Sygn. akt: KIO 1626/19, KIO 1628/19

WYROK

z dnia 4 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Katarzyna Odrzywolska

Anna Osiecka

Protokolant:

Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2019 r. przez odwołujących:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GMV Innovating Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Grupo Mecanica Del Vuelo Sistemas

S.A.U. w Tres Cantos Madryt, Hiszpania (sygn. akt KIO 1626/19);

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Thales Polska spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, ASEC spółka akcyjna w Krakowie, Revenue Collection Systems France SAS w Plessis Pate, Francja (sygn. akt KIO 1628/19)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - InnoBaltica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku

przy udziale zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, ASEC spółka akcyjna

w Krakowie, Revenue Collection Systems France SAS w Plessis Pate, Francja w sprawie sygn. akt KIO 1626/19, wnoszących sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego odwołania sygn. akt KIO 1626/19,

B. wykonawcy Atos Polska spółka akcyjna w Warszawie w sprawie sygn. akt KIO 1626/19 oraz KIO 1628/19, wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego odwołania sygn. akt KIO 1628/19,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Indra Sistemas Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i PayU spółka akcyjna w Poznaniu w sprawie sygn. akt KIO 1626/19 oraz KIO 1628/19, wnoszących sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego odwołania sygn. akt KIO 1628/19,

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Data Systems spółka akcyjna w Gdyni i AEP Ticketing Solutions s.r.l. w Signie, Włochy w sprawie sygn. akt KIO 1626/19 oraz KIO 1628/19,

orzeka:

1. Uwzględnia w całości odwołanie sygn. akt KIO 1626/19, złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GMV Innovating Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Grupo Mecanica Del Vuelo Sistemas S.A.U. w Tres Cantos Madryt, Hiszpania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie decyzji o wykluczeniu odwołujących z postępowania oraz powtórzenie badania i oceny złożonego przez nich wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania sygn. akt KIO 1626/19 obciąża wnoszących sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego odwołania sygn. akt KIO 1626/19 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, ASEC spółka akcyjna w Krakowie, Revenue Collection Systems France SAS w Plessis Pate, Francja i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wnoszących sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego odwołania sygn. akt KIO 1626/19 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,

ASEC spółka akcyjna w Krakowie, Revenue Collection Systems France SAS w Plessis Pate, Francja na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GMV Innovating Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Grupo Mecanica Del Vuelo Sistemas S.A.U. w Tres Cantos Madryt, Hiszpania kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania sygn. akt KIO 1626/19 oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Uwzględnia odwołanie sygn. akt KIO 1628/19 w części obejmującej zarzut naruszenia art.

8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odtajnienia informacji zawartych we wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Indra Sistemas Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i PayU spółka akcyjna w Poznaniu i nakazuje zamawiającemu powtórzenie badania i oceny tego wniosku oraz ujawnienie nazw podwykonawców i powierzonych im do realizacji części zamówienia.

4. Umarza postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 1628/19 w części obejmującej zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odtajnienia dokumentów powoływanych na spełnienie warunku posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Data Systems spółka akcyjna w Gdyni i AEP Ticketing Solutions s.r.l. w Signie, Włochy.

5. Oddala odwołanie sygn. akt KIO 1628/19 w pozostałym zakresie.

6. Kosztami postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1628/19 obciąża odwołujących i uczestników postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku i:

6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem 2/3 wpisu od odwołania;

6.2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, ASEC spółka akcyjna w Krakowie, Revenue Collection Systems France SAS w Plessis Pate, Francja kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem 1/3 wpisu od odwołania;

6.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Indra Sistemas Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i PayU spółka akcyjna w Poznaniu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, ASEC spółka akcyjna w Krakowie, Revenue Collection Systems France SAS w Plessis Pate, Francja kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy), stanowiącą 1/3 uzasadnionych kosztów strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania sygn. akt KIO 1628/19 oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

6.4. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, ASEC spółka akcyjna w Krakowie, Revenue Collection Systems France SAS w Plessis Pate, Francja na rzecz wykonawcy Atos Polska spółka akcyjna w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania 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. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt KIO 1626/19, KIO 1628/19

I. InnoBaltica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Wdrożenie na obszarze województwa pomorskiego, wspólnego dla organizatorów i przewoźników, systemu poboru opłat za przewozy w zbiorowym transporcie pasażerskim oraz systemu jednolitej informacji

pasażerskiej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej z dnia 18 grudnia 2018 r., poz. 2018/S 243-554470. Postępowanie prowadzone

jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 12 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Na tę czynność w dniu 22 sierpnia 2019 r. zostały wniesione odwołania przez:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GMV Innovating Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Grupo Mecanica Del Vuelo Sistemas S.A.U. w Tres Cantos Madryt, Hiszpania (sygn. akt KIO 1626/19);

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Thales Polska spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, ASEC spółka akcyjna w Krakowie, Revenue Collection Systems France SAS w Plessis Pate, Francja (sygn. akt KIO 1628/19).

sygn. akt KIO 1626/19

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia GMV Innovating Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Grupo Mecanica Del Vuelo

