewnić się, czy swoim zachowaniem w sposób ewidentny, tak jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu, nie podaje informacji sprzecznych z rzeczywistością, które wprowadzają w błąd Zamawiającego, i które mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania, gdyż dotyczyły spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Informacje te podano nie tylko w treści JEDZ. Powtórzono je także w wyjaśnieniach przekazanych na wezwanie Zamawiającego, datowanych na 14 maja 2018 r., powtarzając, że urządzenia eksploatowane na podstawie umowy z MPK Łódź służą sprzedaży biletów, a przedmiotem tej umowy było dostarczenie urządzeń do odbiorcy, jakim jest MPK Łódź.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, przedstawionych przez GMV, Odwołujący wskazał, iż wykonawca ten podał Zamawiającemu informacje nieprawdziwe poprzez wskazanie w JEDZ, iż termin ww. dostaw nastąpił od dnia 12.06.2013 r. do dnia 27.11.2015 r. Tym samym wprowadził w błąd Zamawiającego, co realizuje przesłanki wykluczenia wskazane w przepisie art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że z literalnego brzmienia protokołów odbiorczych wynika, kiedy zostały wykonane dostawy, to powyższe działanie należy uznać, co najmniej jako rażące niedbalstwo. Brzmienie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje, że wykonawca, który złożył w ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, podlega wykluczeniu. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują żadnej możliwości sanowania nieprawdziwych informacji i nie dają zamawiającemu uprawnień do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, do złożenia informacji niewadliwych.

Odwołujący podniósł, iż na skutek uchybienia przepisom art. 24 ust. 1 pkt 12, 16, 17 ustawy Pzp Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z postępowania. Odwołujący z ostrożności wskazał, że w przypadku, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą przesłanki do

wykluczenia wykonawców: Mennica i GMV, to do ww. wykonawców powinny być wystosowane odpowiednie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismami z dnia 30 maja 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy: Mennica Polska S.A. oraz Spółka GMV Innovating Solutions Sp. z o.o.

W dniu 11 czerwca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej została złożona przez Zamawiającego pisemna odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po zapoznaniu się z poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopią dokumentacji postępowania, przedłożoną przez Zamawiającego, treścią oferty złożonej przez Mennica Polska S.A., po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oraz, że wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku potwierdzenia zasadności zarzutów odwołania, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co mogłoby skutkować uzyskaniem przez niego zamówienia.

W ocenie Izby wykonawca Mennica Polska S.A. (dalej także: „Przystępujący”), zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wypełnił wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W związku z tym wykonawca ten skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikiem.

Natomiast drugi z podmiotów, który zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, tj. GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. nie stał się jego uczestnikiem.

Izba postanowiła uwzględnić opozycję, zgłoszoną przez Zamawiającego i Odwołującego, przeciwko przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. z uwagi na brak statusu wykonawcy tego podmiotu.

Przepisy art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp stanowią, iż Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Stosownie do art. 2 pkt 11 ustawy Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, wówczas przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do tych wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty przez wykonawców: Mennica Polska S.A. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: GMV Innovating Solutions sp. z o.o. i Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A.U., a także: Mera-Serwis SGL sp. z o.o. S.K.A i Mera Systemy sp. z o.o.

GMV Innovating Solutions sp. z o.o. nie złożyła samodzielnie oferty, nie ~~stała~~ jest się zatem wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu. Status wykonawcy przysługuje bowiem wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie, a nie każdemu z osobna. W piśmie z dnia 30 maja 2018 r., w którym Spółka zgłosiła swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego, osoba ją reprezentująca, w sposób jednoznaczny zaznaczyła natomiast, iż działa w imieniu tej Spółki oraz zgłasza przystąpienie Spółki do postępowania i wnosi o nieuwzględnienie odwołania w zakresie w jakim wykonawcy wnoszą o wykluczenie z postępowania GMV Innovating Solutions sp. z o.o. W żadnym miejscu pismo nie zawiera wskazania, iż GMV działa w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, z załączonych do pisma: pełnomocnictwa, udzielonego wyłącznie przez GMV Innovating Solutions sp. z o.o. oraz odpisu z KRS wyłącznie tej spółki, wynika, iż przystąpienie zostało zgłoszone samodzielnie przez ten podmiot.

