

**WYROK**

Warszawa, dnia 2 kwietnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński  
Maria Kacprzyk  
Monika Kawa-Ogorzałek  
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 28 marca 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.14 marca 2024 r. przez odwołującego: Conduent Business Solutions (France) SAS  
z siedzibą w Guilhaing-Granges (KIO 849/24),

B.15 marca 2024 r. przez odwołującego: Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 854/24),  
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Transportu Miejskiego  
z siedzibą w Warszawie  
przy udziale:

1.uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 849/24:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- a)Mera-Serwis SGL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim,
- b)Eviden Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,
- c)Atos Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

B.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- a)Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,
- b)Ridango AS z siedzibą w Tallinnie,
- c)Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

C.wykonawcy Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

2.uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 854/24:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- a)Mera-Serwis SGL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim,
- b)Eviden Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,
- c)Atos Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

3.uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 854/24:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

- a)Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,
- b)Ridango AS z siedzibą w Tallinnie,
- c)Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

B.wykonawcy Cubic Transportation Systems Limited z siedzibą w Salfords,

**orzeka:**

1.Oddala oba odwołania.

2.Kosztami postępowania w sprawie KIO 849/24 obciąża odwołującego Conduent Business Solutions (France) SAS z siedzibą w Guilhaing-Granges i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3.Kosztami postępowania w sprawie KIO 854/24 obciąża odwołującego Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień

Publicznych.

Przewodniczący .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 849/24**

**KIO 854/24**

### **Uzasadnienie**

Zarząd Transportu Miejskiego z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego pn.: „System biletowy Warszawskiego Transportu Publicznego” (Numer referencyjny: 085/2023/FZ), zwane dalej postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 20 października 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 203-634250.

KIO 849/24

14 marca 2024 r. wykonawca Conduent Business Solutions (France) SAS

z siedzibą w Guilhaum-Granges (dalej: Odwołujący Conduent), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 176 ust. 2 Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt. 2 lit. b Pzp przez odrzucenie wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwagi na rzekome niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej

i ekonomicznej opisanej w pkt. 4.5.2 lit. b OPW, w sytuacji gdy prawidłowa analiza złożonych przez Odwołującego Conduent dokumentów, powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że Odwołujący Conduent wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w Postępowaniu, w tym warunku w zakresie sytuacji finansowej

i ekonomicznej i powinien zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu,

2.§ 8 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów

lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: Rozporządzenie) przez uznanie, że nie zaszły okoliczności określone w tym przepisie, podczas gdy prawidłowa analiza złożonych przez Odwołującego Conduent dokumentów, powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że takie okoliczności zaszły, a Conduent był uprawniony do złożenia, innego niż dokument z banku, podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunku udziału

w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności odrzucenia wniosku Odwołującego Conduent

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

2.dokonania ponownego badania i oceny wniosku Odwołującego;

3.dopuszczenie Odwołującego do udziału w Postępowaniu i zaproszenie go do dialogu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania (w części niezastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa) Odwołujący Conduent wskazał m. in.:

Zgodnie z pkt 4.6 OPW, jeśli liczba wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu będzie mniejsza lub równa 5, Zamawiający zaprosi do dialogu tych wykonawców, którzy złożyli wnioski niepodlegające odrzuceniu.

29 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący 8 lutego 2024 r. złożył wszystkie objęte wezwaniem podmiotowe środki dowodowe, w tym dokument z banku na okoliczność posiadanej zdolności kredytowej.

Pismem z 16 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie zdolności kredytowej lub posiadanych środków finansowych.

W odpowiedzi, 23 lutego 2024 r. Odwołujący Conduent złożył dodatkowe dokumenty potwierdzające posiadaną zdolność

kredytową na wymaganym poziomie.

Pismem z 5 marca 2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu wniosku z uwagi na to, że złożone przez Odwołującego Conduent dokumenty nie potwierdziły spełnienia warunku udziału w zakresie sytuacji finansowej. Ustalenie to w ocenie Odwołującego było błędne.

Zgodnie z pkt 4.5.2 lit. b OPW, warunkiem dopuszczenia wykonawcy do udziału w Postępowaniu jest wykazanie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 150.000.000,00 zł.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku, Zamawiający wymagał złożenia informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej. Natomiast „jeżeli z uzasadnionej przyczyny Wykonawca nie może złożyć dokumentów dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej wymaganych przez Zamawiającego, może złożyć inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 4.5.2.lit. b OPW”. Uprawnienie do złożenia innych dokumentów, niż informacja z banku wynika również z § 8 ust. 2 Rozporządzenia.

Odwołujący złożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty, które w wystarczający sposób wykazały istnienie zdolności kredytowej na wymaganym przez Zamawiającego poziomie.

W tym miejscu należy wskazać, że żaden przepis nie przedstawia definicji zdolności kredytowej w rozumieniu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast w doktrynie zgodnie przyjmuje się, że pojęcie zdolności kredytowej użyte w § 8 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia nie może być traktowane w sposób tożsamy z definicją zdolności kredytowej, określoną w art. 70 ust. 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (dalej: Prawo bankowe) według której: „Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność

do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Kredytobiorca jest obowiązany złożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności.”

Brak konkretnych wytycznych co do treści informacji z banku oraz swoista swoboda podmiotu wydającego, znajduje swoje odzwierciedlenie w praktyce. Składane przez wykonawców dokumenty potwierdzające zdolność kredytową mają różną treść. Niektóre z nich potwierdzają jednym zdaniem „zdolność kredytową na poziomie X”, inne „dostęp do środków finansowych na poziomie X”, a jeszcze inne potwierdzają, że wymagana przez zamawiającego kwota „mieści się w opinii banku, w ramach wolumenu biznesowego wykonawcy”. Cechą wspólną dla takich zaświadczeń jest zazwyczaj szereg zastrzeżeń ze strony banku, m.in. że dokument opiera się wyłącznie na informacjach dostępnych dla biura informacji kredytowej, nie stanowi zobowiązania banku do udzielenia klientowi kredytu i nie jest ono promesą udzielenia kredytu oraz, że informacja jest aktualna jedynie jej wydania.

Należy zauważyć, że powyższe dokumenty są akceptowane przez zamawiających, choć w istocie nie stanowią rzeczywistego potwierdzenia sytuacji finansowej danego wykonawcy, a w szczególności nie potwierdzają zdolności kredytowej w rozumieniu Prawa bankowego. Stanowią jedynie bliżej niesprecyzowaną opinię banku na temat możliwości finansowych danego wykonawcy, której treść wynika bardziej z wypracowanej przez lata praktyki (szczególnie banków europejskich), aniżeli wytycznych ustawowych. Dla wykazania zdolności kredytowej w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych nie jest niezbędne wykazanie istnienia konkretnego zobowiązania banku, zaciągniętego wobec danego podmiotu. Stanowisko Zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego

z postępowania, zmierzało w kierunku przeciwniej wykładni – Zamawiający stwierdził, że przedstawione informacje o zdolności kredytowej dotyczyły bliżej niesprecyzowanego kręgu podmiotów oraz że nie dotyczyły wprost zdolności kredytowej Odwołującego. Zamawiający oczekiwał więc, że Odwołujący wykaże istnienie umowy kredytowej zawartej pomiędzy konkretnym bankiem, a konkretnym (jednym) wykonawcą.