Sistemas S.A.U. w Tres Cantos Madryt, Hiszpania (dalej: Konsorcjum Innovating Solutions lub Odwołujący) zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z uwagi na bezpodstawny zarzut, iż Konsorcjum

nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej

i zawodowej w sytuacji, gdy Odwołujący przedłożył wykaz osób spełniających wymagania

wskazane przez Zamawiającego wraz z oświadczeniem, iż wskazane w wykazie osoby spełniają wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, został on bezpodstawnie wykluczony z postępowania, z powodu braku wskazania osób i ich kwalifikacji na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wskazanie osób nie było wymagane na pierwszym etapie postępowania, a nawet jeżeli Zamawiający taki obowiązek przewidział lub chciał przewidzieć, zostało to dokonane w sposób niejasny i nieprecyzyjny. Informacja do ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) zawierały liczne rozbieżności, dla wykonawców nie było jasne czy wykazanie zdolności technicznej i zawodowej jest obowiązkiem na pierwszym etapie postępowania czy tak jak wskazano w SIWZ, będzie wykazywane dopiero na etapie składania ofert;

2. art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niezastosowanie powyższego przepisu oraz dokonanie niewłaściwej interpretacji oświadczenia woli Odwołującego o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu,

a w przypadku nieuznania przez Krajową Izbę Odwoławczą ww. naruszenia za uzasadnione zarzucił naruszenie:

3. art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści uzupełnionych przez Odwołującego formularzy Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: JEDZ) w zakresie konkretnego doświadczenia wskazanego personelu,

4. art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do bezpodstawnego wykluczenia z postępowania Wykonawcy, który wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

1) unieważnienie decyzji o wykluczeniu z postępowania Konsorcjum Innovating Solutions,

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego w celu uznania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu,

3) nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy (dalej: Przystępujący):
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, ASEC spółka akcyjna w Krakowie, Revenue Collection Systems France SAS w Plessis Pate, Francja (dalej: Konsorcjum Thales),

- wykonawca Atos Polska spółka akcyjna w Warszawie (dalej: wykonawca Atos),

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Indra Sistemas Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i PayU spółka akcyjna w Poznaniu (dalej: Konsorcjum Integrated Solutions)

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Asseco Data Systems spółka akcyjna w Gdyni i AEP Ticketing Solutions s.r.l. w Signie, Włochy (dalej: Konsorcjum Asseco).

Konsorcjum Thales wniosło sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania.

sygn. akt KIO 1628/19

Konsorcjum Thales zarzuciło Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego odmowę ujawnienia informacji, które Konsorcjum Asseco (w zakresie dokumentów powoływanych na spełnienie warunku posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej) oraz Konsorcjum Integrated Solutions (w zakresie nazw podwykonawców i powierzonych im do realizacji części zamówienia) zastrzegli jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i uznanie tego zastrzeżenia za skuteczne w sytuacji, gdy wykonawcy ci nie wykazali w sposób należyty, że zastrzegane przez nich informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy Prawa zamówień publicznych środków ochrony prawnej;

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych i 51 ust. 1a Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Integrated Solutions, który to wykonawca, 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, a to w zakresie potwierdzenia spełniania warunku z pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu w zw. z pkt VI ppkt 2.3 lit. a) Informacji do ogłoszenia o zamówieniu,

3. art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych i 22a ust. 3 i ust. 6 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 51 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20

Prawa zamówień publicznych i art. 24 ust. 8 i 9 Prawa zamówień publicznych oraz art. 7 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaproszenie do składania ofert Konsorcjum Integrated Solutions, które nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej, ze względu na błędną ocenę przez Zamawiającego samooczyszczenia złożonego przez Indra Sistemas S.A. udostępniającego potencjał w trybie art. 22a Prawa zamówień publicznych Konsorcjum Integrated Solutions, i przyjęcie, że wobec podmiotu udostępniającego potencjał nie zachodzą podstawy wykluczenia, a co za tym idzie, przyjęcie, że nie zachodzą okoliczności opisane w art. 22a ust. 6 Prawa zamówień publicznych, gdy tymczasem Indra Sistemas S.A. nie przedstawił dowodów wykazujących swoją rzetelność zgodnie z art. 24 ust. 8 Prawa zamówień

publicznych,

ewentualnie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i 24 ust. 8 i 9 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez brak wezwania Konsorcjum Integrated Solutions do uzupełnienia oświadczenia o samooczyszczeniu złożonego przez Indra Sistemas SA, i złożenia dowodów, potwierdzających fakt podjęcia konkretnych i odpowiednich środków dla zapobiegnięcia w przyszłości nieprawidłowemu postępowaniu polegającemu na zawieraniu umów ograniczających konkurencję;

4. art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych i 51 ust. 1a Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Integrated Solutions z uwagi na fakt, że suma zrealizowanych przez tego wykonawcę projektów, przedstawionych na potwierdzenie spełniania warunku z pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu, nie spełnia wymogów Zamawiającego;

ewentualnie art. 22a ust. 6 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22a ust. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Integrated Solutions na podstawie art. 22a ust. 6 Prawa zamówień publicznych do zastąpienia podmiotu, na którego zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej ten wykonawca polega, innym podmiotem lub podmiotami lub do zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w art. 22a ust. 1 Prawa zamówień publicznych,

5. art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22a ust. 6 i art. 24 ust. 1 pkt 14 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez brak wezwania Atos do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wobec WORLDLINE - podmiotu udostępniającego Atos potencjał, tj. dokumentów potwierdzających niekaralność Pani S. M. T. (członka zarządu spółki Wordline). Jeżeli bowiem wobec WORLDLINE zachodzą podstawy wykluczenia, Zamawiający zobowiązany jest do wszczęcia wobec ATOS procedury z art. 22 ust. 6 Prawa zamówień publicznych.

6. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez przygotowanie i prowadzenie

postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami

proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności zaproszenia do składania ofert i zakończenia oceny spełniania

warunków udziału w postępowaniu, - przeprowadzenia ponownej oceny złożonych wniosków,

- udostępnienia Odwołującemu informacji nieprawidłowo uznanych przez Zamawiającego za tajemnicę przedsiębiorstwa, złożonych przez wykonawców: Konsorcjum Asseco, Konsorcjum Integrated Solutions, - wykluczenia Konsorcjum Integrated Solutions z postępowania,

ewentualnie

- wszczęcia wobec tego wykonawcy procedury z art. 22a ust. 6 Prawa zamówień publicznych

wobec nie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności

technicznej i zawodowej podmiotu, na zasobach którego polega Konsorcjum Integrated Solutions, i nie potwierdzenia przez ten podmiot braku podstaw do wykluczenia;

ewentualnie

- wezwania Konsorcjum Integrated Solutions do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń opisanych w niniejszym odwołaniu dotyczących podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu, - wezwania Atos do uzupełnienia dokumentów opisanych w niniejszym odwołaniu dotyczących podstaw wykluczenia, ewentualnie wezwania Atos na

podstawie art. 22a ust. 6 Prawa zamówień publicznych w razie stwierdzenia, że zachodzą podstawy wykluczenia wobec podmiotu, na których zdolnościach polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy (dalej: Przystępujący):

- wykonawca Atos,

- Konsorcjum Integrated Solutions,

- Konsorcjum Asseco.

Wykonawca Atos i Konsorcjum Integrated Solutions wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, podniesionych w zakresie odnoszącym się do złożonych przez nich wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Il. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego oba odwołania rozpoznano na rozprawie.

Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, odwołania zostały złożone w związku z dokonaną przez Zamawiającego oceną wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący w odwołaniu sygn. akt KIO 1626/19 domaga się ponownej oceny jego wniosku i stwierdzenie, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący w odwołaniu sygn. akt KIO 1628/19 domaga się wykluczenia innych wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców jest w interesie Odwołującego.

sygn. akt KIO 1626/19

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawowym zarzutem odwołania był zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania. W ocenie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego bezpodstawnej, Konsorcjum Innovating Solutions nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Odwołujący podnosił, że wbrew stanowisku Zamawiającego przedłożył wykaz osób spełniających wymagania wskazane przez Zamawiającego wraz z oświadczeniem, iż wskazane w wykazie osoby spełniają wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego. Odwołujący wywodził, że wskazanie osób nie było wymagane na pierwszym etapie postępowania, a nawet jeżeli Zamawiający taki obowiązek przewidział lub chciał przewidzieć, zostało to dokonane w sposób niejasny i nieprecyzyjny. Informacja do ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) zawierały liczne rozbieżności, dla wykonawców nie było jasne czy wykazanie zdolności technicznej i zawodowej jest obowiązkiem na pierwszym etapie postępowania czy tak jak wskazano w SIWZ, będzie wykazywane dopiero na etapie składania ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

W treści ogłoszenia o zamówienia Zamawiający wskazał, że wykonawca spełni warunek zdolności technicznej i zawodowej jeżeli wykaże, że skieruje do pełnienia wskazanych funkcji przy realizacji zamówienia, określone osoby".

Zgodnie z pkt VI. 1. Informacji do ogłoszenia o zamówieniu, brak podstaw do wykluczenia zostanie wstępnie zweryfikowany na podstawie przedłożonego wraz z wnioskiem JEDZ.

Zamawiający wskazał, że jednym z warunków udziału w postępowaniu jest posiadanie odpowiedniej zdolności technicznej i zawodowej, w tym między innymi skierowanie kadry pracowniczej do realizacji zamówienia - dowodem na spełnienie tego warunku miał być wypełniony i pobrany JEDZ.

Zamawiający we wzorze formularza JEDZ nie przewidział odpowiedniej rubryki do wykazania spełnienia powyższego warunku. Na tę kwestię uwagę zwrócił jeden z wykonawców, zwracając się do Zamawiającego z pytaniem w zakresie treści ogłoszenia o zamówieniu. W pytaniu wskazano, że Zamawiający przygotowując JEDZ nie wskazał możliwości wypełnienia rubryki dotyczącej „pracowników technicznych lub służb technicznych", która służy do podawania tego typu informacji. Autor pytania zaznaczył również, że rubryka JEDZ „Wykształcenie i kwalifikacje zawodowe" dotyczy bezpośrednio wykonawcy jako podmiotu lub jego kadry kierowniczej, a więc nie służy opisowi kadry pracowniczej. Następnie Zamawiający zmienił formularz JEDZ, wstawiając pola, w których należało wpisać pracowników technicznych odpowiedzialnych za kontrolę jakości oraz wykształcenie i kwalifikacje zawodowe.