W związku z tym Spółka ta nie mogła skutecznie przystąpić do postępowania odwoławczego wszczętego na skutek odwołania wniesionego przez Odwołującego, a w konsekwencji nie stała się uczestnikiem tego postępowania.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do pkt 3.1.1. SIWZ podstawowy (gwarantowany) zakres zamówienia (tzw. „leasing podstawowy”) obejmuje montaż, uruchomienie i leasing operacyjny na okres 60 miesięcy 583 fabrycznie nowych biletomatów z funkcjonalnością płatności bezgotówkowej, kompleksową obsługę serwisowo-eksploatacyjną leasingowanych biletomatów przez okres leasingu oraz szkolenie przedstawicieli Zamawiającego, a także usługi agenta rozliczeniowego przez okres trwania leasingu. Objęty zamówieniem leasing nie przewiduje opcji zakupu.

W dniu 17 maja 2018 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Mennica Polska S.A. Z zawiadomienia tego wynika, iż Zamawiający ocenił złożone oferty w następujący sposób: oferta Mennicy Polskiej S.A. uzyskała 100,00 pkt; oferta wykonawców występujących wspólnie: GMV Innovating Solutions sp. z o.o. i Grupo Mecánica del Vuelo Sistemas S.A.U. uzyskała 93,81 pkt, natomiast oferta Odwołującego uzyskała 80,44 pkt.

Stosownie do pkt 18.1. SIWZ w postępowaniu Zamawiający wskazał na możliwość zastosowania procedury, o której mowa w art. 24 aa ustawy Pzp, który stanowi, iż *zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia* lub *w ogłoszeniu o zamówieniu. (ust. 1). Jeżeli wykonawca, o którym mowa w ust. 1, uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może zbadać, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert.(ust.2).*

Jak wynika z dokumentacji postępowania oraz oświadczenia Zamawiającego, złożonego na rozprawie, o złożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, występował jedynie do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

Zgodnie z pkt 5.1.2. SIWZ wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni spełnić warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj.

legitymować się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie dostawy obejmującej minimum 100 szt. mobilnych automatów biletowych do sprzedaży biletów komunikacyjnych w pojazdach, które:

- 1) umożliwiały zakup co najmniej 5 rodzajów biletów, przy czym „rodzaj biletu” należy rozumieć jako zbiór cech biletu określających jego okres ważności, terytorialny zakres stosowania oraz wskazanie ewentualnej ulgi,*
- 2) posiadały możliwość płatności bezgotówkowej,*
- 3) posiadały system diagnostyczny umożliwiający zdalne wykrywanie usterek i nieprawidłowości w funkcjonowaniu automatów.*

Zgodnie z pkt 7.3.1.1. SIWZ na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawcy winni złożyć wykaz dostaw wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy te zostały wykonane oraz z załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane należycie.

Sprawa warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia była przedmiotem pytań wykonawców. W piśmie z dnia 4 stycznia 2018 r. w odpowiedzi na pytanie wykonawcy nr 2 Zamawiający wprowadził zmienioną treść ww. warunku, natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 6 dotyczące doprecyzowania terminu dostawa, użytego w pkt 5.1.2.1 SIWZ, zadany w brzmieniu: „Rozdział I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców p. 5.1.2.1 W punkcie tym użyto terminu „dostawa”. Zgodnie z przepisami termin dostawa towarów i usług podlega opodatkowaniu podatkiem VAT. Dostawa towarów definiowana jest jako przeniesienie prawa do rozporządzania danymi przedmiotami jako właściciel. Przepis ten został dostosowany do prawa unijnego (VI Dyrektywa VAT art. 5 ust. 1). W przypadku innego rozumienia terminu dostawa prosimy o wyjaśnienie.”, Zamawiający poinformował, iż pojęcie „dostawa”, występujące w rozdziale I SIWZ pkt 5.1.2.1, należy rozumieć zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy Pzp jako nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację.