Biorąc pod uwagę cel, dla którego wymagany jest dokument z banku lub inny dokument potwierdzający zdolność finansową, należało uznać, że forma potwierdzenia zdolności kredytowej zaproponowana przez Citibank była w pełni dopuszczalna i realizowała swoją funkcję, szczególnie biorąc pod uwagę uzupełniające oświadczenie złożone przez Odwołującego Conduent Inc. Co więcej, dokument ten stanowił bardziej wiarygodne

wartościowe potwierdzenie możliwości finansowych Odwołującego Conduent

niż standardowe, jednozdaniowe potwierdzenie „teoretycznej” zdolności kredytowej, obarczone szeregiem zastrzeżeń, ponieważ z jednej strony, potwierdza nie potencjalną możliwość uzyskania kredytu, lecz istnienie konkretnej umowy kredytu odnawialnego, zapewniającej dostępność kwoty kilkunastokrotnie przekraczającej wymóg Zamawiającego.

W pkt 4 informacji o odrzuceniu Wniosku, w kontekście oświadczenia Conduent Inc. Zamawiający wskazał, że „nie zaszły okoliczności określone w pkt 5.2.8. zdanie trzecie OPW wynikające z § 8 ust. 2 w/w Rozporządzenia”.

Żaden przepis nie zawiera katalogu „uzasadnionych przyczyn”, których wystąpienie uprawnia wykonawcę do posłużenia się innym dokumentem, niż informacja z banku. Zgodnie

z poglądem wyrażonym w doktrynie „ratio legis tego przepisu sprowadza się do umożliwienia wykonawcom alternatywnego (do zakładanego przez zamawiającego) potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej przez przedstawienie innych podmiotowych środków dowodowych niż wymienione w § 8

ust. 1 PodmŚrDowodR, po spełnieniu określonych warunków”.

W ramach gromadzenia podmiotowych środków dowodowych, Odwołujący zwrócił się do obsługującego go banku (Citibank) o wydanie zaświadczenia potwierdzającego wymaganą zdolność kredytową. W odpowiedzi, Odwołujący otrzymał Informację z banku, którą następnie złożył w postępowaniu. Informacja z banku została wydana przez Citibank na potrzeby tego postępowania, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału. Odwołujący nie miał bezpośredniego wpływu na treść zaświadczenia, które zostało sformułowane przez pracowników banku, zgodnie z wewnętrznymi procedurami. W szczególności, bank nie podjął się dokonania jakiegokolwiek interpretacji istniejących relacji kredytowych z Odwołującym,

w celu dostosowania treści zaświadczenia do warunku udziału w Postępowaniu. Z tego względu, Wykonawca nie miał możliwości uzyskania dokumentu z banku, potwierdzającego literalnie zdolność kredytową lub środki finansowe w wysokości nie mniejszej niż 150.000.000,00 zł.

Po otrzymaniu wezwania z 16 lutego 2024 r., zwrócono się do Citibanku z prośbą

o uzupełnienie zaświadczenia z 6 lutego 2024 r. o treść potwierdzającą zdolność kredytową powyżej 150 000 000,00 zł.

W odpowiedzi Citibank wskazał, że według prawników banku, Citibank nie może uwzględnić sformułowań „środki finansowe” ani „zdolność kredytowa”, ponieważ Citibank nie może składać oświadczeń na temat zasobów finansowych spółki.

W takiej sytuacji, Odwołujący złożył oświadczenie podpisane przez Dyrektora Finansowego Conduent Inc. wraz z dowodami potwierdzającymi brak możliwości uzyskania dodatkowego zaświadczenia z Citibank w postaci korespondencji mailowej z pracownikiem banku.

Informacja z banku została wydana przez bank mający siedzibę w Nowym Jorku. O ile banki europejskie, co do zasady, rozumieją specyficzne znaczenie takich zaświadczeń i zawartego tam, bliżej nieokreślonego pojęcia „zdolności kredytowej”, używanych na potrzeby europejskiego rynku zamówień publicznych, o tyle amerykański Citibank najwyraźniej przyjmował interpretację zbliżoną do definicji zawartej Prawie bankowym, przez co uznał wydanie „prostego” zaświadczenia o zdolności kredytowej, bez przeprowadzenia złożonego badania finansowo-prawnego, za niemożliwe. Należy podkreślić, że tego rodzaju praktyka międzynarodowego banku stanowi niewątpliwie okoliczność, na którą Odwołujący nie ma żadnego wpływu.

Należy jednak zwrócić uwagę, że złożone przez Odwołującego oświadczenie, nie jest oświadczeniem własnym, a dokumentem wystawionym przez spółkę dominującą, wskazaną w Informacji z banku jako jeden z kredytobiorców na podstawie Umowy kredytu, podpisanym przez Dyrektora Finansowego. Jest to zatem dokument o dużej wartości dowodowej, który

w ocenie Odwołującego, precyzyjnie i dostatecznie potwierdzał dostęp Odwołującego

do wymaganej przez Zamawiającego kwoty, pochodzącej z umowy kredytowej zawartej między bankami finansującymi a Grupą Conduent.

Jednocześnie, złożenie oświadczenia Conduent Inc. było uzasadnione w świetle zaistniałych okoliczności, bowiem zaszyły przesłanki wskazane w 5.2.8. zdanie trzecie OPW oraz w § 8

ust. 2 Rozporządzenia, co Odwołujący wykazał odpowiednimi dowodami w odpowiedzi

na wezwanie z 23 lutego 2024 r.

25 marca 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in.:

Odwołujący bowiem nie wykazał aby na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej

i ekonomicznej opisany w pkt 4.5.2 lit b) OPW, w konsekwencji zatem jego wniosek podlegał odrzuceniu. Odwołujący 29 stycznia 2024 r. został wezwany na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów, o których mowa w § 8 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 w sprawie podmiotowych środków dowodowych

oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415 ze zm.) tj. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy - Conduent Business Solutions France SAS w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem, na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt 4.5.2.lit. b

OPW tj., Wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 150.000.000,00 zł.

Zamawiający po weryfikacji złożonych dokumentów stwierdził, że nie dają one podstaw do uznania, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 4.5.2.

lit. b OPW.

Zgodnie z art. 123 Pzp, wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Odwołujący w złożonym JEDZ oświadczył, że nie będzie polegał na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału

w postępowaniu lub kryteriów selekcji - tym samym warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 4.5.2.lit. b OPW powinien być przez Wykonawcę spełniony samodzielnie. Odwołujący dopiero w odpowiedzi na wezwanie do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych powołał się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby,

co czyniło to oświadczenie spóźnionym.