Zgodnie z pkt VIII. 1.2) SIWZ na późniejszym etapie postępowania będzie należało złożyć załączniki do oferty, które powinny zawierać opisy, umożliwiające dokonanie oceny oferty a w szczególności proponowanego zespołu wdrożeniowego, jego składu, organizacji i doświadczenia oraz zaangażowanie po stronie Wykonawcy. Punkt XI.2.2.3 SIWZ wskazuje, że proponowany skład zespołu wdrożeniowego musi spełniać co najmniej minimalne wymagania Zamawiającego opisane w Warunkach udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. W tym postanowieniu SIWZ wskazano również, iż ocena oferty zostanie przeprowadzona na podstawie załącznika dołączonego do oferty zawierającego opis proponowanego zespołu wdrożeniowego, jego składu, organizacji i doświadczenia oraz zaangażowanie po stronie Wykonawcy. Dla oceny kryterium proponowanego zespołu wdrożeniowego Wykonawca w SIWZ został zobowiązany załączyć do oferty wykaz osób do oceny kryterium stanowiący Załącznik nr 5 do SIWZ.

Zamawiający w dniu 4 czerwca 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy wezwał Odwołującego do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym to wezwaniu między innymi wskazał, że Wykonawca nie przedłożył do wniosku dowodów wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej poprzez wykazanie w Części IV. C JEDZ, że Wykonawca skieruje do pełnienia niżej wymienionych funkcji przy realizacji zamówienia osoby spełniające wymienione szczegółowo w treści wezwania wymagania (Zamawiający zacytował w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów wymagania dla tej funkcji wynikające z punktu VI.2.3).b).). Na powyższe wezwanie Odwołujący odpowiedział w dniu 18 lipca 2019 r., wskazując, że w zaktualizowanych formularzach JEDZ członków-Konsorcjum przedłożył wykaz osób spełniających wskazane i oczekiwane przez Zamawiającego wymagania. Odwołujący w treści pisma oraz na formularzu JEDZ złożył oświadczenie, że wszystkie osoby wskazane przez niego w JEDZ spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w szczegółowo w wezwaniu do uzupełnienia i wynikające z treści ogłoszenia o zamówieniu (Odwołujący w formularzu JEDZ wymienił imiona i nazwiska osób skierowanych do pełnienia określonych funkcji, a doświadczenie i kwalifikacje wskazanych osób opisał następująco: ,,wszystkie powyżej wskazane osoby spełniają wymagania określone w SIWZ pkt VI.2.3b). Członek konsorcjum, Grupo Mecnica Del Vuelo Sistemas S.A.U. wskazał, iż będzie korzystać z usług pracownika technicznego F.J.E S., który będzie pełnił funkcję inżyniera telekomunikanta. Wskazano również, iż powyższy pracownik spełnia wymagania dla tej funkcji wynikające z punktu VI.2.3).b).

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, powołując się na art. 24 ust. 2 pkt 12 Prawa zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wskazał osób, które skieruje do pełnienia określonych funkcji przy realizacji zamówienia, przez co nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonej w ogłoszeniu o zamówieniu. Wykonawca wskazał w JEDZ takie osoby, po czym wskazał je tylko osobowo tzn. podając imiona i nazwiska bez określenia, czy przypisania im określonych wymaganych umiejętności, doświadczenia, kompetencji opisanych i wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków zdolności technicznej i zawodowej. Dodatkowo wykonawca nie wskazał osoby dla funkcji inżynier telekomunikant.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie należy uwzględnić.

Zasadniczym zarzutem odwołania był zarzut naruszenia art. art. 24 ust. 2 pkt 12 Prawa zamówień publicznych przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania. Izba nie odnosiła się do zarzutu naruszenia art. 65 § 1kodeksu cywilnego, ponieważ w ocenie składu orzekającego zarzut naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego nie może być samodzielnym zarzutem w postępowaniu odwoławczym (Krajowa Izba Odwoławcza bada naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych - art. 179 ust. 1 in fine). Skład orzekający, wobec uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, sformułowanego jako zarzut główny, nie odnosiła się do zarzutów ewentualnych. Niezależnie od powyższych spostrzeżeń, wobec uwzględnienia podstawowego zarzutu odwołania, odwołanie należy uznać za uwzględnione w całości.

W pierwszej kolejności, odnośnie braku podania w formularzu JEDZ imienia i nazwiska inżyniera telekomunikanta, to Odwołujący niewątpliwie wskazał tę osobę w formularzu JEDZ złożonym przez członka Konsorcjum (Członek konsorcjum, Grupo Mecanica Del Vuelo Sistemas S.A.U. wskazał na str. 18 formularza JEDZ, że będzie korzystać z usług pracownika F.J.E.S., który będzie pełnił funkcję inżyniera telekomunikanta). Dlatego nie było podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania w związku z brakiem wskazania osoby na stanowisko inżyniera telekomunikanta.

W toku postępowania odwoławczego okazało się sporne, jaki zakres doświadczenia i kwalifikacji danych osób należało opisać w formularzu JEDZ. Zdaniem Odwołującego wystarczające było odwołanie się do postanowień SIWZ, zdaniem zgłaszającego sprzeciw od uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania Konsorcjum Thales - informacje należało uszczegółowić.