Na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie doświadczenia, w złożonym wykazie dostaw wykonawca Mennica Polska S.A. podał dwie dostawy. Pierwsza dotyczyła dostawy na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Łódź Sp. z o.o. Druga dotyczyła dostawy na rzecz Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o.o. w Jaworznie.

Zamawiający pismem z dnia 8 maja 2018 r. wystąpił do MPK Łódź Spółka z o.o. z prośbą o informację:

1) czy urządzenia dostarczone MPK Łódź Spółka z o.o. na podstawie aneksu z dnia 2 czerwca 2016 r. do umowy FU/GO/U/290-00/11/W z dnia 16 grudnia 2011 r. tj. 132 szt. mobilnych automatycznych urządzeń biletowych, co do których zostały przedstawione referencje wystawione przez MPK Łódź sp. z o.o. dnia 17 stycznia 2018 r., wymienione przez Mennica Polska S.A. na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia (z przytoczeniem treści pkt 5.1.2. SIWZ), w prowadzonym przez niego postępowaniu umożliwiając zakup biletów, w szczególności: jak pod względem księgowym kwalifikowane są wpływy z opłat dokonywanych za pośrednictwem tych urządzeń,

2) na jakiej podstawie MPK Łódź sp. z o.o. użytkuje te urządzenia, ze wskazaniem, iż przydatne będą informacje pozwalające na jednoznaczną ocenę, czy ww. urządzenia były przedmiotem dostawy rozumianej zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli jako nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, która może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację.

W odpowiedzi, pismem z dnia 10 maja 2018 r., Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Łódź Spółka z o.o. poinformowała:

„1. Dostarczone przez Mennicę Polską SA urządzenia umożliwiają zakup biletów zgodnie z uchwałą XLII/1108/17 Rady Miejskiej w Łodzi z dnia 22.02.2017 r. z późniejszymi zmianami, w sprawie ustalenia opłat za usługi przewozowe lokalnego transportu zbiorowego. Pod względem księgowym, sprzedaż ta jest kwalifikowana jak każdy inny kanał dystrybucji biletów komunikacji miejskiej i stanowi przychód budżetowy Miasta Łodzi.

2. MPK-Łódź Sp. z o.o. nie jest właścicielem ww. urządzeń. Mennica Polska SA dostarczyła i zainstalowała urządzenia w tramwajach linii 10, w ramach realizacji pilotażowego projektu Open Payment System. Samodzielnie je serwisuje i prowadzi sprzedaż biletów (opłat bezgotówkowych w systemie wejście/wyjście na podstawie umowy FU/GO/U/290-00/11/W z dnia 16 grudnia 2011 r. wraz z aneksami, określającej zasady i warunki sprzedaży biletów lokalnego transportu zbiorowego w Łodzi.”

Następnie pismem z dnia 11 maja 2018 r. Zamawiający, wskazując na powyższe wystąpienie do MPK - Łódź sp. z o.o. i otrzymaną odpowiedź oraz z zaznaczeniem, że nie rozwiewa ona jego wątpliwości co do faktu, czy dostarczenie przez Mennicę Polską S.A. 132 szt. urządzeń dla MPK - Łódź sp. z o.o. było dostawą w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy Pzp, czyli nabyciem rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, która może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp, wezwał do wyjaśnienia, *jaki jest tytuł prawny, pozwalający na użytkowanie przez MPK - Łódź sp. z o.o. tych urządzeń - nie chodzi przy tym o wskazanie konkretnej umowy (tę informację Zamawiający posiada), ale informacje pozwalające na ocenę, czy jest to dostawa w rozumieniu wymogów warunku udziału w postępowaniu, w szczególności o wskazanie podstawy prawnej, tj. wskazanie czy jest to sprzedaż, dostawa, najem, dzierżawa, leasing z opcją lub bez opcji zakupu, lub inny rodzaj zobowiązania (jeśli tak, to jaki).*