Odwołujący nie wykazał także, aby zaszły okoliczności uprawniające go do złożenia innych niż dokument z banku, podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zarzuty Odwołującego oparte były wyłącznie na dowolnej interpretacji środków dowodowych złożonych przez niego w postępowaniu, dokonywanej przez Odwołującego w oderwaniu od rzeczywistego brzmienia ich treści i w oderwaniu od złożonych przez niego w dokumencie JEDZ oświadczeń. Odwołujący interpretuje warunek udziału w postępowaniu wbrew jego literalnemu brzmieniu oraz w sposób rozszerzający, wywodząc z niego dodatkowe okoliczności i przesłanki, które mają potwierdzać postawioną przez niego tezę, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

KIO 854/24

15 marca 2024 r. wykonawca Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący Mennica), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, w związku z art. 176 ust. 2 Pzp w zw. z art. 382 Pzp, jak również art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. b Pzp przez nieodrzućcenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Ridango AS z siedzibą w Tallinnie oraz Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej Przystępujący Orange lub Konsorcjum Orange), w sytuacji gdy wniosek ten winien zostać odrzucony z uwagi na to, że Przystępujący Orange w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji,

że spełnia warunek udziału w postępowaniu (dot. warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 4.5.1. Opisu Potrzeb i Wymagań), co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, względnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd,

co miało istotny wpływ na decyzje podjęte w postępowaniu przez Zamawiającego w postępowaniu, jak również wobec nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 4.5.1. Opisu Potrzeb i Wymagań;

- 2.art. 128 ust. 1 Pzp (zarzut ewentualny) w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 3 w części dotyczącej podania przez Przystępującego Orange „nieprawdziwych informacji”, a zatem przesłanek skutkujących wykluczeniem, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 9 Pzp, i nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

o którym mowa w pkt 4.5.1. Opisu Potrzeb i Wymagań zaniechania wezwania do uzupełnienia wykazu wykonanych zamówień wraz dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;

- 3.art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 z późn. zm. dalej „UZNK”) oraz art. 74 ust. 2 pkt 2 PZP wobec zaniechania odtajnienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia wskazanych w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 4.5.1. Opisu Potrzeb i Wymagań przez wykonawcę Cubic Transportation Systems Limited z siedzibą w Salfords (dalej: Przystępujący Cubic).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności zaproszenia do dialogu Przystępującego Orange,
- 2.odrzućcenia wniosku o dopuszczenia do udziału w postępowaniu Przystępującego Orange względnie wezwania tego

wykonawcy do uzupełnienia wniosku o wykaz zamówień wraz z dowodami ich należytego wykonania w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 4.5.1. Opisu Potrzeb i Wymagań, 3. odtajnienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówień wykazanych w celu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu opisanych w pkt 4.5.1. Opisu Potrzeb i Wymagań, złożone przez Przystępującego Cubic.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący Mennica wskazał m. in.:

W pkt 4.5.1. Opisu potrzeb i wymagań (dalej „OPiW”) Zamawiający opisał warunek

udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wykonawcy mieli wykazać,

że w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie),

wykonali co najmniej jeden projekt odpowiadający przedmiotowi zamówienia, który obejmuje łącznie co najmniej wymienione poniżej (...):

e) Instalacja co najmniej 2 000 urządzeń pokładowych w pojazdach działających w trybie odroczonej autoryzacji umożliwiających wnoszenie opłat za przejazdy komunikacją publiczną bezpośrednio w pojeździe za pomocą kart bankowych lub urządzeń stacjonarnych z obsługą nośników NFC oraz EMV w modelu MTT (Mass Transit Transaction).

Z fakultatywnych przesłanek skutkujących wykluczeniem z udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 109 ust. 1 Pzp, Zamawiający ustanowił przesłanki, o których mowa w art. 109

ust. 1 pkt 1, 4-9 Pzp.

Przystępujący Orange w celu wykazania opisanego powyżej w pkt 4.5.1. OPiW warunku udziału w Postępowaniu, posłużył się doświadczeniem partnera konsorcjum tj. Ridango AS

z siedzibą w Tallinie (Estonia) (dalej: Ridango). Ridango w celu wykazania spełnienia

ww. warunku wskazało na zamówienie realizowane na Kyiv City Government PTA

and Kyivpastrans the PTO Kyiv, Ukraine — przedsięwzięcie „System kontocentryczny

dla Kijowa”. W wykazie wykonanych w okresie ostatnich 10 lat usług (załącznik nr 4 do OPW) Przystępujący Orange opisał, że Ridango AS wdrożyło system, który obsługuje transakcje EMV w 6500 sztuk kasowników w modelu MTT (Mass Transit Transaction):

„Kasowniki: 6500 sztuk (EMV, odroczone autoryzacja) Drugi etap dotyczący wdrożenia bezstykowego EMU MTT/PaYC został wdrożony w 2022 r.”

Tymczasem system w Kijowie działa zupełnie inaczej tzn. system obciąża pasażera każdorazowo kwotą pojedynczego przejazdu tj. 8 UAH. Oznacza to, że mechanizmy naliczania opłat w systemie nie spełniają podstawowego wymagania zawartego w regulacjach Visa MTT w postaci agregacji płatności. Gdyby system spełniał wymagania modelu MTT, opłaty za pojedyncze przejazdy byłyby sumowane a ostateczna kwota obciążenia konta pasażera była by sumą tych opłat i realizowana byłaby na koniec dnia. Dowodem są transakcje wykonane w pojazdach komunikacji miejskiej gdzie kwota została pobrana od razu

w momencie wykonywania transakcji. Ponadto, firma Ridango nie figuruje w wykazie partnerów VISA jako podmiot obsługujący model MTT, który jest publicznie dostępny

na stronie: <https://partner.visa.com/site/partner-directory.html>.

Dodatkowo Przystępujący Orange wskazał, że: „System Ridango z powodzeniem zarządzał funkcjonalnością rozliczeń dla ponad 7 milionów imiennych rachunków pasażerów w ciągu poprzedzających 24 miesięcy. Transakcje o wartości 2,5 miliona są powiązane z płatnościami zbliżeniowymi EMV, a pozostałe 4,5 miliona z rachunkami Kyiv Digital”.