Izba na podstawie dokumentacji postępowania stwierdziła, że rzeczywiście wskazówki w tym zakresie zawarte w ogłoszeniu i SIWZ mogły być niejasne, i Odwołujący mógł je zrozumieć w ten sposób, że wypełnił JEDZ odwołując się do postanowienia SIWZ.

Faktycznie, jeżeli wykonawca miałby przepisywać doświadczenie i kwalifikacje osób w sposób identyczny, jak opis wymagań Zamawiającego , to równie dobrze mógł złożyć w tym względzie oświadczenie odwołujące się do tych wymogów. Trafnie spostrzegł Odwołujący na rozprawie, że wśród wielu wymogów, znajduje się również biegła znajomość języka polskiego.
W konsekwencji dla Odwołującego mogło być oczywiste, że osoby wskazane z imienia i nazwiska jako przeznaczone do pełnienia określonych funkcji, spełniają wymagania konieczne do ich pełnienia.

Niezależnie od powyższego, trzeba zauważyć, że wypełniony formularz JEDZ jest wstępnym oświadczeniem wykonawcy. W związku z większością oświadczeń tam zawartych wykonawca składa dokument na potwierdzenie prawdziwości złożonych oświadczeń. Przykładowo, na potwierdzenie doświadczenia wykonawcy, składa wykaz usług. Jednak na potwierdzenie oświadczenia o kwalifikacjach osób Zamawiający nie wymagał osobnego dokumentu (jest to zgodne z Instrukcją wypełniania formularza JEDZ, opublikowaną na stronie , na str. 56 Instrukcji). Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, oraz fakt, że Zamawiający będzie przyznawał punkty za kwalifikacje i doświadczenie pracowników na późniejszym etapie postępowania, Izba wątpliwości w tym względzie rozstrzygnęła na korzyść Odwołującego i stwierdziła, że odwołanie się do wymagań SIWZ bez ich cytowania (sprowadzające się do oświadczenia, że wskazane osoby spełniają określone wymogi) było wystarczające do oceny, że Odwołujący wykazał spełnienie oczekiwań Zamawiającego w odniesieniu do osób mających pełnić określone funkcje. Taka konstatacja nie stoi na przeszkodzie późniejszemu wykluczeniu wykonawcy, gdyby na etapie przyznawania punktów za kwalifikacje i doświadczenie danych osób jednak okazało się, że wykonawca warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie nie spełnił.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji, uwzględniając odwołanie w całości.

sygn. akt KIO 1628/19

Odwołujący w odwołaniu podnosił szereg zarzutów. Skład orzekający uznał, że jeden z zarzutów się potwierdził, dlatego uwzględniła odwołanie w tym zakresie W zakresie jednego z zarzutów nie złożono sprzeciwu, dlatego w tym zakresie umorzono postępowanie odwoławcze. W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego odmowę ujawnienia informacji, które Konsorcjum Asseco (w zakresie dokumentów powoływanych na spełnienie warunku posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej) oraz Konsorcjum Integrated Solutions (w zakresie nazw podwykonawców i powierzonych im do realizacji części zamówienia) zastrzegli jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i uznanie tego zastrzeżenia za skuteczne w sytuacji, gdy wykonawcy ci nie wykazali w sposób należyty, że zastrzegane przez nich informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy Prawa zamówień publicznych środków ochrony prawnej.

W odniesieniu do tak sformułowanego zarzutu, Izba ustaliła, że Zamawiający uwzględniając odwołanie w całości, uwzględnił również ten zarzut - a tylko Konsorcjum Integrated Solutions wniosło sprzeciw od uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w zakresie dotyczącym zarzutów odnoszących się do złożonego przez nie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Konsorcjum Asseco nie wniosło sprzeciwu.

W konsekwencji w zakresie przedmiotowego zarzutu, w odniesieniu do Konsorcjum Asseco, Izba umorzyła postępowania odwoławcze. W tym zakresie Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów (art. 186 ust. 3 stosowany odpowiednio).

W zakresie przedmiotowego zarzutu w odniesieniu do Konsorcjum Integrated Solutions, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odtajnienia informacji (w zakresie nazw podwykonawców i powierzonych im do realizacji części zamówienia), zawartych we wniosku Konsorcjum Integrated Solutions jest uzasadniony. Dlatego nakazano Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny tego wniosku oraz ujawnienie nazw podwykonawców i powierzonych im do realizacji części zamówienia.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W konsekwencji dla uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą wystąpić trzy przesłanki:

- są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

- jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

- uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wartość gospodarcza informacji, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przejawia się w tym, że ujawnienie informacji konkurentom mogłoby spowodować po stronie wykonawcy szkodę, czy też odwrotnie, gdy wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 6 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2166/18, „nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów”.

W ocenie składu orzekającego, Konsorcjum Integrated Solutions w żaden sposób nie wykazało, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.
W dokumencie zatytułowanym ,,Zastrzeżenie nieudostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” wskazano jedynie, że ,,dane dotyczące podwykonawców posiadają wartość gospodarczą, która po podlega ochronie, a w przypadku ujawnienia na rzecz firm konkurencyjnych mogłaby być wykorzystana ze szkodą dla wykonawcy, w szczególności poprzez ujawnienie kontrahentów i partnerów handlowych, z którymi

współpracuje wykonawca w toku prowadzonej działalności gospodarczej. Ujawnienie informacji, o których mowa powyżej pozwoliłoby pozyskać kontrahentów i partnerów wykonawcy przez konkurencyjne podmioty, co utrudniłoby wykonawcy udział w kolejnych postępowaniach mogłaby być wykorzystana ze szkodą dla wykonawcy, w szczególności poprzez ujawnienie kontrahentów i partnerów handlowych, z którymi współpracuje wykonawca w toku prowadzonej działalności gospodarczej".