W określonym przez Zamawiającego terminie wykonawca Mennica Polska S.A. złożył wyjaśnienia, w których podał m.in., iż wskazane w JEDZ jak również w wykazie dostaw - dostawy mobilnych automatów biletowych do sprzedaży biletów komunikacyjnych w pojazdach, dostarczone na rzecz MPK-Łódź sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej „urządzenia”), wypełniają dyspozycję normy prawnej zawartej w art. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tym samym stanowią „dostawy” w rozumieniu definicji zawartej w tym przepisie.

Mennica Polska S.A. wyjaśnia jednocześnie, że zawarta w dniu 16 grudnia 2011 r. umowa FU/GO/U/290-00/11/W z MPK Łódź Sp. z o.o. to wielorodzajowe przedsięwzięcie, którego celem jest określenie wzajemnych praw i obowiązków stron, mających na celu zapewnienie sprzedaży biletów za przejazd środkami transportu zbiorowego w Łodzi. W ramach tej umowy została również zrealizowana dostawa w rozumieniu art. 2 pkt 2 PZP. W ramach zrealizowanej dostawy do wskazanych pojazdów MPK Łódź Sp. z o.o. zostały dostarczone i zamontowane urządzenia, które spełniają określone przez Zamawiającego wymagania. MPK Łódź Sp. z o.o. odebrał te urządzenia. Jednocześnie na podstawie umowy z dnia 16 grudnia 2016 r. FU/GO/U/290-00/11/W wraz aneksami do niej (w szczególności aneksem z dnia 02 czerwca 2016 r. MPK Łódź Sp. z o.o. nabyła te urządzenia, a umowa określa sposób wykorzystywania tych urządzeń przez MPK Łódź Sp. z o.o. przez czas obowiązywania umowy - przy czym sposób ich wykorzystania jest związany z realizacją statutowych celów tej spółki, czyli zbiorowym transportem osób, z którym z kolei nierozdzielnie związany jest pobór opłat (sprzedaż biletów), do czego te urządzenia są przeznaczone. W ramach zawartego w dniu 02 czerwca 2016 r. aneksu do umowy, o której wyżej, Mennica Polska S.A. zobowiązała się m.in. do wyposażenia wskazanych przez MPK Łódź Sp. z o.o. pojazdów transportu miejskiego w rzeczne urządzenia. Mennica Polska S.A. została zobowiązana do dostarczenia, zainstalowania oraz uruchomienia urządzeń w miejscu i terminie wskazanym przez MPK Łódź Sp. z o.o. W ramach umowy Mennica Polska S.A. zobowiązała się m.in. również do zapewnienia dostępu do systemu centralnego diagnostyczno-technicznego, jak również do udzielenia licencji do systemu centralnego diagnostyczno-technicznego, czy też umieszczenia w urządzeniach jako wygaszacza ekranu materiałów informacyjnych dostarczonych wyłącznie przez MPK Łódź Sp. z o.o. Dostawa nie polegała na zamontowaniu