Powyższe oświadczenie dotyczy 7 milionów rachunków imiennych w systemie natomiast

w żaden sposób nie wykazuje, że dla tych rachunków system zarejestrował co najmniej

300 tys. transakcji w okresie po wdrożeniu obsługi EMV w kasownikach zgodnie

z wymaganiem opisanym punkcie 4.5.1 lit. d. Co więcej usługa EMV została uruchomiona

w październiku 2023 r. czyli w okresie krótszym niż 24 miesięcy następujących po sobie przed złożeniem wniosku o udział,

Przystępujący Orange wprowadził zatem Zamawiającego w błąd co do opisu wymaganego doświadczenia z uwagi na to, że zapewniło w swoim własnym oświadczeniu Zamawiającego, że wykonywało usługę taką jaką oczekiwał Zamawiający w opisanym przez siebie warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo Przystępujący Orange powołał się na inwestycję wykonywaną w dotkniętej wojnie Ukrainie, z założeniem takim, że na ten moment z uwagi chociażby na ryzyko utraty zdrowia czy też życia, nikt nie będzie w stanie potwierdzić tego,

co faktycznie było tam wykonywane w takim zakresie. Złożone przez Przystępującego referencje Ridango nie opisują w swojej treści, że wymagane w treści warunku elementy były objęte zakresem zamówienia wykonywanego w Kijowie.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że nawet gdyby nie uznać zachowania Przystępującego Orange jako celowego i świadomego, czy też będącego efektem rażącego niedbalstwa,

to z całą pewnością zaistniała sytuacja, w której wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co z kolei obligowało Zamawiającego do wezwania Wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia wykazu wykonanych usług oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie o nową usługę, która będzie spełniać postawiony warunek.

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał Przystępujący Cubic zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa dowody potwierdzające należyte wykonanie usług w postaci listu referencyjnego wydanego przez Chicago Transit Authority oraz dokument z 22 marca 2022 r. wydanego przez New York Metropolitan Transportation Authority wraz z jego tłumaczeniami.

Dokumenty te zostały zastrzeżone w całości. W uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa tych właśnie dokumentów, Przystępujący Cubic skupił się przede wszystkim na tym, że nie ujawniać wynagrodzenia jakie otrzymał za wykonanie tych usług, tłumacząc to tym, że konkurencja mogłaby poznać jego możliwości finansowe itp.

Abstrahując od absurdalności tego typu argumentacji (na podstawie bowiem informacji, że dana usługa została wykonana np. za 50 mln dolarów, trudno sobie wyobrazić, aby konkurencja uzyskała jakąkolwiek przewagę dzięki takiej informacji), to w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający w ogóle nie wymagał w warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt 4.5.1. OPiW wartości usługi. Co oznacza, że ta argumentacja nie miała żadnego znaczenia dla tego postępowania. Jeżeli nawet uznać, że wartość tych inwestycji w Chicago i Nowym Jorku, rzeczywiście mogła stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (czemu Odwołujący stanowczo zaprzeczał), to Cubic mógł zastrzec ten element jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie cały dokument.

Przystępujący Cubic w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy nie przedstawił żadnych konkretnych argumentów. Oparł się tylko i wyłącznie na funkcjonujących w obrocie generalnych wzorcach tego typu wyjaśnień, przy czym w postępowaniach o udzielenie zamówienia takie wzorce nie mogą mieć zastosowania. Przystępujący Cubic nie złożył też żadnych dowodów, które uzasadniałyby takie zastrzeżenie, chociażby umowy o inwestorami, z których wynika to, że są to prywatne kontrakty oraz, że została w nich zapisana poufność. Nie przedstawił żadnych oświadczeń o poufności. Ponadto brak jakichkolwiek dokumentów w postaci jakiś wewnętrznych procedur dotyczących obiegu dokumentów, które potwierdzałyby to, że dostęp do określonej grupy dokumentów ma rzeczywiście tylko i wyłącznie pewna wąska grupa osób. Wszystko opiera się tylko i wyłącznie na głosownych twierdzeniach.

Co istotne Przystępujący Cubic nie dopełnił także jednego z istotnych elementów, jeżeli idzie o zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, to jest w żadnym miejscu nie dokonał oszacowania tego, jaką wartość gospodarczą dla niego przedstawia określona informacja. Brak oszacowania takiej wartości oznacza to, że najprawdopodobniej nie przedstawia to dla Cubic żadnej wartości, a to z kolei oznacza, że nie może być traktowana jako tajemnica przedsiębiorstwa, a całe zastrzeżenie ma na celu tylko i wyłącznie utrudnienie konkurentom weryfikacji tego, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, określony w pkt 4.5.1.

25 marca 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in.:

Mass Transit Transactions (MTT) to pojęcie z obszaru transportu masowego i jednocześnie technologia, która realizuje założenia koncepcji MaaS w zakresie płatności za przejazdy zarówno w transporcie publicznym, jak i prywatnym. MTT to rozwiązanie, które funkcjonuje w systemie otwartym (ang. open loop transit). System ten zakłada wykorzystanie specyfikacji EMV® i odpowiednie jej dostosowanie do wymagań sektora transportowego, aby umożliwić przyjmowanie opłat za przejazdy. W tym zakresie technologia MTT bazuje na płatnościach zbliżeniowych, których specyfika sprawdza się najlepiej w zatłoczonych środkach transportu i skraca czas oczekiwania w kolejce po zakup biletu. Płatność za przejazd odbywa się z użyciem karty płatniczej przy wykorzystaniu tokenizacji. Użyta karta płatnicza stanowi formę biletu potwierdzając jego ważność. Bilet nie jest zapisany w karcie płatniczej, lecz w systemie danego przewoźnika, który w trakcie kontroli biletu jest w stanie zweryfikować zapisany w jego systemie centralnym bilet z daną kartą płatniczą. Ponadto technologia ta może być zastosowana zarówno w biletach okresowych, jak i w taryfie odległościowej (ang. pay as you go). Do innych cech transakcji bezgotówkowych w technologii MTT należy sposób autoryzacji transakcji. Co do zasady jest on uzależniony od poszczególnych systemów wdrożonych przez przewoźników masowych, jednak w większości przypadków autoryzacja odbywa się w trybie offline (odroczone autoryzacja).

Model VISA MTT, czy równorzędny mu Mastercard PAYG nie odnosi się wprost to agregowania płatności, jak podniósł Odwołujący, ale do akceptacji wniesienia opłaty za przejazd

w transporcie publicznym za pomocą kart płatniczych w trybie odroczonej autoryzacji karty użytkownika w różnych punktach jego podróży, która może nastąpić w modelu Single lub Aggregated. Oznacza to, że samo pobieranie płatności każdorazowo za pojedynczy przejazd nie wyklucza, że dany system działa w technologii MTT. Jak wskazano wyżej, technologia MTT zakłada odroczoną autoryzację i nie musi cechować się agregowaniem płatności z kilku przejazdów w ciągu zadanego okresu rozliczeniowego.

Odroczona autoryzacja polega na tym, że pasażer uiszcza opłatę za przejazd za pomocą posiadanej karty płatniczej w urządzeniu/kasowniku rozpoczynając podróż, a procesowanie transakcji odbywa się w tle, dzięki czemu pasażer nie musi oczekiwać na potwierdzenie wniesienia opłaty przy zastosowaniu mechanizmów odzyskiwania długów i utrzymywania listy zablokowanych kart.