W ocenie składu orzekającego, taka argumentacja jak zacytowana powyżej, nie ma waloru dowodowego, ani nawet nie uprawdopodabnia, że w konkretnym postępowaniu, na skutek ujawnienia konkretnych informacji, wykonawca podniósłby konkretną szkoda. Są to stwierdzenie ogólnikowe i jako takie mogłyby być podane w praktycznie w każdych okolicznościach. Należy podkreślić, że celem umożliwienia wykonawcy ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa jest ochrona rzeczywistych wartości gospodarczych, które mogłyby zostać narażone na szkodę w przypadku ich ujawnienia. Natomiast celem zastrzeżenia poufności określonych informacji nie może być ich nieujawnienie w innym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu, ponieważ prowadzi to do naruszania podstawowej zasady jawności w zamówieniach publicznych. W takich okolicznościach można założyć, że rzeczywistym celem utajnienia danych informacji jest uniemożliwienie innym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu, zweryfikowanie zgodności tychże informacji z wymaganiami Zamawiającego. Takie działanie nie zasługuje na ochronę.

Zaniechanie ujawnienia informacji, co do których nie wykazano, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji, jest również naruszeniem art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych i 51 ust. 1a Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Integrated Solutions, który to wykonawca, 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, a to w zakresie potwierdzenia spełniania warunku z pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu w zw. z pkt VI ppkt 2.3 lit. a) Informacji do ogłoszenia o zamówieniu.

Co prawda Odwołujący w toku posiedzenia wycofał cześć tego zarzutu - w zakresie odnoszącym się do potwierdzenia dostawy 500 walidatorów oraz aplikacji mobilnej, jednak nie miało to wpływu na odniesienie się do tego zarzutu przez Izbę. Postępowanie odwoławcze nie zostało umorzone w części, ponieważ de facto Odwołujący wycofał tylko część podstawy faktycznej zarzutu, odnoszącej się do potwierdzenia dostawy 500 walidatorów oraz aplikacji mobilnej, jednak nie miało to wpływu na odniesienie się do tego zarzutu przez Izbę (nie zaistniała zatem podstawa aby umorzyć część postępowania odwoławczego w związku z wycofaniem części podstawy faktycznej zarzutu), tym bardziej, że na rozprawie Odwołujący składał dowody, mające w jego przekonaniu potwierdzić, że nie dostarczono 500 walidatorów i aplikacji mobilnej.

Rozpatrując zarzut opisany powyżej, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń. Odwołujący na rozprawie przedłożył wydruk zrzutu ekranu, pokazujący wiadomość zamieszczoną na serwisie społecznościowym Twitter, przez użytkownika @RiyadhTransport, z którego wynika, że dostarczono 319 autobusów. Odwołujący przy tym oświadczył, że z jego wiedzy wynika, że na jeden autobus przypada jeden walidatorów, a więc nie dostarczono w ramach zamówienia 500 walidatorów.

Odnosząc się do takiego dowodu, Izba stwierdziła, co następuje. Po pierwsze, nie wiadomo, kto jest właścicielem konta w serwisie Twitter. Po drugie, nie wiadomo, jakiej fazy realizacji zamówienia dotyczy informacja o dostarczeniu 319 autobusów Z którego wynika że dostarczona 319 od busów. Po trzecie nie wiadomo, ile walidatorów faktycznie przypada na autobus (przekonanie Odwołującego, że tylko jeden, nie może być przesądzające).

W konsekwencji Izba uznała, że przedłożony dokument nie ma żadnego waloru dowodowego i nie wynika z niego jakiekolwiek potwierdzenie stanowiska Odwołującego.

Odwołujący twierdził również, że list referencyjny przedstawiony przez Konsorcjum

Integrated Solutions nie potwierdza należytego wykonania zamówienia, ponieważ nie znajdują się w nim pozytywne stwierdzenie o wykonanych pracach.

Izba w odniesieniu do tak sformułowanego zarzutu również nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Pomijając nawet wywody Odwołującego o kulturze prawnej w krajach arabskich, to do stwierdzenia, że dokument potwierdza należyte wykonanie zamówienia wystarczające, w ocenie składu orzekającego, jest, jeżeli jest zatytułowany ,,list referencyjny".

Taki tytuł pisma pozwala na przyjęcie, że autor pisma poleca innym kontrahentom wykonawcę, którego prace zostały tamże opisane. Przepisy prawa zamówień publicznych nie do określają jak bardzo pozytywny wydźwięk powinny mieć słowa, zawarte w dokumencie potwierdzającym wykonanie robót.