urządzeń przekazanych przez MPK Łódź Sp. z o.o. tylko na dostarczeniu urządzeń przez Mennicę Polska S.A. Dostawa miała charakter odpłatny. Cały system Open Payment System, w ramach którego dostarczono urządzenia, podlegała odbiorowi przez MPK Łódź Sp. z o.o. Tym samym na podstawie aneksu z dnia 02 czerwca 2016 r. do umowy Nr FU/GO/U/290-00/11/W – MPK Łódź Sp. z o.o. nabyła na czas trwania tej umowy we władanie urządzenia dostarczone przez Mennicę Polska S.A. Potwierdzeniem tego jest to, że urządzenia te znajdują się w należących do MPK-Łódź Sp. z o.o. pojazdach, na urządzeniach tych wyświetlane jest m.in. logo MPK Łódź Sp. z o.o. oraz inne informacje, które są niejako narzucone przez MPK Łódź Sp. z o.o. Ponadto urządzenia te są wykorzystywane przez MPK Łódź Sp. z o.o. w związku z wykonywaniem przez tę spółkę celu, dla którego została ona powołana tj. zapewnienie transportu zbiorowego w Łodzi i co się z tą działalnością wiąże, pobieraniem opłat za przejazd (kupnem biletu). MPK Łódź Sp. z o.o. może także decydować o tym, w którym pojeździe urządzenie ma być zamontowane, co przemawia, zdaniem wykonawcy, za uznaniem, że urządzenia te są w określonym władaniu MPK Łódź Sp. z o.o., a zatem spółka ta nabyła te urządzenia w rozumieniu art. 2 pkt 2 PZP i może nimi w sposób określony w umowie dysponować. Mennica Polska S.A. potwierdziła, że MPK Łódź nie jest właścicielem ww. urządzeń, które to urządzenia zostały dostarczone i zainstalowane przez Mennicę Polska S.A. w ramach realizacji pilotażowego projektu Open Payment System. Mennica Polska S.A. samodzielnie je serwisuje i prowadzi sprzedaż biletów (opłat bezgotówkowych w systemie wejście /wyjście) na podstawie umowy FU/GO/U/290-00/11/W z dnia 16 grudnia 2011 r. wraz z aneksami, określającej zasady i warunki sprzedaży biletów lokalnego transportu zbiorowego w Łodzi, jednak wobec przejęcia władania nimi przez MPK-Łódź sp. o.o., za pozbawione doniosłości prawnej należy uznać okoliczność tego, kto jest faktycznym właścicielem urządzeń, kto je serwisuje czy też prowadzi sprzedaż biletów. Świadczy o tym chociażby przedmiotowe zamówienie organizowane przez Zamawiającego, które to zamówienie jest dostawą w formie leasingu, a zatem polega na korzystaniu z rzeczy, które nie stanowią własności zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z *postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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.*

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, określonego w pkt 5.1.2. SIWZ, Przystępujący wykazał zamówienia zrealizowane:

- 1) na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź Spółka z o.o., w ramach którego dostarczył i uruchomił 132 szt. mobilne automatyczne urządzenia biletowe służące do sprzedaży biletów komunikacji miejskiej w pojazdach do dnia 16 września 2017 roku.
- 2) na rzecz Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej sp. z o.o. w Jaworznie dostarczył i uruchomił 60 szt. mobilnych automatycznych urządzeń biletowych służących do sprzedaży biletów komunikacji miejskiej do dnia 12 stycznia 2017 roku.

W obydwu przypadkach, Odwołujący zaznaczył, że dostarczone urządzenia umożliwiają zakup co najmniej 5 rodzajów biletów; posiadają możliwość płatności bezgotówkowej; posiadają system diagnostyczny umożliwiający zdalne wykrywanie usterek i nieprawidłowości w funkcjonowaniu mobilnych automatycznych urządzeń biletowych.

Odwołujący załączył do wykazu m.in. referencje z dnia 17 stycznia 2018 r. wystawione przez MPK Łódź, w których znajdują się stwierdzenia o należyтым wykonaniu wszystkich zobowiązań wynikających z umowy, związanych z dostawą i uruchomieniem 132 szt. mobilnych automatycznych urządzeń biletowych służących do sprzedaży biletów komunikacji miejskiej w pojazdach. W piśmie tym znajdują się również stwierdzenia: *„Dostarczone urządzenia: umożliwiają zakup co najmniej 5 rodzajów biletów komunikacji miejskiej („rodzaj biletu” definiowany jest jako zbiór cech biletu określających jego okres ważności, terytorialny zakres stosowania oraz wskazanie ewentualnej ulgi), posiadają możliwość płatności bezgotówkowej, posiadają system diagnostyczny umożliwiający zdalne wykrywanie usterek i nieprawidłowości w funkcjonowaniu mobilnych automatycznych urządzeń biletowych.”* Podobne stwierdzenia zawierają załączone do wykazu dostaw przez Przystępującego referencje z dnia 6 lutego 2018 r. wystawione przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskie Sp. z o.o. w Jaworznie.

W ocenie Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, z którego wynika, iż żadna z pozycji przedstawionych w wykazie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak również, że Przystępujący przedstawił nieprawdziwe informacje odnośnie przedmiotu stanowiącego świadczenie oraz charakteru tego świadczenia, wprowadzając w błąd Zamawiającego.

Sam Odwołujący w odwołaniu przyznał, iż w ramach uruchomienia systemu OPS Mennica wyposażyła wskazane przez MPK Łódź pojazdy transportu miejskiego organizowanego, wykonywanego i nadzorowanego przez MPK Łódź w urządzenia nazwane

Kasownikami Biletowymi, przy czym koszty ich instalacji pokrył Przystępujący. Oznacza to, zdaniem Izby, że skoro nastąpiło wyposażenie pojazdów MPK Łódź w określone urządzenia, co należy rozumieć, jako ich dostarczenie i zainstalowanie, to wykonawca ten wykazał się zrealizowaniem dostawy, a nie usługi, jak w innym miejscu wywodzi Odwołujący.

Zgodnie z definicją dostawy, określoną w art. 2 pkt 2 ustawy Pzp *przez dostawy należy rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację*. Zgodzić się zatem należy ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego i Przystępującego, iż istotą kwalifikacji danego świadczenia jako dostawy jest element nabycia, czyli możliwości określonego władania rzeczą. Przy czym bez znaczenia jest tytuł prawny do tego władania, albowiem wymienione stosunki obligacyjne mają charakter tylko i wyłącznie przykładowy, najczęściej występujący w obrocie. Otwarty katalog oznacza, że ustawodawca dopuszcza również inne podstawy do sprawowania tego władania, w tym na podstawie stosunków obligacyjnych nienazwanych w Kodeksie cywilnym. W ocenie Izby, dla kwalifikacji określonego świadczenia jako dostawy, wbrew sugestiom Odwołującego, nie jest decydujące przeniesienie własności określonej rzeczy. Świadczy o tym wskazanie w ww. definicji m.in. umowy leasingu z opcją lub bez opcji wykupu.

Również okoliczność, iż dostarczenie urządzeń na rzecz MPK Łódź nastąpiło w ramach pilotażowego projektu Open Payment System, w ocenie Izby, nie powoduje, iż nie wystąpiła dostawa w rozumieniu ww. art. 2 pkt 2 ustawy Pzp. To, że taka dostawa miała miejsce w ramach szerszego przedsięwzięcia nie powoduje, że nie może ona służyć na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, postawionego przez Zamawiającego. SIWZ, która wiąże w postępowaniu zarówno Zamawiającego, jak i Wykonawców, nie wyłącza bowiem możliwości wykazania się doświadczeniem w dostawach wskazanych w niej urządzeń, zrealizowanych w ramach szerszego przedsięwzięcia. Na etapie oceny ofert nie jest dopuszczalne wprowadzanie zmian w SIWZ, ani nadawanie jej postanowieniom innej treści, niż w niej zapisana.

Zdaniem Izby, nie można także uznać za przekonującą argumentacji Odwołującego dotyczącej rodzaju urządzenia. Nie jest sporne pomiędzy stronami, iż nie ma definicji ustawowej terminów: „kasownik”, „biletomat”. SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie zawiera takich definicji. W ocenie Izby ze sposobu sformułowania takich definicji przez innych zamawiających, przyjętych na użytek innych postępowań, przy innym opisie warunku udziału w postępowaniu i innym opisie przedmiotu zamówienia, nie można skutecznie wywodzić, iż urządzenia, stanowiące przedmiot dostaw do MPK Łódź, wskazane w wykazie przez Przystępującego, służą wyłącznie do kasowania (walidacji) biletów, a nie do sprzedaży

biletów i w związku z tym nie mogą potwierdzać spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie wykazał, iż „*mobilne automatyczne urządzenie biletowe służące do sprzedaży biletów komunikacji miejskiej w pojazdach*” wskazane w wykazie dostaw Przystępującego, nie posiada funkcjonalności, o których mowa w pkt. 5.1.2. SIWZ. Argumentacja Odwołującego sprowadza się do kwestionowania funkcjonalności sprzedaży biletów, rozumianych jako wydruk. Odwołujący nie neguje, iż można w tych urządzeniach zapłacić za bilet/ skasować przy użyciu karty, a jedynie przyjmuje, że takie czynności nie stanowią o nabyciu biletu, bowiem nabycie odnosi wyłącznie do jego wydrukowanej wersji, a nie do opłaty za przejazd. Tymczasem warunek udziału w postępowaniu określony w SIWZ nie zawiera ograniczenia, aby urządzenia, których dostawą ma się legitymować wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, musiały posiadać funkcję wydruku biletu.

Należy, zdaniem Izby, podzielić stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego, iż nabycie biletu na przejazd należy rozumieć jako uiszczenie opłaty za przejazd. Potwierdza to złożona do akt uchwała Rady Miejskiej w Łodzi, z której wynika m.in. możliwość opłat bezgotówkowych za usługi przewozowe lokalnego transportu zbiorowego w Łodzi poprzez przyłożenie bezstykowej karty płatniczej. Taka ocena znajduje oparcie w przepisach ustawy Prawo przewozowe, jak również w złożonych na rozprawie przez Odwołującego opiniach prywatnych:

- 1) sporządzonej przez Institute of Global Innovation, Economics and Logistics (dalej: „IGIEL”), której autor, w odniesieniu do ww. urządzeń dostarczonych przez Przystępującego do MPK Łódź stwierdził, iż: „*Są to urządzenia, które umożliwiają dokonanie opłaty za przejazd.*” (str. 5 in. fine opinii z dnia 20 maja 2018 r.),
- 2) sporządzonej przez Zespół Doradców Gospodarczych TOR (dalej: „TOR”), w której znalazły się stwierdzenia, iż „*W publicznym transporcie zbiorowym bilet oznacza ważny dokument lub inny dowód zawarcia umowy transportowej*” (m.in. pkt. 1 str. 2 opinii z maja 2018 r.).

W ocenie Izby ww. opinie IGIEL I TOR w pozostałym zakresie nie są przydatne dla rozstrzygnięcia sprawy. Taka ocena wynika m.in. z tego, iż tak jak Odwołujący, na którego zlecenie powstały, przyjmują nieaktualną treść warunku udziału w postępowaniu, tj. treść pkt 5.1.2. sprzed jej zmiany przez Zamawiającego, dokonanej przed terminem składania ofert, jak również w znacznej części swych wywodów odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia, objętego niniejszym postępowaniem, podczas gdy istotą sporu pomiędzy

stronami nie jest kwestia relacji opisu warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu. Postanowienia SIWZ są wiążące, a te w opisie warunku udziału

w postępowaniu nie zawierają wymogu legitymowania się doświadczeniem w dostawie dokładnie takich samych urządzeń, jak urządzenia, które mają być dostarczone w wyniku niniejszego postępowania.

Wbrew sugestiom Odwołującego, co do rozumienia terminu „bilet”, tj. ograniczenia tego terminu jedynie do jego tradycyjnej formy, wskazać należy, iż SIWZ w przedmiotowym postępowaniu przy opisie warunku udziału w postępowaniu nie ogranicza wymogów dotyczących urządzeń do takich, które umożliwiających sprzedaż wyłącznie biletów w tradycyjnej formie tj. papierowej/kartonkowej. Oznacza to, że w wykazie referencyjnych usług mogą znaleźć się dostawy urządzeń sprzedających również bilety w formie elektronicznej, którą to formę przewiduje art. 16 ust. 4 ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. Prawo przewozowe (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 1983), regulujący kwestie związane z zawarciem umowy przewozu.

Tak jak zostało już zaznaczone, na etapie badania i oceny ofert nie jest dopuszczalne wprowadzanie zmian w SIWZ. Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący nie legitymował się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem. Tym samym, mając na uwadze cel stawiania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, tj. zapewnienie wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia, należy uznać, iż Zamawiający zasadnie uznał, iż Przystępujący wykazał spełnienie postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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.* Stosownie natomiast do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp *z postępowania o udzielenie zamówienia 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.* Dla zastosowania do art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 muszą zostać kumulatywnie spełnione wymienione w nich przesłanki, w tym musi wystąpić przedstawienie przez wykonawcę nieprawdziwej informacji, która wprowadziła zamawiającego w błąd i w jej wyniku zamawiający uznał, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu.

W ocenie Izby zaistnienie ww. przesłanek wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp nie zostało wykazane.

Jak już zostało to wyżej przedstawione, materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, w szczególności treść referencji, złożonych przez Przystępującego wskazuje, iż informacje przedstawione w wykazie dostaw, złożonym przez Przystępującego na wezwanie skierowane do niego przez Zamawiającego, nie są niezgodne z rzeczywistością, ich przedstawienie nie mogło zatem wprowadzić i nie wprowadziło Zamawiającego w błąd. Nie występuje zatem podstawa do zastosowania tych przepisów

Nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 2 pkt 5 ustawy Pzp

Stosownie do art. 91 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ*. Stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 13 jednym z koniecznych postanowień SIWZ jest *opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego*. Zgodnie natomiast z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp *przez najkorzystniejszą ofertę należy przez to rozumieć ofertę: która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt*.

Odwołujący nie wykazał, aby wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany wadliwie i niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Odwołujący nie podjął nawet argumentacji w tym zakresie, ograniczając się do postawienia zarzutu.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, które stanowią, iż *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (ust.1). Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ust.3)*.

Odwołujący w odwołaniu wskazał, iż uchybienie tym przepisom przez Zamawiającego nastąpiło poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nie przedstawił natomiast argumentacji na poparcie tego zarzutu.

W uzasadnieniu odwołania, zarzut niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, Odwołujący wiąże jedynie z zaniechaniem wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp. Zarzuty dotyczące naruszenia tych przepisów nie potwierdziły się, a zatem nie zostało wykazane, aby Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania.

W ocenie Izby niezasadny jest także, zgłoszony na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów, zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania: wykonawcy Mennica Polska S.A. oraz wykonawców występujących wspólnie: GMV Innovating Solutions sp. z o.o. i Grupo Mecánica del Vuelo Sistemas S.A.U. do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W sytuacji, gdy nie potwierdziły się zarzuty dotyczące braku wykazania się przez wykonawcę Mennica Polska S.A. spełnianiem warunku udziału w postępowaniu oraz zostało uznane, iż wykonawca ten przedstawiając wymagane w SIWZ dokumenty tj. wykaz dostaw wraz z referencjami, potwierdził spełnianie postawionego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, nie ma uzasadnienia dla wzywania go do złożenia dokumentów w tym zakresie. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi bowiem, iż *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*. Skoro wykonawca złożył wymagane dokumenty i te potwierdzają spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu, to przepis ten nie znajduje zastosowania.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp *odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania*

czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W postępowaniu została zastosowana procedura odwrócona, o której mowa art. 24 aa ustawy Pzp.

Oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: GMV Innovating Solutions sp. z o.o. i Grupo Mecánica del Vuelo Sistemas S.A.U. zajmuje drugą pozycję w rankingu ofert. Wykonawca ten nie był wzywany przez Zamawiającego do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego, nie podjął on czynności oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę, uczynił to jedynie w stosunku do Przystępującego, którego oferta została najwyżej oceniona.

W związku z powyższym Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty dotyczące braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przez GMV Innovating Solutions sp. z o.o. i Grupo Mecánica del Vuelo Sistemas S.A.U.

Stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i art. 192 ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 (jednolity tekst Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....