W warunku udziału w postępowaniu z pkt 4.5.1 OPW, Zamawiający nie wymagał konkretnego sposobu dokonywania agregacji płatności, a wymagał doświadczenia we wdrożeniu modelu MTT, którego istotą jest stosowanie odroczonej autoryzacji. Wynika to z literalnego brzmienia pkt 4.5.1 e:

e) Instalacja co najmniej 2 000 urządzeń pokładowych w pojazdach działających w trybie odroczonej autoryzacji umożliwiających wnoszenie opłat za przejazdy komunikacją publiczną bezpośrednio w pojeździe za pomocą kart bankowych lub urządzeń stacjonarnych z obsługą nośników NFC oraz EMV w modelu MTT (Mass Transit Transaction).

W odniesieniu do argumentacji zawartej w pkt. 8. Odwołania, Zamawiający w żadnym z wymagań postawionych w OPW nie oczekiwał potwierdzenia występowania Oferentów w wykazie partnerów VISA, jako podmiotów obsługujących model MTT. Takie działanie należałoby uznać za sprzeczne z art. 99 ust 4 Pzp.

Wskazany przez Odwołującego model Mass Transit Transactions (MTT) został opracowany przez organizację VISA pod nazwą Mobility and Transport Transaction. Tożsamy sposób obsługi płatności w transporcie publicznym i odroczonej autoryzacji - znany jako Pay As You Go (PAYG) - został opracowany przez organizację Mastercard. Obydwa te modele zostały dopuszczone przez Zamawiającego w OPW, a powszechnie występują pod skrótem MTT

lub MTT/PAYG. Należy zatem przyjąć, że uczestnik może stosować w swoim systemie zarówno rozwiązanie VISA (MTT), ale dopuszczalna jest również współpraca w tym zakresie z innymi partnerami. Oznacza to że nie każdy podmiot oferujący technologię odroczonej autoryzacji musi znajdować się na liście partnerów VISA.

Zamawiający oczekiwał zgodnie z pkt. 4.5.1. d OPW wyłącznie potwierdzenia istnienia [...]

co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których w okresie 24 następujących po sobie miesięcy, miały miejsce transakcje przy czym w pkt 4.5.1. OPW jednoznacznie zdefiniowano co należy rozumieć przez transakcje:

Jako transakcje rozumiane są wszystkie czynności realizowane przez system rozliczeniowy, niezbędne do:

- zarejestrowania usługi transportowej,
- weryfikacji uprawnień do usługi transportowej w ramach kontroli,
- pobrania opłaty za usługi transportowe,
- weryfikacji salda,
- wszystkie inne niezbędne do obsługi pasażera oraz pozostałych interesariuszy Systemu Biletowego, m.in. sprzedaż biletu, nadanie uprawnień do przejazdu, założenie konta pasażera, zarejestrowanie odbycia podróży przez pasażera itp.

Zatem jako transakcje należy rozumieć nie tylko pobieranie opłaty w okresie referencyjnym, ale także inne działania związane z usługą transportową, które wykonywane były od początku wdrożenia systemu w Kijowie, czyli od roku 2019. W tych okolicznościach w ocenie Zamawiającego nie budzi zatem wątpliwości, że wskazana przez Konsorcjum roczna liczba transakcji jest wiarygodna, a co za tym idzie system wskazany przez Konsorcjum, spełnia wymagania postawione w pkt. 4.5.1. d OPW.

W ramach zarzutu nr 3 - art. 74 ust. 2 pkt 2 Pzp stanowi, że wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez Przystępującego Cubic został ujawniony wraz protokołem postępowania. W tych okolicznościach, nie sposób uznać, że doszło do jakiegokolwiek naruszenia przez Zamawiającego art. 74 ust. 2 pkt 2 Pzp, który jak już wskazano, odnosi się jedynie do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i który został ujawniony wraz z protokołem postępowania na zasadzie art. 73 Pzp.

Ponownie odwołując się do orzecznictwa Krajowej izby Odwoławczej w zakresie obowiązku precyzyjnego formułowania zarzutów odwołania, wskazanego w pkt II. ppkt 1 niniejszej odpowiedzi na odwołanie, zarzut nr 3 należy uznać za nieuzasadniony.

Niezależnie od argumentacji wskazanej powyżej, z ostrożności procesowej Zamawiający domniemał, że Odwołujący zarzucił w istocie nieujawnienie podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji złożonych przez

Przystępującego Cubic jako załączników do protokołu postępowania zgodnie z art. 74 ust. 1 w zw. z art 73 Pzp.

Zgodnie z art. 18 ust 3 Pzp: Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W przedmiotowym postępowaniu nie budzi wątpliwości, że warunki formalne określone w przepisach Pzp, zostały spełnione. Przystępujący Cubic wraz z przesłaniem podmiotowych środków dowodowych w zakresie referencji wystawionych przez CTA oraz NYMTA złożył każdy dokument w oryginale wraz z tłumaczeniem w dwóch wersjach: wersji pełnej oraz wersji ocenzonej z zaznaczeniem, które informacje zawarte w przedmiotowych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wraz z przekazaniem wskazanych dokumentów, Przystępujący Cubic przesłał również pismo z 11 stycznia 2024 r. pt. „Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa” (dalej Wyjaśnienia). W Wyjaśnieniach zawarto argumentację wskazującą na spełnienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów Uznk.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Cubic nie zastrzegł listów referencyjnych w całości.

Co prawda zastrzeżenie dotyczy w dużej części treści tych dokumentów, jednak jawne pozostają kluczowe ze względu na cel złożenia tych dokumentów, informacje o podmiotach, od których referencje pochodzą jak również daty ich wydania, ogólny przedmiot pism oraz dane osób podpisujących referencje. Ponadto jawne pozostają informacje potwierdzające należyte wykonanie umów, których referencje dotyczą. Ujawniony zakres danych pozwala, na podstawie ogólnodostępnych źródeł, na zweryfikowanie chociażby faktu funkcjonowania systemów w obszarze działania wskazanych organizatorów transportu (CTA, NYMTA) jak również należytego wykonania zawartych umów.

Mimo, że Przystępujący Cubic konsekwentnie zastrzegł analogiczne informacje w złożonym wykazie usług jak i w referencjach, Odwołujący domagał się ujawnienia jedynie referencji.

W tych okolicznościach uwzględnienie wniosków odwołania, jest nieuzasadnione - Odwołujący Mennica chcąc uzyskać informacje o usługach wskazanych przez Przystępującego Cubic

na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu winien wnioskować o ujawnienie wykazu tych usług.

Jednocześnie referencje nie zostały utajnione w zakresie, który pozostaje relewantny z punktu widzenia postępowania, a więc w części potwierdzającej fakt należytego wykonania usług.

W tych okolicznościach wniosek odwołania należy uznać za bezprzedmiotowy.