Odwołujący żaden sposób również nie wykazał, że zamówienie w związku z którym wystawiono list referencyjny nie zostało zrealizowane w takim zakresie, jak wymagał Zamawiający w postępowaniu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał, że wykonawca, 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, a to w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji Izba zarzut oddaliła w całości.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych i 22a ust. 3 i ust. 6 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 51 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych i art. 24 ust. 8 i 9 Prawa zamówień publicznych

oraz art. 7 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaproszenie do składania ofert Konsorcjum Integrated Solutions, które nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej, ze względu na błędną ocenę przez Zamawiającego samooczyszczenia złożonego przez Indra Sistemas S.A. udostępniającego potencjał w trybie art. 22a Prawa zamówień publicznych Konsorcjum Integrated Solutions, i przyjęcie, że wobec podmiotu udostępniającego potencjał nie zachodzą podstawy wykluczenia, a co za tym idzie, przyjęcie, że nie zachodzą okoliczności opisane w art. 22a ust. 6 Prawa zamówień publicznych, gdy tymczasem Indra Sistemas S.A. nie przedstawił dowodów wykazujących swoją rzetelność zgodnie z art. 24 ust. 8 Prawa zamówień publicznych,

ewentualnie

art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i 24 ust. 8 i 9 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez brak wezwania Konsorcjum Integrated Solutions do uzupełnienia oświadczenia o samooczyszczeniu złożonego przez Indra Sistemas SA, i złożenia dowodów, potwierdzających fakt podjęcia konkretnych i odpowiednich środków dla zapobiegnięcia w przyszłości nieprawidłowemu postępowaniu polegającemu na zawieraniu umów ograniczających konkurencję.

Odwołujący zarzut ten opierał na stwierdzeniu, że skoro w odniesieniu do podmiotu trzeciego Indra Sistema, zaznaczono w formularzu JEDZ rubrykę, w której mowa o zawarciu porozumienia antykonkurencyjnego, to powinny zostać przedstawione dokumenty potwierdzający samooczyszczenie.

Izba ustaliła, że rzeczywiście zaznaczono rubrykę potwierdzającą zawarcie porozumień antykonkurencyjnych, jednak z dalszej części formularza JEDZ wynika, że decyzje, które stwierdziły istnienie porozumienie antykonkurencyjnych są nieprawomocne. Podmiot trzeci mimo nieprawomocności tych decyzji podjął kroki zmierzające do samonaprawienia.

W takich okolicznościach Izba stwierdziła, że wobec faktu, że decyzje stwierdzające zawarcie porozumień zakłócających konkurencję były nieprawomocne, nie można oczekiwać od podmiotu trzeciego, że przedstawi pełną dokumentację pozwalającą na uznanie, że przeprowadzono procedury samooczyszczenia. Okoliczność, że na formularzu JEDZ przedstawiono informacje, które obrazują w pełen sposób sytuację podmiotu trzeciego (tzn. że stosowne organy stwierdziły istnienie porozumienie antykonkurencyjnych, jednak decyzję tych

organów nie są prawomocne, a podmiot trzeci kwestionuje je w ramach przysługującej mu drogi odwoławczej), nie może obciążać wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego, jeżeli decyzje stwierdzające istnienie porozumień antykonkurencyjnych nie są prawomocne, nie można oczekiwać od podmiotu trzeciego że przedstawi pełną dokumentację potwierdzającą, że doszło do samooczyszczenia. Przeprowadzenie procedury samooczyszczenia może być oczekiwane tylko w przypadku wydania prawomocnej decyzji. Takie stanowisko potwierdza wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 października 2018 r., w sprawie C-124/17, mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Vergabekammer Sudbayern. Zgodnie z przywołanym wyrokiem, znaczenie ma wydanie prawomocnej decyzji przez odpowiedni organ (dopiero wówczas biegnie termin na wykluczenie z powodu zaistnienia zdarzenia, stwierdzonego decyzją).

Reasumując, skoro decyzje, stwierdzające zawarcie porozumień zakłócających konkurencję nie są prawomocne, nie ziściła się przesłanka wykluczenia wykonawcy (a wcześniej - konieczności wykazania przeprowadzenia procedury self-cleaning).

W konsekwencji Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych i 51 ust. 1a Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Integrated Solutions z uwagi na fakt, że suma zrealizowanych przez tego wykonawcę projektów, przedstawionych na potwierdzenie spełniania warunku z pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu, nie spełnia wymogów Zamawiającego;

ewentualnie
art. 22a ust. 6 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22a ust. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Integrated Solutions na podstawie art. 22a ust. 6 Prawa zamówień publicznych do zastąpienia podmiotu, na którego zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej ten wykonawca polega, innym podmiotem lub podmiotami lub do zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w art. 22a ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie składu orzekającego, Odwołujący nie przedstawił żadnych przekonujących dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Odwołujący nie podnosił nawet żadnej argumentacji, która prowadziłaby do stwierdzenia, że suma zrealizowanych przez Konsorcjum Integrated Solutions projektów, przedstawionych na potwierdzenie spełniania warunku z pkt III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu, nie spełnia wymogów Zamawiającego. Dlatego nie było podstaw do uwzględnienia zarzutu.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22a ust. 6 i art. 24 ust. 1 pkt 14 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez brak wezwania Atos do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wobec WORLDLINE - podmiotu udostępniającego Atos potencjał, tj. dokumentów potwierdzających niekaralność Pani S. M. T. (członka zarządu spółki Wordline). Jeżeli bowiem wobec WORLDLINE zachodzą podstawy wykluczenia, Zamawiający zobowiązany jest do wszczęcia wobec ATOS procedury z art. 22 ust. 6 Prawa zamówień publicznych.