W ocenie Zamawiającego zastrzeżone informacje, w istocie dotyczyły zdolności Cubic

w zakresie wdrażania konkretnych rozwiązań technologicznych. W kontekście przedmiotowego postępowania prowadzonego w formie dialogu konkurencyjnego, gdzie opis przedmiotu zamówienia zostaje wypracowany przez wymianę informacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami, ewentualne ograniczenia techniczne czy też posiadane doświadczenie lub poziom kosztów wdrażania konkretnych rozwiązań, są informacjami o wartości gospodarczej. Inni wykonawcy znając bowiem np. ograniczenia techniczne jednego z wykonawców, mogą lansować rozwiązania niedostępne dla niego, włącznie w celu wykluczenia możliwości złożenia oferty przez taki podmiot. Działania takie mogłyby stanowić ograniczenie konkurencyjności i negatywnie wpłynąć na koszty oraz innowacyjność zamawianego systemu.

W ocenie Zamawiającego, Przystępujący Cubic sprostął wymaganiom w zakresie wszystkich określonym w art. 11 ust. 2 Uznk. W szczególności wskazał, że informacje zawarte

w referencjach potwierdzają technologie wiedzę oraz know how którymi dysponuje wykonawca i które stanowią informacje technologiczne posiadające wartość gospodarczą. Wskazano również, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane oraz podjęto w celu utrzymania ich w poufności w szczególności umowy zawarte z podmiotami na rzecz których realizowano projekty zawierają klauzule poufności.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron**

**i Przystępujących zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołania, uznając, że zasługują one na uwzględnienie.

Rozpoznając oba odwołania Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami.

Ponadto, w ramach rozpoznania odwołania KIO 849/24 Izba przeprowadziła dowody z:

1. Dokumentów złożonych przez Odwołującego Conduent w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2. Dokumentów złożonych przez Odwołującego Conduent wraz z pismem procesowym z 27 marca 2024 r.

W ramach rozpoznania odwołania KIO 854/24 Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentów złożonych przez Odwołującego Mennica wraz z pismem procesowym z 27 marca 2024 r.,
2. dokumentów złożonych przez Przystępującego Orange wraz z pismem procesowym z 28 marca 2024 r.

KIO 849/24

Izba ustaliła, co następuje:

Między Stronami nie było sporu co do sposobu, w jaki Odwołujący Conduent próbował wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej

i ekonomicznej pozwalającej na wykonanie zamówienia (pkt 4.5.2. OPiW): W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu:

- a) jeżeli Wykonawca wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę gwarancyjną 50.000.000,00 zł.
- b) Jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 150.000.000,00 zł.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentów, którymi Odwołujący Conduent posłużył się w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem dokumentów objętych przez Odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa. W oparciu o te dowody Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu 5 marca 2024 r. wniosku Odwołującego Conduent z postępowania była prawidłowa.

Opis ustaleń Zamawiającego zawarty w uzasadnieniu odrzuceniu wniosku Odwołującego Conduent odpowiada stanowi faktycznego ustalonemu przez Izbę w wyniku przeprowadzenia dowodów z ww. dokumentów.

Osią sporu był sposób oceny złożonych w postępowaniu przez Odwołującego Conduent dokumentów dotyczących wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej.

W ocenie Izby Zamawiający słusznie ocenił pierwszy z dokumentów złożonych przez Odwołującego Conduent, tj. prawidłowo uznał, że nie dotyczy on sytuacji finansowej Odwołującego. Z dokumentu tego również w żaden sposób nie wynikało, że Odwołujący jest w jakikolwiek sposób uprawniony do skorzystania z potencjału podmiotu, którego dotyczył ten dokument.

Dokument złożony przez Odwołującego Conduent w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp)

w ocenie Izby miał niejednoznaczną treść – dokument nie potwierdził w sposób jednoznaczny by Odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu. Ponadto, na etapie badania i oceny ofert Odwołujący nie wykazał Zamawiającemu, że zaistniały okoliczności uprawniające Wykonawcę do posłużenia się oświadczeniem.

Podkreślenia wymaga, że nie jest rolą Zamawiającego dążenie do ustalenia prawdy obiektywnej w zakresie okoliczności będących podstawą do oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający co do zasady polegać

ma na informacjach dostarczanych mu przez wykonawców. Dlatego też, skoro Odwołujący, który nie powołał się na potencjał podmiotu trzeciego dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinien przekazać Zamawiającemu dokumenty o jednoznacznej treści i dotyczące samego Odwołującego, nie zaś innych, powiązanych z nim podmiotów.

Wobec powyższego Izba uznała, że Zamawiający w prawidłowy sposób uznał, że Odwołujący Conduent nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej. W konsekwencji Zamawiający zasadnie 5 marca 2024 r. odrzucił wniosek Odwołującego o dopuszczenie go do dialogu konkurencyjnego.

KIO 854/24

Zarzut nr 1 i 2

W punkcie 4.1.1 OPW Zamawiający ustanowił następujące przesłanki do wykluczenia wykonawców z postępowania: „W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108

ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 4–9 ustawy Pzp z zastrzeżeniem art. 109 ust. 3 ustawy Pzp”.

Przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu brzmi:

„W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu:

4.5.1. posiadają wiedzę i doświadczenie – w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), wykonał co najmniej jeden projekt odpowiadający przedmiotowi zamówienia, który obejmuje łącznie co najmniej wymienione poniżej:

- a) Wdrożony kontocentryczny system biletu elektronicznego w transporcie zbiorowym, w mieście lub aglomeracji miejskiej nie mniejszej niż 500 000 mieszkańców, rozumiany jako system informatyczny, gdzie wszystkie informacje o nabywaniu uprawnień do korzystania z usług transportowych przez pasażerów zapisywane są w Systemie Centralnym w czasie zbliżonym do rzeczywistego,
- b) Wdrożona funkcjonalność Operatora płatności - funkcjonalność, która daje możliwość dokonywania oraz otrzymywania wpłat z wykorzystaniem dedykowanych do tego celu kanałów łączności,
- c) Wdrożona funkcjonalność obsługi naliczania opłat za korzystanie z usługi transportu publicznego,
- d) Wdrożona funkcjonalność rozliczeniowa, dla co najmniej 300 000 kont pasażerskich nazwanych, w których miały miejsce transakcje w okresie 24 miesięcy następujących po sobie, związanych z rejestracją transakcji dotyczących usług transportowych;

Jako transakcje rozumiane są wszystkie czynności realizowane przez system rozliczeniowy, niezbędne do:

- zarejestrowania usługi transportowej,
- weryfikacji uprawnień do usługi transportowej w ramach kontroli,
- pobrania opłaty za usługi transportowe,
- weryfikacji salda,
- wszystkie inne niezbędne do obsługi pasażera oraz pozostałych interesariuszy Systemu Biletowego, m.in. sprzedaż biletu, nadanie uprawnień do przejazdu, założenie konta pasażera, zarejestrowanie odbycia podróży przez pasażera itp.

- e) Instalacja co najmniej 2 000 urządzeń pokładowych w pojazdach działających w trybie odroczonej autoryzacji umożliwiających wnoszenie opłat za przejazdy komunikacją publiczną bezpośrednio w pojeździe za pomocą kart bankowych lub urządzeń stacjonarnych z obsługą nośników NFC oraz EMV w modelu MTT (Mass Transit Transaction)”.

Jako istotne dla rozstrzygnięcia Izba uznała następujące postanowienia OPW:

#### „4.6 Kryteria selekcji

Zamawiający zaprosi do dialogu maksymalnie 5 Wykonawców. Jeśli liczba Wykonawców, którzy złożą wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niepodlegające odrzuceniu będzie mniejsza lub równa 5, Zamawiający zaprosi do dialogu Wykonawców, którzy złożą wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niepodlegające odrzuceniu (przy czym Zamawiający zastrzega, że w przypadku złożenia mniejszej liczby wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niepodlegających odrzuceniu niż 5 jest uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 258 ust. 1 ustawy Pzp). Jeśli liczba Wykonawców, którzy złożą wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niepodlegające odrzuceniu będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi tych Wykonawców, którzy otrzymają kolejno 5 najwyższych ocen w następujących kryteriach selekcji:

4.6.1. doświadczenie we wdrożeniu zintegrowanego systemu w komunikacji publicznej. Wykonawca otrzyma punkty w kryteriach selekcji (łącznie maksymalnie 10 punktów) za wdrożenie w ramach jednego systemu spełniającego warunek z pkt. 4.5.1 lit. d) każdej spośród następujących funkcjonalności:

- a) obsługa karty miejskiej, będącej identyfikatorem konta użytkownika komunikacji miejskiej – 1 pkt,
- b) aplikacja mobilna - aplikacja uruchamiana na urządzeniach mobilnych umożliwiająca zaplanowanie podróży oraz zakup usług związanych z publicznym transportem zbiorowym - 1 pkt,
- c) portal pasażera - portal obsługujący internetową sprzedaż biletów na korzystanie z usługi publicznego transportu zbiorowego oraz dostęp do informacji o transakcjach i ich historii – 1 pkt,
- d) funkcjonalność MFA (wieloskładnikowa autoryzacja) – 2 pkt,
- e) aplikacja kontroli biletowej – 1 pkt,
- f) inteligentna taryfa rozumiana jako forma automatycznego rozliczania najbardziej optymalnej należności za przejazd pasażera w danym okresie czasu – 1 pkt,
- g) dynamiczna taryfa rozumiana jako forma naliczenia należności po wykonaniu usługi na podstawie rzeczywistych parametrów (np. czas podróży, liczba przystanków, długość podróży lub zmienność stawek w ciągu dnia) – 1 pkt,

- h) obsługa płatności bezgotówkowych w modelu MTT z funkcją debt recovery i zagregowanych płatności -1 pkt,
- i) bilety w oparciu o kod 2d – 1 pkt;

W przypadku wskazania przez Wykonawcę kilku systemów, Zamawiający uwzględni w ocenie w kryterium selekcji system z największą liczbą wskazanych wyżej funkcjonalności;

4.6.2. dysponowanie kasownikiem EMV dla systemu MTT/PaYG. Wykonawca otrzyma punkty w kryteriach selekcji (łącznie maksymalnie 7 punktów) za każdą z następujących funkcjonalności kasownika EMV dla systemu MTT/PaYG, którym dysponuje:

- a) obsługa kart płatniczych 1 pkt,
- b) obsługa kart miejskich, będących nośnikami biletów komunikacji miejskiej – 1 pkt,
- c) skaner kodów 2D – 1 pkt,
- d) możliwość zastosowania Beacons - identyfikacja kursu pojazdu, współpraca z aplikacjami mobilnymi w zakresie przesyłania bieżącej informacji o taryfie i trasie – 1 pkt,
- e) posiada możliwość integracji z pokładowym systemem informacji – 1 pkt,
- f) posiada ekran dotykowy z obsługą sprzedaży biletów – 1 pkt,
- g) posiada efekty wizualne i dźwiękowe informujące pasażera o przebiegu transakcji – 1 pkt.

Poprzez „dysponowanie” należy rozumieć wykonanie co najmniej prac badawczo-rozwojowych oraz działającego prototypu takiego kasownika. W przypadku wskazania przez Wykonawcę kilku kasowników, Zamawiający uwzględni w ocenie w kryterium selekcji kasownik z największą liczbą wskazanych wyżej funkcjonalności”.

W załączniku nr 1 do OPW Zamawiający w następujący sposób zdefiniował pojęcie MTT:

„Model transakcji Tap lub Mass Transit Transaction wykorzystywany do rozliczeń w transporcie masowym dla Zbliżeniowych Kart Płatniczych opierający się na autoryzacji offline. Model szczegółowo opisany w Visa Contactless Transit Implementation Guide lub inny, analogiczny dokument udostępniony przez dostawców kart płatniczych”.

Odwolujący kwestionował zgodność z wymogami OPW zadania zrealizowanego w Kijowie przez konsorcjanta Przystępującego Orange (Ridango AS).

W załączniku nr 4 (Wykaz usług) Przystępujący Orange wskazał:

„W zakresie warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 4.5.1 lit. b, c, d i e:

1. Opis zamówienia: System kontocentryczny dla Kijowa

Ridango z sukcesem wdrożyło system sprzedaży biletów opartych na koncie (ABT)

dla miasta Kijów, które obsługuje transport publiczny dla około 2,8 miliona mieszkańców. Ten system ABT rejestruje w czasie rzeczywistym wszystkie informacje dotyczące nabycia praw do korzystania z usług transportowych przez pasażerów przy użyciu obsługiwanych mediów cyfrowych Kijowa, kodu QR i bezdotykowego EMV

w otwartej pętli. System obsługuje około 1 miliona transakcji dziennie, co stanowi ponad 300 milionów rocznie.

2. Nazwa Operatora płatności: Miasto Kijów

Ridango dostarczyło kompleksowy System Płatności Tranzytowych obejmujący integrację z Miastem Kijów jako Operatorem Płatności.

3. Opis funkcjonalności obsługi naliczania opłat:

Funkcjonalność naliczania opłat za komunikację miejską w Kijowie umożliwia pasażerom korzystanie z różnych rodzajów biletów i sposobów płatności, w zależności od ich preferencji i potrzeb. Ta funkcjonalność obsługuje zarówno ceny stałe,

jak i obniżone w zależności od wolumenu. Funkcjonalność współpracuje

z następującymi schematami:

Kijowska karta inteligentna to spersonalizowana karta, za pomocą której można płacić za transport publiczny w Kijowie. Można ją doładować online za pomocą aplikacji Kyiv Digital, na wybranych stacjach metra, w T-kioskach, terminalach Easypay, Ibox i 2click. Karta kosztuje 50 hrywien ukraińskich i należy ją aktywować przed użyciem. Podczas każdego przejazdu pasażerowie muszą potwierdzić swój kod QR lub karty na kasownikach EMV dostarczonych przez Ridango wewnątrz pojazdu. Jednorazowy bilet QR ważny jest 15 dni i przeznaczony jest dla osób rzadko korzystających z transportu. Można go używać w formie drukowanej lub zeskanować z ekranu smartfona. Bilety QR można kupić za pośrednictwem aplikacji Kyiv Digital, terminali płatniczych Kyiv Digital, kas biletowych metra, kas samoobsługowych oraz na portalu EasyPay

4. Ilość kont pasażerskich, w których miały miejsce transakcje w okresie 24 miesięcy następujących po sobie: System Ridango z powodzeniem zarządzał funkcjonalnością rozliczeń dla ponad 7 milionów imiennych rachunków pasażerów w ciągu poprzedzających 24 miesięcy. Transakcje o wartości 2,5 miliona są powiązane z płatnościami zbliżeniowymi EMV, a pozostałe 4,5 miliona z rachunkami Kyiv Digital.

5.Ilość dostarczonych urządzeń:

Ridango dostarczyło kompleksowy zestaw urządzeń obejmujący:

Kasowniki: 6500 sztuk (EMV, odroczone autoryzacja)

Kontrolery pojazdów: 1700 sztuk

Terminal kierowcy: 1700 sztuk

Urządzenia kontrolerskie: 330 sztuk

6.Rodzaj dostarczonych urządzeń:

Dostarczone urządzenia obejmują szereg elementów niezbędnych do funkcjonowania nowoczesnego i wydajnego systemu transportu publicznego: kasowniki EMV, kontrolery pojazdów, wyświetlacze dla kierowców i urządzenia do kontroli biletów

7.Termin wykonania zamówienia:

Pierwszy etap rozwiązania ABT został zakończony w styczniu 2019 r.

Drugi etap dotyczący wdrożenia bezstykowego EMV, MTT/PaYG został wdrożony w 2022 r.

Umowa serwisowa obejmująca eksploatację, serwis i rozwój systemu kończy się w 31.12.2024 roku”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że oba zarzuty skierowane przeciwko Przystępującemu Orange i jego ofercie nie potwierdziły się.

Co najistotniejsze zgodnie z przytoczoną wyżej treścią warunku udziału w postępowaniu z punktu 4.5.1 OPW Zamawiający nie wymagał doświadczenia we wdrożeniu systemu umożliwiającego wnoszenie opłat w modelu MTT. Warunek udziału został skonstruowany w sposób precyzyjny i tam, gdzie Zamawiający oczekiwał od wykonawców doświadczenia we wdrożeniu określonej funkcjonalności, wskazał to wprost.

W przypadku obsługi nośników NFC oraz EMV w modelu MTT Zamawiający żądał jedynie doświadczenia w instalacji urządzeń pokładowych umożliwiających wnoszenie opłat w tym modelu. To, że usługa zrealizowana przez Ridango AS w Kijowie to umożliwia było niesporne między stronami - sam Odwołujący twierdził (i twierdzenie poparł dowodem), że wdrożenie modelu MTT nastąpi pod koniec tego roku. Dowód ten pośrednio potwierdził, że usługa na której realizację powołał się Przystępujący Orange była zgodna z warunkiem udziału w postępowaniu z punktu 4.5.1 lit. e OPW.

Wskazać należy również na kryterium selekcji z punktu 4.6.1 zgodnie z którym wdrożenie modelu MTT będzie przedmiotem dodatkowej punktacji dla oferty wykonawcy.

Odwołujący Mennica nadał też niewłaściwe, zawężone znaczenie skrótowi (pojęciu) MTT. Odwołujący rozumiał ten skrót jako określenie modelu obsługiwanego przez Visa, podczas, gdy z przytoczonej wyżej definicji zawartej w załączniku nr 1 do OPW jasno wynikało,

że Zamawiający dopuścił też inne, analogiczne systemy (np. konkurencyjny Mastercard).

Z tego względu izba uznała za niezasadną argumentację Odwołującego Mennica opartą na założeniu, że wykonawcy mogli wykazać się tylko realizacją modelu Visa MTT.

W konsekwencji Izba uznając, że argumentacja Odwołującego Mennica została oparta na założeniach nie mających potwierdzenia w treści OPW z załącznikami oddaliła zarzuty nr 1 i 2 odwołania.

Zarzut nr 3

Dla oceny tego zarzutu kluczowy okazał się sposób, w jaki zarzut ten został sformułowany. Odwołujący Mennica kwestionował jedynie zastrzeżenie referencji złożonych przez Przystępującego Cubic na potwierdzenie należytej realizacji usług z wykazu złożonego przez Przystępującego. Odwołujący był pod tym względem konsekwentny, również w zakresie żądań powiązanych z zarzutem nr 3.

Zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte

w odwołaniu. Tym samym Izba nie mogła uznać, że w zarzucie skierowanym przeciwko utajnieniu referencji przez Przystępującego Cubic zawiera się również zarzut dotyczący utajnienia wykazu usług, których dotyczyły te referencje. Izba uznała zatem, że Odwołujący nie kwestionował utajnienia wykazu, a zatem biorąc pod uwagę upływ terminu do wniesienia odwołania w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tego dokumentu Izba uznała, że został on skutecznie zastrzeżony i nie podlegał odtajnieniu w tym postępowaniu.

Art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ

na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Na podstawie powyższego przepisu Izba oddaliła zarzut nr 3 odwołania uznając, że biorąc pod uwagę konstrukcję i

zakres zarzutu, samo zastrzeżenie referencji (nawet, gdyby okazało się nieprawidłowe), wobec prawidłowego zastrzeżenia wykazu usług, nie miało wpływu na wynik postępowania lub nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Do takiego wniosku Izba doszła biorąc pod uwagę następujące postanowienia OPW:

5.1.11. W celu oceny w kryteriach selekcji oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu – wykaz usług wykonanych, w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane – na potwierdzenie spełnienia warunków opisanych w pkt 4.5.1 i kryterium selekcji opisanego w pkt 4.6.1 (według wzoru stanowiącego załącznik 4 do OPW). Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz dotyczy usług, w których wykonaniu Wykonawca bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy;

5.1.12. w celu oceny w kryteriach selekcji oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu – dowody określające, czy usługi wskazane w wykazie, o którym mowa w pkt 5.1.13, zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Powyższe postanowienia nie nadały referencjom wyższej rangi, niż standardowa wynikająca z przepisów Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r.

w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Źródłem informacji o doświadczeniu wykonawców miał być więc składany przez nich wykaz usług i to w nim miały zostać zawarte wskazane przez Zamawiającego informacje. Rolą referencji było jedynie potwierdzenie należytej realizacji tych usług, nie musiały one natomiast zawierać żadnych, dodatkowych informacji. Odwołujący Mennica rezygnując zatem z kwestionowania utajnienia wykazu usług Przystępującego Cubic zrezygnował tym samym z ewentualnej możliwości uzyskania dostępu do dokumentu, który miał być faktycznym źródłem informacji o doświadczeniu Przystępującego. Referencje miały natomiast znaczenie wyłącznie pomocnicze i ubiegając się o dostęp do nich Odwołujący Mennica nie miał podstaw zakładać, że z ich treści pozna istotne szczegóły dotyczące zrealizowanych przez Przystępującego Cubic usług.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący .....

.....

.....