Izba ustaliła, co następuje: Wykonawca Atos przedłożył dokument z Departamentu Sprawiedliwości USA - Federalnego Biura Śledczego (FBI) z dnia 27 marca 2019 r., wraz z tłumaczeniem, zgodnie z którym odnośnie Pani S. T.: ,,Wyniki wyszukiwania odcisków palców dostarczonych przez wyżej wymienioną osobę nie ujawniły danych na temat wcześniejszego aresztowania będących w posiadaniu FBI. Fakt ten nie wyklucza jednak dalszych danych kryminalnych na poziomie stanowym lub lokalnym."

W ocenie Odwołującego, treść dokumentu nie wyklucza dodatkowej historii karalności na poziomie stanowym lub lokalnym (oryg. this does not preclude further criminal history at the

state or local level). Odwołujący podnosił, że analogiczna sytuacja była przedmiotem wyroku Izby z dnia 27 marca 2019 r., KIO 420/19.

W ocenie składu orzekającego, taka argumentacja jest chybiona

Odwołujący odnosił się wyłącznie do innego wyroku KIO, tymczasem wyroki Izby są skuteczne włącznie w sprawie, w której zostały wydane. W sprawie, na którą powołuje się Odwołujący, zostały złożone dwa dokumenty: jeden na poziomie federalnym, drugi na poziomie lokalnym, dlatego Izba miała materiał porównawczy. W tym postępowaniu nie przedłużono innego dokumentu, niż za świadczenie z FBI, przedłożone przez Wykonawcę Atos.

Odwołujący nie przedstawił żadnej analizy, z której wynikałoby, jakie przestępstwa są karane na poziomie lokalnym, a których popełnienie skutkowałoby wykluczeniem z postępowania. W takiej sytuacji samo powołanie się na wyrok Izby, zapadły w innym postępowaniu odwoławczym w oparciu o inne dokumenty, nie może przesadzać o zasadności uwzględnienia zarzutu. Dlatego zarzut został oddalony.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne. Izba rozstrzygnęła o kosztach postępowania odwoławczego stosowanie do wyniku rozpoznanych odwołań.

I tak, odwołanie sygn. akt KIO 1626/19 zostało uwzględnione przez Zamawiającego w całości. Wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego został wniesiony sprzeciw przez Konsorcjum Thales. Skład orzekający podzielił stanowisko Odwołującego i Zamawiającego, i nakazał Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz powtórzenie badania i oceny złożonego przez niego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W konsekwencji kosztami postępowania odwoławczego w zakresie odwołania sygn. akt KIO 1626/19 obciążono w całości Konsorcjum Thales.

Zamawiający także uwzględnił w całości odwołanie sygn. akt KIO 1628/19. W tym postępowaniu zostały zgłoszone trzy przystąpienia po stronie Zamawiającego: przez wykonawcę Atos, Konsorcjum Integrated Solutions oraz Konsorcjum Asseco. Każdy z przystępujących zgłosił przystąpienie w zakresie zarzutów, dotyczących jego wniosku. Spośród trzech przystępujących, dwaj zgłosili sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów dotyczących ich wniosków: wykonawca Atos i Konsorcjum Integrated Solutions. Odwołanie zostało oddalone w części obejmującej zarzuty wobec wniosku złożonego przez wykonawcę Atos, dlatego Odwołujący poniósł koszty postępowania odwoławczego w tej części, tj. 1/3 kwoty stanowiącej wpis od odwołania (5 000 zł) oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika wykonawcy Atos. Z kolei odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę w części obejmującej zarzuty wobec wniosku złożonego przez Konsorcjum Integrated Solutions, dlatego zgłaszające sprzeciw Konsorcjum Integrated Solutions poniosło koszty postępowania w tej części, tj. 1/3 kwoty stanowiącej spis od odwołania (5 000 zł), i 1/3 wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego (1 200 zł). Postępowanie zostało umorzone w części dotyczącej Konsorcjum Asseco, i w tym zakresie koszty zniosły się wzajemnie, dlatego Izba nakazała zwrot Odwołującemu 1/3 wpisu (5 000 zł).

Konsorcjum Thales jako Odwołujący w postępowaniu sygn. akt KIO 1628/19 wycofał na posiedzeniu część jednego z zarzutów - ale w ocenie Izby wycofanie to nie dotyczyło całego zarzutu, ale jedynie dwóch jego podstaw faktycznych. Dlatego oświadczenie o wycofaniu nie mogło mieć wpływu na rozpoznanie zarzutu, i nie znalazło odzwierciedlenia w sentencji, a w konsekwencji również w rozstrzygnięciu o kosztach.

Izba podzieliła koszty postępowania odwoławczego w zakresie odwołania sygn. akt KIO 1628/19 na trzy równe części (zarówno kwotę wpisu, jak i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego), ponieważ w tym postępowaniu nie da się przypisać wagi poszczególnym zarzutom, a wynik postępowania (uwzględnienie części zarzutów, oddalenie części zarzutów, umorzenie postępowania w części zarzutów) należy utożsamiać z konsekwencjami rozstrzygnięcia dla poszczególnych uczestników postępowania.

Reasumując, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5

Przewodniczący:

Członkowie: