

WYROK

z dnia 27 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 maja 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) WASKO Spółkę Akcyjną, 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6 (pełnomocnik wykonawców), (2) ERG Transit Systems (Scandinavia) AB, Szwecja, SE-121 26 Sztokholm, PO Box 10042, (3) Elgeba-Gerätebau GmbH, Niemcy, D-53604 Bad Honnef, Eudenbergstraße 10-12** – w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu, 60-770 Poznań, ul. Matejki 59**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Sygnity Spółki Akcyjnej, 02-486 Warszawa, ul. Aleje Jerozolimskie 180 (pełnomocnik wykonawców) oraz (2) R&G Plus spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 39-300 Mielec, ul. Traugutta 7,**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Asseco Poland Spółki Akcyjnej, 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 (pełnomocnik wykonawców) oraz (2) „TECHELON” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38,**
- C. „BULL Polska” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3,**

1

Sygn. akt KIO 1024/11

- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) ASEC Spółki Akcyjnej, 31-513 Kraków, ul. Olszańska 5 (pełnomocnik wykonawców) oraz (2) ON TRACK INNOVATIONS LTD., Izrael, Z.H.R. Industrial Zone, Rosh Pina 12000,**
- E. „Innovation Technology Group” Spółki Akcyjnej, 51-116 Wrocław, ul. Wołowska 6**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz (2) powtórzenie tej czynności z uwzględnieniem dokonania czynności badania skuteczności jako informacji w zastrzeżeniu stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wymienionych powyżej w pkt. B, C, D i E, a także (3) wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik wykonawców) oraz BRE BANK Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) WASKO Spółkę Akcyjną z siedzibą w Gliwicach, (2) ERG Transit Systems (Scandinavia) AB z siedzibą w Sztokholmie (Szwecja), (3) Elgeba-Gerätebau GmbH z siedzibą w**

Bad Honnef (Niemcy) tytułem wpisu od odwołania,
2.2 zasądza od **Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) WASKO Spółki Akcyjnej z siedzibą w Gliwicach, (2) ERG Transit Systems (Scandinavia) AB z siedzibą w Sztokholmie (Szwecja), (3) Elgeba-Gerätebau GmbH z siedzibą w Bad Honnef (Niemcy)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

2

Sygn. akt KIO 1024/11

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

3

Sygn. akt KIO 1024/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu – prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na *dostawę, instalację oraz konfigurację systemu do obsługi Poznańskiej Elektronicznej Karty Aglomeracyjnej (PEKA)*; oznaczenie sprawy: ZTM.NZ-2-3410/29/2010.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2011/S_1-001446 z 4 stycznia 2011 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie i na swojej stronie internetowej (www.ztm.poznan.pl).

5 maja 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający za pośrednictwem faksu przekazał wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do postępowania – informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, wskazując między innymi, iż następujący wykonawcy warunki te spełnili – otrzymując wskazaną ocenę ich spełniania (liczbę punktów): 1) Bull Polska spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwana również w skrócie „Bull”) – 405; 2) „Innovation Technology Group” S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej zwana również w skrócie „ITG”) – 405; 3) konsorcjum Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik wykonawców) oraz „TECHELON” spółka z z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwane również w skrócie „Konsorcjum Asseco”) – 210; 4) konsorcjum ASEC S.A. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik wykonawców) oraz ON TRACK INNOVATIONS LTD. z siedzibą w Z.H.R. Industrial Zone w Izraelu (dalej zwane również w skrócie „Konsorcjum ASEC”); 5) konsorcjum Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik wykonawców) oraz R&G Plus spółki z o.o. z siedzibą w Mielcu (dalej zwane również w skrócie „Konsorcjum Sygnity”); 6) konsorcjum Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik wykonawców) oraz BRE Banku S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej zwane również w skrócie „Konsorcjum PWPW”) – 165; 7) konsorcjum WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach (pełnomocnik wykonawców), ERG Transit Systems (Scandinavia) AB z siedzibą w Sztokholmie w Szwecji oraz Elgeba-Gerätebau GmbH z siedzibą w Bad Honnef w Niemczech (dalej zwane również „Konsorcjum WASKO”) – 135. W informacji wskazano również, iż między innymi konsorcjum Thales Polska spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu (pełnomocnik wykonawców) oraz Thales Security Solutions & Services SAS z siedzibą w

Sygn. akt KIO 1024/11

wykluczone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, z uwagi na brak opłacenia polisy, tym samym brak wykazania spełnienia warunku zdolności finansowej.

16 maja 2011 r. (pismem z tej daty) Odwołujący – Konsorcjum WASKO wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od następujących czynności i zaniechań dokonania czynności Zamawiającego:

1. Zaniechania odtajnienia (ujawnienia) niektórych elementów wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj.: w przypadku wniosku złożonego przez wykonawców: (1) Bull, (2) ITG, (3) Konsorcjum Asseco – (1) wykazu wykonanych dostaw/usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz dokumentów potwierdzających, że te dostawy/usługi zostały wykonane należyście, zgodnie z załącznikiem nr 3 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, (2) pisemnych zobowiązań innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (względnie innych dokumentów, za pomocą których wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia) oraz (3) dokumentów wymaganych od podmiotów, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, i jednocześnie które udostępniają wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie; zaś w przypadku wniosku Konsorcjum ASEC – dokumentów potwierdzających, że dostawy/usługi wskazane w wykazie zostały wykonane należyście.
2. Wadliwej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wadliwej czynności przyznania ocen spełniania tych warunków, tj. zaniżenia oceny przyznanej Odwołującemu za spełnianie warunków dotyczących zdolności technicznej (doświadczenia), oraz zawyżenia w tym zakresie oceny przyznanej wykonawcom: (1) Konsorcjum ASEC, (2) Konsorcjum Sygnity oraz (3) Konsorcjum PWPW.
3. Zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawców: (1) Konsorcjum ASEC i (2) Konsorcjum PWPW.
4. Zaniechania wezwania wykonawców: (1) Bull, (2) ITG, (3) Konsorcjum Asseco, (4) Konsorcjum ASEC, (5) Konsorcjum Sygnity i (6) Konsorcjum PWPW – do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił, iż przez te czynności i zaniechania czynności Zamawiający

Sygn. akt KIO 1024/11

naruszył odpowiednio następujące przepisy ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – poprzez zaniechanie odtajnienia elementów wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wykonawców powyżej opisanych.
2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 60d ust. 1-3 – poprzez dokonanie wadliwej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wadliwej czynności przyznania ocen spełniania tych warunków, w sposób powyżej opisany.
3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 – poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania powyżej wskazanych wykonawców, pomimo że nie wykazali oni spełniania warunków udziału w postępowaniu.
4. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 – poprzez zaniechanie wezwania wykonawców powyżej wskazanych do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł odpowiednio o nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czynności przyznania ocen spełniania tych warunków.
2. Ujawnienia (odtajnienia) niektórych elementów wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu we wskazanym powyżej zakresie dotyczącym wykonawców: (1) Bull, (2) ITG, (3) Konsorcjum Asseco, (4) Konsorcjum ASEC oraz zawiadomienia Odwołującego o ujawnieniu (odtajnieniu) tych dokumentów i udostępnienia ich Odwołującemu.
3. Podwyższenia oceny przyznanej Odwołującemu za spełnianie warunków dotyczących zdolności technicznej (doświadczenia), oraz obniżył oceny za spełnianie tych warunków przyznanych wykonawcom: (1) Konsorcjum ASEC, (2) Konsorcjum SYGNITY i (3) Konsorcjum PWPW.
4. Dokonania wykluczenia z postępowania wykonawców: (1) Konsorcjum ASEC i (2) Konsorcjum PWPW.
5. Dokonania czynności wezwania wykonawców: (1) Bull, (2) ITG, (3) Konsorcjum Asseco, (4) Konsorcjum ASEC, (5) Konsorcjum Sygnity i (6) Konsorcjum PWPW – do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.
6. Dokonania czynności ponownego poinformowania wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków.

6

Sygn. akt KIO 1024/11

Odwołujący wskazał między innymi następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania:

[Zarzut I]

9 maja 2011 r. pracownik Odwołującego zapoznał się w siedzibie Zamawiającego z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym z wnioskami złożonymi przez wykonawców: Bull, ITG, Konsorcjum Asseco oraz Konsorcjum ASEC. Zamawiający udostępnił jedynie fragmenty wniosków złożonych przez tych wykonawców, powołując się na zastrzeżenia zawarte w ofertach, co za tym idzie, nie zawierały one wszystkich dokumentów żądanych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. W ocenie Odwołującego nawet jeśli dokumenty te zostały zamieszczone we wnioskach złożonych przez tych wykonawców, to w żadnym wypadku ich treści nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym ich zastrzeżenie przez wykonawców: Bull, ITG, Konsorcjum Asseco i Konsorcjum ASEC było i jest bezpodstawne, a zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy pzp załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Art. 8 ust. 1 ustawy pzp stanowi natomiast, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z paragrafem drugim powołanego przepisu Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jeden z takich przypadków wskazany został w ustępie trzecim powołanego przepisu, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie Odwołującego dokumenty zastrzeżone przez wykonawców Bull, ITG, Konsorcjum Asseco i Konsorcjum ASEC nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku

(sygn. akt III CZP 74/05) Zamawiający winien je odtajnić, czego nie uczynił. Takie działanie zamawiającego w jaskrawy sposób narusza obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę

7

Sygn. akt KIO 1024/11

jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

W orzecznictwie KIO istnieje ugruntowane stanowisko, iż można zastrzec wyjątkowo informacje dotyczące zamówień realizowanych na rzecz podmiotów prywatnych. Dostawy/usługi zrealizowane na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczą: po pierwsze – systemów kartowych, przy czym „pod pojęciem system kartowy Zamawiający rozumie system, w którym użytkownicy posługują się kartami mikroprocesorowymi wyposażonymi w interfejs zbliżeniowy i/lub stykowy w celu identyfikacji, płatności, rozliczania itp.”, po drugie – wdrożenia i obsługi wieloaplikacyjnego systemu karty miejskiej, który obsługiwał lub obsługuje co najmniej 200 000 użytkowników, po trzecie – wdrożenia i obsługi systemu transportowego obsługującego co najmniej dwóch przewoźników, przy czym „pod pojęciem system transportowy Zamawiający rozumie zintegrowany system teleinformatyczny obsługujący środki publicznego transportu zbiorowego drogowego i szynowego (np. pociągi i tramwaje)”, po czwarte – wdrożenia i obsługi systemu transportu publicznego, przy czym zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego „pojęcia «system transportowy» oraz «system transportu publicznego» są tożsame oraz oba oznaczają zintegrowany system teleinformatyczny obsługujący środki publicznego transportu zbiorowego drogowego i szynowego (np. pociągi i tramwaje)”. Wobec tego jest oczywiste, że dostawy te musiały zostać zrealizowane na rzecz podmiotów publicznych, a nie prywatnych. Co więcej, można z dużym prawdopodobieństwem przypuszczać, że ww. dostawy/usługi zostały zamówione z zachowaniem przepisów o zamówieniach publicznych, a zatem informacje na ich temat są jawne, zarówno w Unii Europejskiej jak i w większości państw świata. Tym samym wykonawcy Bull, ITG, Konsorcjum Asseco i Konsorcjum ASEC w złożonych wykazach muszą powoływać się na doświadczenie nabyte w realizacji zamówienia na rzecz podmiotu publicznego. Wszyscy wykonawcy oprócz wykonawcy Bulli, wykonawcy ITG i Konsorcjum Asseco nie zastrzegli w swoich wnioskach ani wykazu wykonanych dostaw/usług ani dokumentów potwierdzające ich należyte wykonanie (Konsorcjum ASEC ujawnił wykaz wykonanych dostaw/ usług złożony wskutek wezwania do uzupełnienia). Z informacji zawartych w ww. niezastrzeżonych wykazach wynika, że wszystkie dostawy, na jakie powołali się wykonawcy, zostały wykonane na rzecz podmiotów publicznych, a nie prywatnych, co potwierdza zasadność niniejszego zarzutu.

Zamawiający wezwał Konsorcjum ASEC do uzupełnienia wykaz wykonanych dostaw/usług (pismo Zamawiającego z 17 marca 2011 r.). Konsorcjum ASEC uzupełniło żądany przez Zamawiającego dokument (pismo z dnia 22 marca 2011 r.), nie zastrzegając jednak jego treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo iż zawiera on szczegółowe informacje na temat wykonanych dostaw/ usług. W rezultacie Odwołujący mógł bez trudu

8

Sygn. akt KIO 1024/11

zapoznać się z ww. dokumentem i dowiedzieć się z niego m.in. kto zrealizował przedmiotową dostawę, kto był jej odbiorcą, co było przedmiotem dostawy, kiedy dostawa została ukończona i ile wyniosła jej wartość. Są to zatem te informacje, które podawane są w dokumentach potwierdzających, że dostawy/usługi wskazane w wykazie zostały wykonane należycie i które Konsorcjum ASEC bezpodstawnie zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacji tych nie sposób uznać za nieujawnione do wiadomości publicznej, skoro Odwołujący mógł się z nimi zapoznać bez trudu i to w sposób dozwolony prawem.

Za bezpodstawne i niczym nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie we wnioskach złożonych przez wykonawców: Bull, ITG i Konsorcjum Asseco pisemnych zobowiązań innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (względnie innych dokumentów, za pomocą których wykonawcy udowadniali Zamawiającemu, że będą dysponowali zasobami

niezbędnymi do realizacji zamówienia). Dokumenty te nie zawierają bowiem żadnych informacji, które uznać można za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Wyłącznym celem złożenia ww. dokumentów jest udowodnienie Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W przypadku wykonawców: Bull i ITG informacje zastrzeżone we wniosku, tj. pisemne zobowiązanie spółki UNICARD S.A. do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, zostało następnie ujawnione do wiadomości publicznej przez samych wykonawców, w odpowiedzi na wezwanie przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. Ponadto wykonawca ITG złożył również w uzupełnieniu pisemne zobowiązanie spółki Buli S.A.S., spółki MIKROELEKTRONIKA s.r.o. i spółki Bull Polska sp. z o.o. W rezultacie Odwołujący mógł bez trudu zapoznać się z ww. dokumentami i dowiedzieć się z niego m.in. kto i jakie zasoby udostępnia. Są to zatem te informacje, które wykonawca Buli i wykonawca ITG bezpodstawnie zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacji tych nie sposób uznać za nieujawnione do wiadomości publicznej, skoro Odwołujący mógł się z nimi zapoznać bez trudu i to w sposób dozwolony prawem.

Za bezpodstawne i niczym nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie we wnioskach złożonych przez wykonawcę Buli, wykonawcę ITG i Konsorcjum Asseco dokumentów wymaganych od podmiotów, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, i które jednocześnie udostępniają wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie, to jest oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia i aktualnego odpisu z właściwego rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia. Dokumenty te nie zawierają żadnych informacji, które uznać

Sygn. akt KIO 1024/11

można za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Treść oświadczenia z art. 24 ustawy została narzucona przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i w załączniku nr 2 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a zatem może się z nią zapoznać każdy zainteresowany. Odpis z rejestru ma natomiast jedynie wykazać brak podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp. W przypadku wykonawcy Buli i wykonawcy ITG dokumenty wymagane od podmiotów, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, i które jednocześnie udostępniają wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie, w niektórych wypadkach nie zostały zastrzeżone. Dokumenty dotyczące spółki UNICARD S.A. zostały ujawnione do wiadomości publicznej przez samych wykonawców. Wykonawca ITG złożył również w uzupełnieniu dokumenty dotyczące spółki Buli S.A.S., spółki MIKROELEKTRONIKA s.r.o. i spółki Bull Polska Sp. z o.o. W rezultacie Odwołujący mógł bez trudu zapoznać się z ww. dokumentami. Są to zatem te informacje, które wykonawca Buli i wykonawca ITG bezpodstawnie zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacji tych nie sposób uznać za nieujawnione do wiadomości publicznej, skoro Odwołujący mógł się z nimi zapoznać bez trudu i to w sposób dozwolony prawem.

W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że faktycznym powodem zastrzeżenia przez wykonawców: Bull, ITG, Konsorcjum Asseco i Konsorcjum ASEC dokumentów nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym Odwołującemu, weryfikacji ich wniosków pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocen ich spełniania. Odwołujący pragnie zwrócić uwagę Zamawiającego na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 1 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 745/08: *Zamawiający, w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść, a nie nazwa dokumentu. (...) Jednocześnie należy podkreślić, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasada jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawcy powinni wykazać, że zrobili to w sposób uprawniony (identyczny pogląd Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła również w wyroku z dnia 27 października 2008 r., sygn.*

akt KIO/UZP 1110/08, oraz w wyroku z dnia 29 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1455/08).

Wskazane powyżej zaniechania Zamawiającego prowadzą do wniosku, że Zamawiający nie prowadzi postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, ewidentnie naruszając w szczególności dyspozycję art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

10

Sygn. akt KIO 1024/11

[Zarzut II]

Odwołujący w złożonym wraz z wnioskiem wykazie wykonanych dostaw/usług wskazał m.in. dostawę wykonaną na rzecz Utah Transit Authority przez ERG Transit Systems (USA) Inc. (podmiot udostępniający Odwołującemu wiedzę i doświadczenie) - poz. 1 wykazu wykonanych dostaw/usług. Ponieważ ww. dostawa obejmowała wdrożenie i obsługę systemu transportu publicznego obejmującego co najmniej 200.000 użytkowników oraz wdrożenie i obsługę systemu transportu publicznego obejmującego co najmniej 50.000 użytkowników, który zawiera funkcję karty turystycznej, to Odwołujący powinien otrzymać za nią w sumie 30 pkt w ramach oceny spełniania warunku (20 pkt + 10 pkt = 30 pkt). Tymczasem, jak wynika z przekazanego Odwołującemu przez Zamawiającego Załącznika do druku ZP 4 (ZP-DK) Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu ZTM.NZ-2-3410/29/ 2010, Odwołujący nie otrzymał za ww. dostawę ani jednego punktu. Takie postępowanie Zamawiającego jest niezrozumiałe i sprzeczne z zasadami opisanymi w ogłoszeniu o zamówieniu. Co więcej, Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił swojej decyzji. Nie wiadomo zatem co spowodowało, że Zamawiający nie przyznał punktów za ww. dostawę, mimo że powinien to uczynić.

W przypadku Konsorcjum ASEC Zamawiający przyznał punkty za dostawy wskazane w pozycji 3 i 4 wykazu wykonanych dostaw/usług. Tymczasem Konsorcjum ASEC nie powinno otrzymać żadnych punktów za te dostawy, gdyż w obu przypadkach wdrożenie systemu transportu publicznego nastąpiło wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków. Zgodnie z informacjami podanymi w wykazie wykonanych dostaw/usług wdrożenie systemu transportu publicznego opisanego w pozycji 3 wykazu wykonanych dostaw/usług nastąpiło w maju 2007 r., natomiast wdrożenie systemu transportu publicznego opisanego w pozycji 4 wykazu wykonanych dostaw/ usług nastąpiło w maju 2006 r.

W przypadku Konsorcjum Sygnity Zamawiający przyznał punkty za dostawy wskazane w pozycji 4, 5 i 7 wykazu wykonanych dostaw/usług. Tymczasem Konsorcjum SYGNITY nie powinno otrzymać żadnych punktów za te dostawy, gdyż w ich przypadku wdrożenie systemu transportu publicznego nastąpiło wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków. Zgodnie z informacjami podanymi w referencjach załączonych do wykazu wdrożenie systemu transportu publicznego opisanego w pozycji 4 wykazu wykonanych dostaw/usług nastąpiło w lutym 1998 r., wdrożenie systemu transportu publicznego opisanego w pozycji 5 wykazu wykonanych dostaw/usług nastąpiło w kwietniu 2004 r. a wdrożenie systemu transportu publicznego opisanego w pozycji 7 wykazu wykonanych dostaw/usług nastąpiło w grudniu 2007 r.

Zamawiający przyznał punkty Konsorcjum Sygnity za dostawy wskazane w pozycji 1 i

11

Sygn. akt KIO 1024/11

6 wykazu wykonanych dostaw/usług. Konsorcjum Sygnity nie powinno otrzymać żadnych punktów za ww. dostawy, gdyż w tych pozycjach wykazu powołuje się tylko i wyłącznie na doświadczenie wynikające ze świadczenia usług dotyczących obsługi systemu. Tymczasem Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu, że punkty będą przyznawane tylko i wyłącznie za wdrożenie i obsługę systemu transportu publicznego.

Zamawiający przyznał punkty Konsorcjum Sygnity za dostawy wskazane w pozycji od 1 do 7 wykazu wykonanych dostaw/usług. Konsorcjum Sygnity nie powinno otrzymać żadnych punktów za ww. dostawy, gdyż ani z wykazu dostaw wykonanych dostaw/usług, ani z załączonych do wykazu dokumentów potwierdzających, że te dostawy/usługi zostały wykonane należycie, nie wynika, iż wdrożone/obsługiwane systemy obsługują środki publicznego transportu zbiorowego szynowego (np. pociągi i tramwaje). Tymczasem

Zamawiający wskazał, że punkty będą przyznawane za wdrożenie i obsługę systemu transportu publicznego oraz że „pojęcia «system transportowy» oraz «system transportu publicznego» są tożsame oraz oba oznaczają zintegrowany system teleinformatyczny obsługujący środki publicznego transportu zbiorowego drogowego i szynowego (np. pociągi i tramwaje)”. Zamawiający nie powinien zatem brać ww. pozycji pod uwagę oceniając doświadczenie Konsorcjum SYGNITY.

Zamawiający przyznał punkty Konsorcjum PWPW za dostawy wskazane w pozycji 2, 3, 5 i 7 wykazu wykonanych dostaw/usług. Konsorcjum PWPW nie powinno otrzymać żadnych punktów za ww. dostawy, gdyż w ww. przypadkach wdrożenie systemu transportu publicznego nastąpiło wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków. Zgodnie z informacjami podanymi w referencjach załączonych do wykazu wdrożenie systemu transportu publicznego opisanego w pozycji 2 wykazu wykonanych dostaw/usług nastąpiło w dniu 26.01.2006 r., wdrożenie systemu transportu publicznego opisanego w pozycji 3 wykazu wykonanych dostaw/usług nastąpiło w dniu 30.08.2007 r., wdrożenie systemu transportu publicznego opisanego w pozycji 5 wykazu wykonanych dostaw/usług nastąpiło w dniu 12.12.2006 r., a wdrożenie systemu transportu publicznego opisanego w pozycji 7 wykazu wykonanych dostaw/ usług nastąpiło w dniu 17.06.2006 r.

Zamawiający przyznał również punkty Konsorcjum PWPW za dostawy wskazane w pozycji 2, 3 i od 5 do 8 wykazu wykonanych dostaw/usług. Konsorcjum PWPW nie powinno otrzymać żadnych punktów za ww. dostawy, gdyż ani z wykazu dostaw wykonanych dostaw/usług, ani z załączonych do wykazu dokumentów potwierdzających, że te dostawy/ usługi zostały wykonane należycie, nie wynika, iż wdrożone/obsługiwane systemy obsługują środki publicznego transportu zbiorowego szynowego (np. pociągi i tramwaje).

[Zarzut III]

12

Sygn. akt KIO 1024/11

Konsorcjum ASEC w złożonym wykazie wykonanych dostaw/usług wskazało 2 wieloaplikacyjne systemy karty miejskiej, których elementami składowymi są m.in. część transportowa zapewniająca obsługę elektronicznego biletu komunikacyjnego: jednorazowego i okresowego oraz dynamicznej informacji pasażerskiej (pozycja 3 i 4 wykazu). Zgodnie z informacjami podanymi w wykazie wykonanych dostaw/ usług wdrożenie systemu karty miejskiej opisanego w pozycji 3 wykazu wykonanych dostaw/usług nastąpiło w maju 2007 r., natomiast wdrożenie karty miejskiej opisanego w pozycji 4 wykazu wykonanych dostaw/usług nastąpiło w maju 2006 r. Zatem wdrożenia te nie mieszczą się w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków. Ponieważ Konsorcjum ASEC było już wzywane do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw/usług, niemożliwe jest kolejne wezwanie do uzupełnienia w tym zakresie. Jeżeli jednak okazałoby się, że jest jeszcze możliwe wezwanie Konsorcjum ASEC do uzupełnienia w tym zakresie, Odwołujący z ostrożności stawia zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie takiego wezwania.

Konsorcjum PWPW w złożonym wykazie wykonanych dostaw/usług nie podało żadnych informacji, które pozwoliłyby ustalić, czy w jakimkolwiek z wykazanych wieloaplikacyjnych systemów karty miejskiej, który obsługiwał lub obsługuje co najmniej 200.000 użytkowników, część transportowa zapewnia obsługę elektronicznego biletu komunikacyjnego: jednorazowego i okresowego. Informacja taka nie wynika również ze złożonych wraz z wykazem dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw lub usług. W rezultacie stwierdzić należy, że Konsorcjum PWPW nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu i powinno zostać wykluczone z postępowania. Zamawiający w toku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu doszedł do takich samych wniosków jak Odwołujący, o czym świadczy informacja zamieszczona w Załączniku do druku ZP 4 (ZP-DK) Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu ZTM.NZ-2-3410/29/2010. Zamawiający wskazał tam odnośnie Konsorcjum PWPW, że: „z przedstawionych systemów nie wynika, że część transportowa w przynajmniej jednym projekcie na 200 tys. użytkowników, obejmuje obsługę elektronicznego biletu jednorazowego i okresowego”. Ponieważ Konsorcjum PWPW było już wzywane do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw/ usług, niemożliwe jest kolejne wezwanie do uzupełnienia w tym

zakresie. Jeżeli jednak okazałoby się, że jest jeszcze możliwe wezwanie Konsorcjum PWPW do uzupełnienia w tym zakresie, Odwołujący z ostrożności stawia zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie takiego wezwania.

Konsorcjum PWPW złożyło wykaz osób, jednak nie potwierdza on spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wynikającego z ogłoszenia o zamówieniu. Osoby wskazane w wykazie nie posiadają

13

Sygn. akt KIO 1024/11

wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Osoba wskazana w pozycji 1 wykazu ma doświadczenie wynikające z udziału we wdrożeniach dla miast Kocaeli, Skopje, Aleppo, Tczew i Belgrad. Wdrożenie dla miasta Kocaeli, opisane szczegółowo w wykazie wykonanych dostaw/ usług, nie może być uznane za projekt wdrożeniowy taki jak wymieniony w punkcie 4b) lub 4c), z powodów podanych powyżej. Odnośnie wdrożeń dla miast Skopje, Aleppo, Tczew i Belgrad wykaz osób nie zawiera żadnych informacji, a w szczególności informacji, które pozwoliłyby uznać, że są to projekty wdrożeniowe takie jak wymieniony w punkcie 4b) lub 4c). Jednocześnie wdrożenia te nie zostały opisane w wykazie wykonanych dostaw/ usług. Zatem ani wykaz osób, ani wykaz wykonanych dostaw/usług nie zawierają informacji, które pozwoliłyby uznać, iż osoba wskazana w pozycji 1 wykazu osób posiada wymagane doświadczenie. Osoba wskazana w pozycji 2 wykazu ma doświadczenie wynikające z udziału w projekcie dla miasta Manisa. Odnośnie tego projektu wykaz osób nie zawiera żadnych informacji, a w szczególności informacji, które pozwoliłyby uznać, że jest to projekt wdrożeniowy taki jak wymieniony w punkcie 4b) lub 4c). Jednocześnie projekt ten nie został opisany w wykazie wykonanych dostaw/usług. W rezultacie stwierdzić należy, że Konsorcjum PWPW nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu i powinno zostać wykluczone z postępowania. Ponieważ Konsorcjum PWPW było już wzywane do uzupełnienia wykazu osób, niemożliwe jest kolejne wezwanie do uzupełnienia w tym zakresie. Jeżeli jednak okazałoby się, że jest jeszcze możliwe wezwanie Konsorcjum PWPW do uzupełnienia w tym zakresie, Odwołujący z ostrożności stawia zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie takiego wezwania.

[Zarzut IV]

Konsorcjum ASEC nie wykazało spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Złożony wykaz osób nie potwierdza spełniania warunku, bo brak w nim informacji o projektach, w których osoby wskazane w wykazie brały udział. Nie sposób zatem ocenić, czy projekty te spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego. Zamawiający powinien zatem wezwać Konsorcjum ASEC w tym zakresie do uzupełnienia.

Ponadto, dla prezesa zarządu spółki ASEC S.A. zamiast informacji z KRK przedstawiono oświadczenie złożone przed izraelskim notariuszem. Wynika z tego, że prezes zarządu ASEC S.A. ma miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i jest mieszkańcem Izraela. Odwołujący wskazuje, że zarówno zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu jak i obowiązującymi przepisami złożenie oświadczenia przed notariuszem jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy w miejscu zamieszkania osoby nie wydaje się zaświadczeń właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 5—

14

Sygn. akt KIO 1024/11

8 ustawy, wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków. Tymczasem Policja Państwa Izrael wydaje osobom fizycznym zaświadczenie o niekaralności i takie właśnie zaświadczenie należało przedstawić dla prezesa zarządu spółki ASEC S.A. zamiast informacji z KRK. Zamawiający powinien zatem wezwać Konsorcjum ASEC w tym zakresie do uzupełnienia. Analogiczny dokument należało przedstawić dla członków zarządu On Track Innovations Ltd. (spółki izraelskiej), zamiast przedstawionych oświadczeń złożonych przed izraelskim notariuszem.

Ponadto do wniosku załączono oświadczenie Prodata Mobility Systems nv/sa (spółki belgijskiej) o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy oraz odpis

danych przedsiębiorstwa – osoby prawnej jak również zobowiązanie tej spółki do udostępnienia zasób oraz do udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Należy przyjąć zatem, iż spółka Prodata Mobility Systems nv/sa będzie brała udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca i jednocześnie udostępni Konsorcjum ASEC swoją wiedzę i doświadczenie. Załączony odpis danych przedsiębiorstwa nie potwierdza, że nie otwarto likwidacji podmiotu ani nie ogłoszono upadłości.

Konsorcjum PWPW nie złożyło wykazu osób wraz z wnioskiem i zostało wezwane do uzupełnienia w tym zakresie. Konsorcjum PWPW uzupełniło żądany wykaz. W uzupełnionym wykazie wskazano wyłącznie osoby udostępnione przez podmiot trzeci, jednak w jedynym zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, złożonym wraz z wykazem osób, brak jest stwierdzenia, że udostępni się jakiekolwiek osoby (jest tylko udostępnienie wiedzy i doświadczenia). Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum PWPW w tym zakresie do uzupełnienia.

Konsorcjum PWPW przedstawiło zamiast polisy OC certyfikat ubezpieczenia. Tymczasem, zarówno zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu jak i obowiązującymi przepisami jedynie w przypadku braku polisy dopuszczalne jest złożenie innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej. Skoro w tym przypadku polisa ubezpieczeniowa istnieje (co wyraźnie potwierdza w swojej treści certyfikat ubezpieczenia), to Konsorcjum PWPW winno go złożyć.

Konsorcjum PWPW odpowiadając na wezwanie do uzupełnienia złożyło szereg dokumentów w języku tureckim i angielskim, przedstawiło jednak tłumaczenie tylko dla dokumentów złożonych w języku angielskim dokumenty złożone w języku tureckim nie zostały przetłumaczone. Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum PWPW w tym zakresie do uzupełnienia.

Konsorcjum PWPW korzysta z wiedzy i doświadczenia udostępnionych przez Kentkart Ege Elektronik Ltd. Sti. (spółki tureckiej). Odpowiadając na wezwanie do uzupełnienia Konsorcjum PWPW złożyło oświadczenie Kentkart Ege Elektronik Ltd. Sti. o

15

Sygn. akt KIO 1024/11

niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy oraz zobowiązanie tej spółki do udostępnienia zasób oraz do udziału w realizacji zamówienia. Należy przyjąć zatem, iż spółka Kentkart Ege Elektronik Ltd. Sti. będzie brała udział w realizacji zamówienia i jednocześnie udostępni Konsorcjum PWPW swoją wiedzę i doświadczenie. Spółka Kentkart Ege Elektronik Ltd. Sti. załączyła tylko i wyłącznie dokumenty (oświadczenia?) podpisane przez zarząd Kentkart Ege Elektronik Ltd. Sti., nie wiadomo jednak przed kim te oświadczenia zostały złożone. Co więcej, w treści złożonych oświadczeń nie ma żadnych informacji na temat tego, że nie otwarto likwidacji podmiotu ani nie ogłoszono upadłości.

Wykonawca Bull przedstawił zamiast polisy OC certyfikat ubezpieczenia. Tymczasem, zarówno zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu jak i obowiązującymi przepisami jedynie w przypadku braku polisy dopuszczalne jest złożenie innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej. Skoro w tym przypadku polisa ubezpieczeniowa istnieje (co wyraźnie potwierdza w swojej treści certyfikat ubezpieczenia), to wykonawca Bull winien ją złożyć. Zamawiający wymagał nie tylko posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, lecz również wymagał, aby ubezpieczona działalność była związana z przedmiotem zamówienia. W ocenie Odwołującego z certyfikatu nie wynika, czy polisa OC obejmuje działalność związaną z przedmiotem zamówienia, gdyż jest w nim jedynie informacja, iż zakres ubezpieczenia zawarty jest w polisie, a tej wykonawca Bull nie złożył. Nie sposób uznać zatem, że wykonawca Bull wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Ponadto Odwołujący wskazuje, że

Spółka Buli S.A.S. (spółka francuska) udostępniła zasoby, tj. środki finansowe zarówno wykonawcy Bull, jak i wykonawcy ITG. Jednocześnie do wniosków załączono oświadczenie Buli S.A.S. o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy oraz wyciąg z rejestru Kbis. Należy przyjąć zatem, iż spółka Buli S.A.S. będzie brała udział w realizacji zamówienia. Spółka Buli S.A.S. załączyła tylko i wyłącznie wyciąg z rejestru Kbis, który nie potwierdza, że nie otwarto likwidacji podmiotu ani nie ogłoszono upadłości.

Spółka MIKROELEKTRONIKA s.r.o. (spółka czeska) udostępniła zasoby wykonawcy

ITG, tj. wiedzę i doświadczenie. Jednocześnie we wniosku załączono oświadczenie MIKROELEKTRONIKA s.r.o. o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy oraz wypis z Rejestru Handlowego. Należy przyjąć zatem, iż spółka MIKROELEKTRONIKA s.r.o. będzie brała udział w realizacji zamówienia. Spółka MIKROELEKTRONIKA s.r.o. załączyła tylko i wyłącznie wypis z Rejestru Handlowego, który nie potwierdza, że nie otwarto likwidacji podmiotu ani nie ogłoszono upadłości.

Konsorcjum Asseco nie wykazało spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Złożony wykaz osób nie potwierdza spełniania

16

Sygn. akt KIO 1024/11

warunku, bo brak w nim informacji o projektach, w których osoby wskazane w wykazie brały udział. Nie sposób zatem ocenić, czy projekty te spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego. Dodatkowo, wszystkie osoby wskazane w wykazie osób zostały udostępnione przez norweską spółkę FARA ASA, jednak załączone zobowiązanie tej spółki dotyczy udostępnienia tylko i wyłącznie wiedzy i doświadczenia, a nie osób zdolnych do wykonania zamówienia (w zobowiązaniu nie ma ani słowa o udostępnieniu jakichkolwiek osób).

We wniosku załączono oświadczenie FARA ASA o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy oraz odpis z norweskiego rejestru. Należy przyjąć zatem, iż spółka FARA ASA będzie brała udział w realizacji zamówienia. Spółka FARA ASA załączyła tylko i wyłącznie odpis z norweskiego rejestru, który nie potwierdza, że nie otwarto likwidacji podmiotu ani nie ogłoszono upadłości. Zatem spółka FARA ASA powinna dołączyć dokumenty potwierdzające, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości norweskiej spółki.

Konsorcjum Sygnity złożyło wykaz osób, jednak nie potwierdza on spełniania ww. warunku. Osoby wskazane w wykazie nie posiadają wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Osoba wskazana w pozycji 2 wykazu ma doświadczenie wynikające z udziału we wdrożeniach opisanych szczegółowo w wykazie wykonanych dostaw/usług, które to wdrożenia nie mogą być uznane za projekt wdrożeniowy taki jak wymieniony w punkcie 4c), gdyż jak to wskazano powyżej ani z wykazu dostaw wykonanych dostaw/ usług, ani z załączonych do wykazu dokumentów potwierdzających, że te dostawy/ usługi zostały wykonane należycie, nie wynika, iż wdrożone/obsługiwane systemy obsługują środki publicznego transportu zbiorowego szynowego (np. pociągi i tramwaje'), co było wymagane w pkt 4c). Jednocześnie dla osoby wskazanej w pozycji 2 wykazu nie podano żadnych wdrożeń, które spełniałyby wymagania opisane w punkcie 4b). Osoba wskazana w pozycji 4 wykazu ma doświadczenie wynikające z udziału we wdrożeniach opisanych szczegółowo w wykazie wykonanych dostaw/ usług, które to wdrożenia nie mogą być uznane za projekt wdrożeniowy taki jak wymieniony w punkcie 4c), jednocześnie dla osoby wskazanej w pozycji 4 wykazu nie podano żadnych wdrożeń, które spełniałyby wymagania opisane w punkcie 4b).

24 maja 2011 r. Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej drogą faksową odpowiedź na odwołanie, którą przekazał w ten sam sposób w tym samym dniu także Odwołującemu i Przystępującym – oświadczając, iż *postanowił uznać zarzuty odwołującego w zakresie:*

1. Powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz

17

Sygn. akt KIO 1024/11

powtórzenia czynności przyznania ocen spełnienia tych warunków;

2. Błędne przyznania punktów konsorcjum SYGNITY za dostawy wykazane w punkcie 1 i 6 wykazu wykonanych dostaw/usług. Zgodnie z twierdzeniem wykonawcy Konsorcjum SYGNITY nie powinno otrzymać żadnych punktów za wykazane w punktach 1 i 6 dostawy ponieważ nie dotyczą one wdrożenia systemu tylko dotyczą obsługi transportu publicznego.

3. Zaniechania czynności wezwania wykonawcy Buli Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia

dokumentów, które potwierdzą, że nie otwarto likwidacji podmiotu ani nie ogłoszono upadłości francuskiej spółki Buli S.A.S.

4. Zaniechania czynności wezwania wykonawcy ITG S.A. do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzą, że nie otwarto likwidacji podmiotu ani nie ogłoszono upadłości francuskiej spółki Buli S.A.S. oraz spółki Mikroelektronika s.r.o.

5. Zaniechania czynności wezwania wykonawcy Asseco Poland S.A. do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzą, że nie otwarto likwidacji podmiotu ani nie ogłoszono upadłości norweskiej spółki FARA ASA.

W uzasadnieniu swego stanowiska Zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający, po przeanalizowaniu odwołania firmy WASKO SA, które wpłynęło w dniu 16 maja 2011 roku, postanowił dokonać ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzyć czynność przyznania ocen spełnienia tych warunków. Powodem powtórzenia powyższej czynności są błędy, które w odwołaniu wykazał wykonawca WASKO S.A.

Zamawiający błędnie przyznał punkty Konsorcjum SYGNITY w pozycjach 1 i 6 wykazu wykonanych dostaw/usług. Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówienia na stronie 6, w punkcie dotyczącym oceny punktowej zawarł zapis, w którym oświadczył, że przyzna wykonawcom punkty za wykazanie „wdrożenia i obsługi” systemu transportu publicznego. Z załączonych przez Konsorcjum SYGNITY dokumentów, strona 49-51 wykazu dostaw/usług oraz z załączonych referencji poświadczających wymagane doświadczenie, nie wynika, że Konsorcjum SYGNITY wdrożyło i obsługiwało system transportu publicznego. W wskazanych punktach Konsorcjum SYGNITY powołuje się tylko i wyłącznie na doświadczenie wynikające ze świadczenia usług dotyczących obsługi systemu. W związku z powyższym, Zamawiający winien uwzględnić wniosek odwołującego i odjąć odpowiednio punkty Konsorcjum SYGNITY.

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu na stronie 8, wymagał od wykonawców: cyt. „jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowych polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy Pzp, zobowiązany jest oprócz oświadczeń i dokumentów

Sygn. akt KIO 1024/11

wymienionych w pkt. 9-12 dodatkowo udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.” Ponadto w dalszym zapisie zawarł informację, że: „jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt. 3, 4, 5 i 7 składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że: nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości (wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków).” Zapisy te zostały zawarte w zgodzie z wytycznymi § 1 ust. 2 w powołaniu z § 2 ust. 1 pkt. 2) Rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku, w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający zobligował wykonawców do złożenia odpowiednich dokumentów, poświadczających że nie otwarto likwidacji podmiotu ani nie ogłoszono upadłości. W złożonych przez wykonawców Bull Polska Sp. z o.o., ITG S.A. oraz Asseco Poland S.A. wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie załączono dokumentów potwierdzających, że nie otwarto likwidacji podmiotu ani nie ogłoszono upadłości podmiotów „trzecich”, czyli podmiotów na których potencjał powołuje się każdy z wyżej wymienionych wykonawców. Jak wykazał odwołujący, zamawiający nie dokonał czynności wezwania wykonawcy Bull Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzą, że nie otwarto likwidacji podmiotu ani nie ogłoszono upadłości francuskiej spółki Buli S.A.S., nie dokonał czynności wezwania wykonawcy ITG S.A. do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzą, że nie otwarto likwidacji podmiotu ani nie ogłoszono upadłości francuskiej spółki Buli S.A.S., jak i spółki Mikroelektronika s.r.o. oraz nie dokonał czynności wezwania wykonawcy Asseco Poland S.A. do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzą, że nie otwarto likwidacji podmiotu ani nie ogłoszono upadłości norweskiej spółki

FARA ASA. W związku z powyższym, Zamawiający dokona ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i odpowiednio wezwie Wykonawców do przedłożenia wyżej wymienionych dokumentów.

Zamawiający złożył również przed posiedzeniem pisemne oświadczenie, iż 17 maja 2011 r. przekazał drogą elektroniczną, pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania, wzywając ich jednocześnie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Przed otwarciem posiedzenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania: (1) Konsorcjum Sygnity, (2) Konsorcjum

19

Sygn. akt KIO 1024/11

Asseco – 19 maja 2011 r. oraz (3) Bull, (4) Konsorcjum ASEC i (5) ITG – 20 maja 2011 r.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszeń przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do odmowy powyżej wskazanym pięciu wykonawcom prawa udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestników tego postępowania (Przystępujących).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony przez Odwołującego – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec sprawdzenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i braku zgłoszenia w tym zakresie odmiennych wniosków na posiedzeniu przez Strony, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący poparł odwołanie z wyjątkiem następujących zarzutów dotyczących Konsorcjum ASEC: (1) zawyżenia oceny wniosku za dostawy z poz. 3 i 4 wykazu dostaw/usług, (2) zaniechania wykluczenia związane z tymi samymi pozycjami wykazu dostaw/usług, (3) względnie zaniechania wezwania do uzupełnienia tego wykazu związane z tymi pozycjami. Natomiast Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie, nie uznając w całości zarzutów odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestników zawarte w środkach ochrony prawnej, a także oświadczenia i stanowiska przedstawione ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 4 stycznia 2011 r. pod nr 2011/S_1-001446, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.ztm.poznan.pl). Następnie dwie zmiany tego ogłoszenia wprowadzone przez Zamawiającego zostały natomiast opublikowane w Dziennikach Urzędowych Unii Europejskiej: z 5 stycznia 2011 r. pod nr 2011/S_2-001867 oraz z 6 stycznia 2011 r. pod nr 2011/S_3-003200. Zamawiający zamieścił również na swojej stronie internetowej informację o tych zmianach ogłoszenia o zamówieniu oraz zamieścił tzw. ujednolicone ogłoszenie o zamówieniu, zawierające takie same informacje jak zamieszczone

20

Sygn. akt KIO 1024/11

w oficjalnym publikatorze, lecz uporządkowane według odmiennej systematyki wypunktowania.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 26.172.000,00 zł, co stanowi równowartość 6.817.400,36 euro.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie dokonana przez Zamawiającego ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu naraża Odwołującego na szkodę z powodu utraty możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby liczyć w razie zasadności swoich zarzutów i możliwości dalszego uczestnictwa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne. Jednocześnie wobec przekazania kopii dokumentacji w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem w znikomym zakresie w stosunku do zakresu zarzutów odwołania (wniosek Konsorcjum Asseco, wniosek Konsorcjum WASKO, protokół postępowania), przy rozstrzyganiu niniejszej sprawy skład orzekający Izby korzystał głównie z oryginału dokumentacji, w szczególności przeprowadzając dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, pytań i odpowiedzi do treści ogłoszenia oraz wzorów oświadczeń – zamieszczanych na stronie internetowej Zamawiającego, wniosków złożonych przez Odwołującego i Przystępujących oraz Konsorcjum PWPW, pism Zamawiającego wzywających do ich uzupełnienia lub wyjaśnień oraz udzielonych przez tych wykonawców odpowiedzi, a także innych pism i dokumentów wymienionych i omówionych w treści uzasadnienia. Izba wzięła również pod uwagę inne pisma i dokumenty wymienione i omówione w treści uzasadnienia, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej i wyrażone ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia

21

Sygn. akt KIO 1024/11

faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, podtrzymanych na rozprawie i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, iż w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem dwóch wprowadzonych zmian, opublikowanych w DUUE, Zamawiający zawarł poniżej przytoczone postanowienia istotne dla rozpoznania niniejszej sprawy (wypunktowanie podano według systematyki tzw. ogłoszenia ujednoliconego).

W pkt. 6 Warunki udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

4) Spełniają następujące warunki dotyczące zdolności technicznej:

W ciągu 3 lat przed dniem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie:

a) wdrożył i obsługiwał lub obsługuje obecnie (na podstawie umowy serwisowej, gwarancyjnej, rozwojowej), systemy kartowe obsługujące łącznie co najmniej 500.000 użytkowników;

b) wdrożył i obsługiwał lub obsługuje obecnie (na podstawie umowy serwisowej, gwarancyjnej, rozwojowej), jeden wieloaplikacyjny system karty miejskiej, który obsługiwał lub obsługuje co najmniej 200 000 użytkowników, którego elementami składowymi są m.in.:

- część transportowa zapewniająca obsługę elektronicznego biletu komunikacyjnego: jednorazowego i okresowego oraz dynamicznej informacji pasażerskiej,*

- jedna z następujących aplikacji: „karta turystyczna”, „bilet parkingowy” lub „aplikacja umożliwiająca dokonywanie płatności przy wykorzystaniu karty elektronicznej”, przy czym:

- „karta turystyczna” – rozumiana jest jako system sprzedaży usług turystycznych takich jak wejściówki do muzeum, wejściówki do miejsc historycznych, opłaty w hotelach i restauracjach,
- „bilet parkingowy” – rozumiany jest jako system rejestracji i naliczania opłat za parkowanie pojazdów na parkingach lub w strefie płatnego postoj.

c) wdrożył i obsługiwał lub obsługuje obecnie (na podstawie umowy serwisowej, gwarancyjnej, rozwojowej), jeden system transportowy obsługujący co najmniej dwóch

22

Sygn. akt KIO 1024/11

przewoźników;

Przez liczbę użytkowników rozumie się liczbę wydanych kart.

5) Wykonawca ma dysponować co najmniej 3 osobami, które brały udział w przynajmniej 1 projekcie wdrożeniowym takim jak wymieniony w punkcie 4b) lub 4c). Zamawiający wymaga, aby jedna z tych osób pełniła funkcję kierownika projektu lub równorzędną w przynajmniej 1 projekcie wdrożeniowym takim jak wymieniony w punkcie 4b) lub 4c).

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki wymienione w pkt 1), 2), 3) powinny być spełnione łącznie przez wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum (a nie w odniesieniu do każdego z nich z osobna).

Ocena spełniania ww. warunków dokonana zostanie zgodnie z formułą „wykazał – nie wykazał”, w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniach i dokumentach wyszczególnionych w rozdziale 7 niniejszego ogłoszenia o zamówieniu.

Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż ww. warunki Wykonawca spełnił.

Ocenie punktowej podlegać będzie doświadczenie Wykonawcy, na podstawie złożonego wykazu usług i dołączonych do niego dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Punkty zostaną przyznane według następujących kryteriów:

Lp. Rodzaj usługi Ilość punktów

1. wdrożenie i obsługa systemu transportu publicznego obejmującego od 50 000 – 199 999 użytkowników 10 pkt
2. wdrożenie i obsługa systemu transportu publicznego obejmującego co najmniej 200 000 użytkowników 20 pkt

Do każdego systemu opisanego w powyższej tabeli dodatkowo zostaną przyznane punkty za spełnienie poniższych kryteriów:

Lp. Rodzaj usługi Ilość punktów

1. wdrożenie i obsługa systemu transportu publicznego obejmującego co najmniej 50 000 użytkowników, który zawiera funkcję biletu parkingowego lub karty turystycznej 10 pkt
2. wdrożenie i obsługa systemu transportu publicznego obejmującego co najmniej 50 000 użytkowników, zintegrowanego z systemem dynamicznej informacji pasażerskiej 5 pkt
3. wdrożenie i obsługa systemu transportu publicznego obejmującego co najmniej 50 000 użytkowników, który

23

Sygn. akt KIO 1024/11

obsługuje co najmniej dwóch przewoźników 10 pkt

W przypadku uzyskania jednakowej ilości punktów, o kolejności będzie decydować sumaryczna wartość wykonanych usług wykazanych w załączonym przez Wykonawcę wykazie. W przypadku sporządzenia wykazu w części dotyczącej wartości wykonanych usług w walucie innej niż PLN Zamawiający do ich porównania przyjmie średni kurs NBP z dnia opublikowania ogłoszenia o dialogu konkurencyjnym.

Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach

zdolnych do wykonania zamówienia, lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W pkt. 7 Informację o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu:

Na potwierdzenie spełniania warunków przedstawionych powyżej, zamawiający żąda dostarczenia następujących dokumentów:

- 1) Oświadczenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z załącznikiem nr 1 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 2) Oświadczenie z art. 24 Ustawy Pzp o braku podstaw do wykluczenia, zgodnie z załącznikiem nr 2 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 3) Aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 2 Ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem term składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt. 2 Ustawy Pzp;
(...)
- 6) Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4—8 Ustawy Pzp, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływ terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
(...)
- 9) Wykaz wykonanych dostaw/usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym

24

Sygn. akt KIO 1024/11

okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy/usługi zostały wykonane należycie, zgodnie z załącznikiem nr 3 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

- 10) Wykaz co najmniej 3 osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tą osobą, zgodnie z załącznikiem nr 4 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 11) Oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień zgodnie z załącznikiem nr 5 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 12) Informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków;
- 13) Opłaconą polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 3 mln Euro lub równowartość tej kwoty w innej walucie (wg średniego kursu NBP z dnia opublikowania ogłoszenia o dialogu konkurencyjnym).

Uwaga!

Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy, polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy, winien on przedłożyć informację, o której mowa w pkt 12 dotyczącą tych podmiotów.

Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowych polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy Pzp, zobowiązany jest oprócz oświadczeń i dokumentów wymienionych w pkt. 9-12 dodatkowo udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

25

Sygn. akt KIO 1024/11

Dokumenty i oświadczenia, o których mowa powyżej muszą zostać złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonych za „zgodność z oryginałem” przez Wykonawcę. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za „zgodność z oryginałem” przez wykonawcę lub te podmioty.

Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.

Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt. 3, 4, 5 i 7 składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości (wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków),
- b) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu (wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków),
- c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie (wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków);

Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt. 6 – składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy (wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków).

Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej

26

Sygn. akt KIO 1024/11

Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 5—8 ustawy Pzp, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 5—8 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń — zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem

samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

Do przeliczenia na PLN wartości zrealizowanych usług wyrażonej w walutach innych niż PLN, Zamawiający przyjmie średni kurs publikowany przez Narodowy Bank Polski z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

W przypadku składania jednego wniosku przez dwa lub więcej podmiotów (wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia np. konsorcja, spółki cywilne) wniosek spełniać musi następujące wymagania:

- a) w odniesieniu do wymagań postawionych przez zamawiającego, każdy z wykonawców występujących wspólnie, oddzielnie musi udokumentować, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy PZP, przedstawić dokumenty wymienione w pkt. 7 ust. 2), 3), 4), 5), 6), 7),
- b) warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także sytuacji ekonomicznej i finansowej musi być spełniony przez wszystkich wykonawców łącznie poprzez przedstawienie dokumentów zgodnie z pkt. 7 ust. 1), 8), 9), 10), 11), 12), 13).
- c) wniosek musi być podpisany w taki sposób, by prawnie zobowiązywała wszystkich wykonawców występujących wspólnie,
- d) wykonawcy występujący wspólnie muszą ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia lub do reprezentowania ich w postępowaniu oraz zawarcia umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego – stosowny dokument należy dołączyć do oferty,
- e) wszelka korespondencja oraz rozliczenia dokonywane będą wyłącznie z podmiotem występującym jako reprezentant (pełnomocnik) pozostałych.

Uwaga!

Złożenie wymaganych dokumentów po upływie terminu składania wniosków jest możliwe jedynie w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. W sytuacji, kiedy Wykonawca nie złoży

Sygn. akt KIO 1024/11

wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp lub nie złoży pełnomocnictwa albo złoży wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp, zawierające błędy lub złoży wadliwe pełnomocnictwo, Zamawiający wezwie go do ich złożenia w wyznaczonym terminie (za wyjątkiem sytuacji, kiedy mimo ich złożenia wniosku Wykonawcy podlegaliby odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania). Złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków.

[Ad. II-IV]

Na wstępie skład orzekający Izby zważył, iż ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby zarówno wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków – mogli ją przeprowadzić na zasadzie zero-jedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty na potwierdzenie tych warunków, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych przez dyspozycję przepisu art. 22 ust. 4 pzp, wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia aby te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zakres, rodzaj i forma żądanych w tym celu dokumentów

muszą zostać opisane przez zamawiających w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny w dokumentach postępowania udostępnianych potencjalnym wykonawcom. Natomiast zasada równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu wskazują, iż przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień s.i.w.z. lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu. Wobec tego przy odczytywaniu znaczenia tych

28

Sygn. akt KIO 1024/11

postanowień należy kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego.

W niniejszej sprawie kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia o zasadności wielu zarzutów odwołania miała interpretacja postanowień warunków udziału w postępowaniu (opisu sposobu dokonywania ich spełnienia) dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Nadto istotne okazało się ustalenie czy Zamawiający zobligował wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów do złożenia dokumentów dotyczących niepodlegania wykluczeniu przez te podmioty, jeżeli będą one brały udział w wykonaniu części zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił w pkt. 6 ppkt 4 ogłoszenia o zamówieniu bardzo rozbudowany i skomplikowany warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia, składający się w istocie trzech odrębnych warunków zdefiniowanych pod lit. a, b, c (dalej zwanych również odpowiednio „warunkami 4a, 4b lub 4c”) – przy czym niesporne jest, iż należało wykazać potwierdzenie każdego z nich odrębnie. Każdy z tych warunków dotyczy innego systemu (odpowiednio: „a” systemu kartowego, „b” wieloaplikacyjnego systemu karty miejskiej oraz „c” systemu transportowego), jednak w stosunku do każdego z tych typów systemów wykonawca miał wykazać, iż *wdrożył i obsługiwał lub obsługuje obecnie* co najmniej 1 taki system – *w ciągu 3 lat przed dniem składania wniosków* (co do zasady, chyba że prowadzi działalność krócej). Pierwszym obszarem sporu było to, czy z takiego wymagania wynika, iż zarówno wdrożenie jak i obsługa danego typu systemu miały przypadać w tym 3-letnim okresie referencyjnym, czy też dopuszczalne jest aby wdrożenie systemu zakończyło się dawniej niż 3 lata wstecz, jeżeli tylko obsługa tego wdrożonego systemu miała miejsce nie dawniej niż 3 lata wstecz – przed terminem składania wniosków. 3-letni okres referencyjny wskazany przez Zamawiającego jest niczym więcej tylko odzwierciedleniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817; dalej zwane w skrócie rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów), które pozwala zamawiającym na żądanie wykazaniem się dla dostaw lub usług doświadczeniem nabytym nie dawniej niż 3 lata wstecz przed terminem składania wniosków. W ocenie składu orzekającego Izby z literalnego brzmienia każdego z tych warunków 4a-c, wskazujących w sposób analogiczny jakie czynności miały być wykonane w 3-letnim okresie referencyjnym – jednoznacznie wynika, iż zarówno czynność wdrożenia, jak i czynność obsługi muszą przypadać nie dawniej niż 3 lata wstecz przed terminem składania wniosków, choć niewątpliwie ta pierwsza z obiektywnych powodów musiała poprzedzać drugą, skoro obsługa dotyczy wdrożonego już systemu. Wobec występowania dwóch odrębnych czynności

29

Sygn. akt KIO 1024/11

pomędzy którymi zamieszczono spójnik „i”, nie znajduje oparcia w literalnym brzmieniu warunku liberalna interpretacja zastosowana przez Zamawiającego, który przy badaniu oceny jego spełniania zaczął uznawać za wystarczające aby tylko czynność obsługi przypadała w okresie referencyjnym, natomiast wdrożenie mogło zakończyć się dowolnie dawno temu. Powszechnie akceptowana w doktrynie i orzecznictwie dopuszczalność wykazywania się dostawami, usługami lub robotami budowlanymi, których realizacja rozpoczęła się wcześniej, pod warunkiem, że moment ich zakończenia przypadał nie dawniej niż 3 (lub 5 dla robót budowlanych) lata wstecz przed wymaganym terminem, oznacza w tym

przypadku jedynie dopuszczalność rozpoczęcia wdrożenia przed tym okresem, a nie jego zakończenia.

Natomiast przy takim określeniu warunku nie ma znaczenia, czy wdrożenie i obsługa danego systemu były realizowane na podstawie tej samej umowy czy też na podstawie dwóch odrębnych umów, które mógł oddzielać nawet pewien odstęp czasu. Wynika to zarówno z odrębnego charakteru prawnego zarówno tych świadczeń, z których tylko obsługa ma charakter ciągły, jak i samych umów, gdyż wdrożenie należy zaliczyć do tzw. umów rezultatu, natomiast obsługę zasadniczo do tzw. umów starannego działania. Odzwierciedlił to Zamawiający w treści warunku, gdyż wymagając zarówno zrealizowanego wdrożenia, jak i obsługi systemu, wyłącznie w stosunku do obsługi, obok jej zakończenia, dopuścił również, by trwała ona nadal w chwili składania wniosków – stąd spójnik „lub” pomiędzy tymi wariantami. Natomiast dookreślenie *na podstawie umowy serwisowej, gwarancyjnej, rozwojowej* wskazuje właśnie na to, iż taka trwająca nadal obsługa może być świadczona przez wykonawcę, który wdrożył uprzednio system – na podstawie zupełnie odrębnej umowy, przy czym *de facto* nie określono minimalnego okresu czasu przez jaki musiała być świadczona.

Wobec tego dopuszczenie przez Zamawiającego zarówno przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i przy przyznawaniu ocen ich spełniania, by wdrożenie systemu miało miejsce dawniej niż 3 lata wstecz przed terminem składania wniosków – w ocenie Izby było nieprawidłowe, z uwagi na powyżej wskazany sposób ukształtowania oceny spełniania warunku opisanego w ppkt. 4 pkt. 6 ogłoszenia o zamówieniu.

Druga zasadnicza płaszczyzna sporu co do interpretacji warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia dotyczyła rozumienia *systemu transportowego*, o którym mowa w lit. c ppkt. 4 pkt. 6 ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący domagał się od Zamawiającego by przy weryfikowaniu spełniania tego warunku wymagał od każdego wykonawcy nie tylko wykazania, że *wdrożył i obsługiwał lub obsługuje obecnie jeden system transportowy obsługujący co najmniej dwóch przewoźników*, co można wyczytać wprost w treści ogłoszenia, lecz także udowodnienia, że system ten obsługuje zarówno drogowe (np.

30

Sygn. akt KIO 1024/11

autobusy i trolejbusy) jak i szynowe (np. pociągi i tramwaje) środki publicznego transportu zbiorowego, co miało wynikać z udzielanych przez Zamawiającego odpowiedzi na następujące pytania do treści ogłoszenia, które były zamieszczane na stronie internetowej Zamawiającego: 26 stycznia 2011 r. – nr 26, 7 lutego 2011 r. – nr 3; 22 lutego 2011 r. – nr 1 i pośrednio nr 9

Otóż 26 stycznia 2011 r. na pytanie nr 26: *Czy Zamawiający może wyjaśnić, co rozumie pod pojęciem „system transportowy”? Obecny opis jest na tyle szeroki, że skutecznie uniemożliwia przygotowanie ważnego dokumentu potwierdzającego spełnianie tego warunku* – Zamawiający odpowiedział: *Pod pojęciem system transportowy Zamawiający rozumie zintegrowany system teleinformatyczny obsługujący środki publicznego transportu zbiorowego drogowego i szynowego (np. pociągi i tramwaje).* Zadane pytanie i udzielona odpowiedź odnoszą się wprost do rozumienia pojęcia *system transportowy*. Podana przez Zamawiającego definicja wyjaśnia przede wszystkim, iż chodzi o system teleinformatyczny obsługujący środki transportu zbiorowego, który potencjalnie może obsługiwać różne rodzaje tych środków transportu. Choć uzasadniając swoje pytanie wykonawca odniósł się ogólnie do warunków udziału w postępowaniu, to nie wskazał konkretnie warunku 4c, a Zamawiający w udzielonej odpowiedzi w ogóle nie odniósł się do znaczenia podanej definicji dla sposobu oceny spełniania tego warunku udziału w postępowaniu. W związku z udzieloną odpowiedzią nie nastąpiła też żadna zmiana treści pkt. 6 ppkt. 4 lit c ogłoszenia o zamówieniu.

7 lutego 2011 r. pytanie nr 3: *Zamawiający w pkt. 25 załącznika nr 1 odpowiedzi na pytania z 26.01.2011 (s.7) definiuje „system transportowy”. W punkcie 23 załącznika nr 1 odpowiedzi na pytania z dnia 26.01.2011 (s. 6,7) w tabeli opisującej zasady punktacji referencji, Zamawiający używa określenia „system transportu publicznego”. Czy należy rozumieć, że użyte określenie „system transportu publicznego” jest tożsame z określeniem „system transportowy”? – Zamawiający odpowiedział: *Zamawiający informuje, iż pojęcia „system transportowy” oraz „system transportu publicznego” są tożsame oraz oba oznaczają zintegrowany system teleinformatyczny obsługujący środki publicznego transportu**

zbiorowego drogowego i szynowego (np. pociągi i tramwaje). Zarówno pytanie jak i odpowiedź dotyczyły wprost relacji pomiędzy dwoma podobnymi pojęciami, Zamawiający potwierdził, iż *system transportu publicznego* należy rozumieć jako synonim *systemu transportowego*.

22 lutego 2011 r. na pytanie nr 1: *Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 26.01.2011r. i 08.02.2011r. napisał, że „system transportowy”= „system transportu publicznego” i że oznacza to system teleinformatyczny obsługujący środki publicznego transportu zbiorowego drogowego i szynowego. 1a) W związku z tym proszę o wyjaśnienie czy system ma obsługiwać jednocześnie środki transportu drogowego i szynowego? Czy*

31

Sygn. akt KIO 1024/11

*może drogowego lub szynowego? 1b) Co w tej definicji oznacza wyrażenie „obsługa środków transportu”? Czy to oznacza zarządzanie środkami transportu – pojazdami? Czy może obsługa w znaczeniu obsługi biletu? Wątpliwość tą budzi zaproponowana przez Zamawiającego punktacja. Pojawia się w niej pojęcie użytkownika przy systemie obsługi środków transportu. O jakiego użytkownika chodzi? – Zamawiający odpowiedział: [Ad. 1a] Zamawiany system transportowy będzie obsługiwał zarówno pojazdy szynowe jak i kołowe dlatego Zamawiający wymaga aby system obsługiwał jednocześnie środki transportu drogowego i szynowego. [Ad. 1b] Wyjaśnienia znajdują się w odpowiedziach z dnia 26.01.2011r. pyt. 22, 26. W pytaniu 1a wykonawca odwołał się do dwóch poprzednich odpowiedzi Zamawiającego, jednak bezpośrednio nie wskazał, iż pytanie dotyczy interpretacji warunku udziału w postępowaniu. Natomiast użycie czasu przyszłego spowodowało, iż Zamawiający w odpowiedzi wyjaśnił wyłącznie o, że system uzyskany w wyniku prowadzonego postępowania będzie musiał obsługiwać zarówno pojazdy szynowe jak i kołowe. Dopiero w pytaniu 1b wykonawca na tle problemu rozumienia *użytkownika* odniósł się do sposobu punktacji spełniania warunków udziału w postępowaniu, a odpowiedź Zamawiającego odsyłała do innego pytania dotyczącego ściśle warunku 4a, które spowodowało zresztą wprowadzenie odpowiednich zmian do treści ogłoszenia o zamówieniu, opublikowanych w DUUE 29 stycznia 2011 r.*

Natomiast na pytanie nr 9: *Zamawiający wyjaśnił, iż pojęcie „system transportu publicznego” definiuje jako zintegrowany system teleinformatyczny obsługujący środki publicznego transportu zbiorowego drogowego i szynowego. Zgodnie z kryteriami zapisanymi w tabeli Zamawiający przyznaje punkty za wdrożenie i obsługę systemu transportu publicznego. Czy w związku z przedmiotem postępowania na dostawę, instalację oraz konfigurację systemu do obsługi Poznańskiej Elektronicznej Karty Aglomeracyjnej termin systemu transportu publicznego nie powinien być definiowany jako system biletu elektronicznego? – Zamawiający udzielił odpowiedzi: Przedmiot zamówienia obejmuje znacznie więcej niż tylko sam system do obsługi biletu elektronicznego. Również w tej odpowiedzi Zamawiający odniósł się wyłącznie do tego, co obejmuje przedmiot zamówienia, a nie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

W ocenie składu orzekającego Izby, nie sposób nie zauważyć, że pytania te kierowane były przede wszystkim przez Odwołującego, który jednak pomimo ich wielości nie zadał wprost jednego pytania o to, czy przy ocenie spełniania warunku 4c Zamawiający będzie wymagał wykazania się doświadczeniem w realizacji systemu teleinformatycznego obsługującego zarówno środki transportu drogowego jak i szynowego. Nawet jeżeli wynikało to z rzeczywistych wątpliwości Odwołującego, to treść uzyskanych odpowiedzi wskazuje, iż Zamawiający nie miał świadomości jakiegoś logicznego powiązania między nimi, które to

32

Sygn. akt KIO 1024/11

powiązanie na potrzeby swojej argumentacji stworzył Odwołujący. W szczególności wskazują na to chronologicznie ostatnie odpowiedzi, w których Zamawiający odnosi się wąsko do zakresu przedmiotu zamówienia, a nie do interpretacji warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby brzmienie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wyraźnie i jasno wskazuje, iż każdy z

wykonawców musiał wykazać, iż dysponuje co najmniej 3 osobami, z których każda uczestniczyła we wdrożeniu systemu o cechach takich, jak systemy opisane w warunku 4b lub 4c (tzw. *projekt wdrożeniowy*), z tym że dla jednej z tych osób wymagane było wykazanie pełnienia funkcji kierownika projektu lub równorzędną przy co najmniej 1 takim wdrożeniu. Warunek ten zatem odwołuje się do treści warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w tym sensie, że dla osób wymagane było wykazanie nabycia doświadczenia przy realizacji systemów opisanych w warunku 4b lub 4c. Przez takie odwołanie warunek ten jest również skomplikowany i rozbudowany, co nie znaczy, że niejasny i enigmatyczny.

Odwołujący w stosunku do wszystkich wniosków objętych odwołaniem (poza swoim własnym) postawił zarzut braków w dołączonych dokumentach podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby wykonawcom, a Zamawiający uznał w odpowiedzi na odwołanie ten zarzut za zasadny w stosunku do Przystępujących: Bull, ITG i Konsorcjum Asseco. Ponieważ Zamawiający nie uznał w całości zarzutów odwołania, brak było podstaw do umorzenia z urzędu postępowania odwoławczego, a Izba nie jest w takiej sytuacji związana takim stanowiskiem Zamawiającego, które może mieć znaczenie procesowe jako przyznanie okoliczności podnoszonych przez Odwołującego. Zgodnie jednak z przepisem art. 190 ust. 5 zd. 2 pzp, w takiej sytuacji nie jest wymagany dowód, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W niniejszej sprawie skład orzekający Izby, po zapoznaniu się z uzasadnieniem stanowiska Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, powziął poważną wątpliwość, czy uznanie zarzutu odwołania w tym zakresie znajduje oparcie w treści ogłoszenia o zamówieniu. Z żadnego bowiem z przytoczonych przez Zamawiającego postanowień ogłoszenia ze strony 8 zawartych w pkt. 7 dotyczącym wymaganych oświadczeń i dokumentów, nie wynika obowiązek złożenia jakichkolwiek dokumentów dotyczących braku podstaw do wykluczenia podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby wykonawcom. Po pierwsze, Zamawiający zacytował postanowienie stanowiące odzwierciedlenie przepisu art. 26 ust. 2 b pzp, który nie wprowadza takiego obowiązku. Po drugie, Zamawiający odwołał się do postanowienia wskazującego jakie dokumenty mają składać wykonawcy zagraniczni mający siedzibę poza granicami Polski, które w ogóle nie dotyczy tej kwestii. Zupełnie niezrozumiała jest zatem konkluzja Zamawiającego, iż postanowienia te *zostały zawarte zgodnie z*

Sygn. akt KIO 1024/11

wytocznymi § 1 ust. 2 obowiązującego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, to zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia, a zatem dokumentów dotyczących braku podstaw do wykluczenia. Zatem przepis ten wprowadza jedynie potencjalną możliwość a nie obowiązek wprowadzenia takiego wymagania przez zamawiających, przy czym należy uwzględnić, że wobec tego zasadą jest brak obowiązku składania takich dokumentów, chyba że co innego wynika z dokumentów postępowania. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wprowadził do treści ogłoszenia o zamówieniu takiego obowiązku, co potwierdził *de facto* na rozprawie, gdyż nie był w stanie wskazać stosownego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu.

Bez znaczenia jest natomiast to, że Zamawiający pozostawał w błędnym przekonaniu, iż taki obowiązek jednak wprowadził i sam następnie wprowadzał w błąd wykonawców przez formularze zamieszczane na swojej stronie internetowej i udzielane odpowiedzi. 26 stycznia 2011 r. w odpowiedzi na pytanie nr 4: *Zamawiający w treści załącznika nr 3 oraz nr do Ogłoszenia umieścił zapis: „Polegając na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, załączamy oświadczenie/dokumenty, wskazane w pkt. 6 Warunki udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków Ogłoszenia o zamówieniu”. Z uwagi na fakt, że pkt 6 Ogłoszenia nie wskazuje wprost oświadczenia/dokumentów jakie mają być przedstawione w/w sytuacji, prosimy o wyjaśnienia jakich oświadczeń/dokumentów będzie wymagał Zamawiający w takim przypadku –* Zamawiający stwierdził: *Zamawiający informuje, że informacja o*

oświadczeniach/dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu znajduje się w punkcie 7 Ogłoszenia o zamówieniu. Następnie, gdy jeden z wykonawców w pytaniu nr 2 z 7 lutego 2011 r. podniósł: Czy w związku z tym, Wykonawca (Wykonawcy działający wspólnie), który powołuje się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu, który będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca, winien dołączyć do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oprócz zobowiązania podwykonawcy o oddaniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, wszystkie dokumenty i oświadczenia wymienione w pkt. 7 Ogłoszenia o zamówieniu, sporządzone (podpisane) przez tego podwykonawcę lub dotyczące tego podwykonawcy? Pragniemy zauważyć, iż w takim przypadku zakres żądanych dokumentów i oświadczeń dotyczących podwykonawcy nie byłby zgodny z par. 1 ust.2 Rozporządzenia

34

Sygn. akt KIO 1024/11

Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30.12.2009 r. (Dz. U. nr 226, poz. 1817) – Zamawiający zareagował w następujący sposób: Zamawiający informuje, iż w zmianach Ogłoszenia o zamówieniu wprowadził także zmianę w wskazanym punkcie, wskazując obowiązek złożenia tylko dokumentów z pkt.7 ust. 2) i 3).

Tymczasem do takiej zmiany ogłoszenia ani w chwili udzielania tej odpowiedzi, ani później, nigdy w rzeczywistości nie doszło. W szczególności nie może zastępować takiej zmiany ogłoszenia zmiana treści przypisu we wzorze zamieszczonego wyłącznie na stronie internetowej Zamawiającego wykazu zrealizowanych zamówień (załącznik nr 3 do wzoru wniosku), gdzie pod zdaniem: *Załączamy dokumenty potwierdzające że wskazane w wykazie dostawy/usługi/zadania* zostały wykonane zgodnie z warunkami i prawidłowo ukończone*, zamieszczono również zdanie: *Polegając na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, załączamy oświadczenie/dokumenty, wskazane w pkt.7 ust. 2) i 3) Ogłoszenia o zamówieniu*. Natomiast niewątpliwie skorzystanie przez wykonawców składających wnioski z formularzy udostępnionych na stronie internetowej Zamawiającego, w połączeniu z dezinformacją udzielaną w odpowiedzi na pytania przez Zamawiającego, spowodowało, iż dołączali oni na wszelki wypadek takie dokumenty, choć czasem niezbyt metodycznie, z czego użytek postanowił uczynić Odwołujący. Wobec takiego ustalenia skład orzekający Izby zważył, iż niezasadne są wszelkie konkretne zarzuty odwołania dotyczące wniosków poszczególnych wykonawców (Przystępujących i Konsorcjum PWPW), związane z brakiem dołączenia dla tzw. podmiotów trzecich oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia czy dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości takiego podmiotu – niezależnie od dalszej szczegółowej argumentacji Odwołującego w stosunku do każdego z wykonawców, w których wnioskach taki rzekomy brak stwierdził.

[Ad. II – Konsorcjum WASKO]

Zamawiający niezasadnie odmówił Odwołującemu przyznania punktacji za *wdrożenie i obsługa elektronicznego systemu poboru opłat (systemu kartowego) opartego na bezstykowej karcie (...)*, wykonanego do stycznia 2009 r. w Salt Lake City i okolicach w stanie Utah w Stanach Zjednoczonych Ameryki przez ERG Transit Systems (USA) Inc. (poz. 1 wykazu na stronie 121 wniosku oraz referencja wraz z tłumaczeniem na stronach 128-129 wniosku). Zamawiający nie zaprzeczył na rozprawie, iż nie uwzględnił tej pozycji wykazu przy określaniu oceny spełniania warunków udziału przez Odwołującego, uzasadniając to wpięciem okolicznością, iż amerykańska spółka ERG Transit Systems (USA) Inc. nie jest członkiem Konsorcjum WASKO, w skład którego wchodzi natomiast szwedzka spółka ERG Transit Systems (Scandinavia) AB. Następnie, po wskazaniu przez Odwołującego, iż do wniosku

35

Sygn. akt KIO 1024/11

załączone zostało także, bezpośrednio za referencjami, pisemne zobowiązanie wraz tłumaczeniem (strony 130-131 wniosku) amerykańskiej spółki na rzecz szwedzkiej spółki do udostępnienia wiedzy i doświadczenia związanego z realizacją tego zamówienia na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, wraz ze zobowiązaniem do uczestnictwa w jego

realizacji – Zamawiający, nie zaprzeczając tej okoliczności faktycznej, zajął stanowisko, iż niewystarczające jest takie zobowiązanie na rzecz szwedzkiego partnera Konsorcjum WASKO, gdyż powinno ono dotyczyć całego konsorcjum lub jego lidera. Skład orzekający Izby zważył, że również tak zmodyfikowana *ad hoc* na rozprawie argumentacja Zamawiającego, jest oczywiście niezasadna. Celem i istotą tworzenia tzw. konsorcjów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest pozytywna kumulacja potencjałów „wnoszonych” przez poszczególnych partnerów, umożliwiającą im łącznie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, między innymi dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, zgodnie z wymaganiami zamawiających dokonujących odpowiedniego opisu sposobu dokonania takiej oceny. Takiemu sumowaniu podlega nie tylko potencjał „własny” danego wykonawcy, ale również potencjał „udostępniony” przez podmiot trzeci na zasadzie art. 26 ust. 2 b pzp. Z przepisu tego nie wynika bowiem, iż udostępnienie swoich zasobów przez podmiot trzeci jest możliwe czy skutecznie tylko jeżeli następuje na rzecz wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub ich pełnomocnika. Takie ograniczenie nie znajduje racjonalnego uzasadnienia i byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców i zasadą konkurencyjności. Przebieg rozprawy wykazał zatem, iż w rzeczywistości nie istnieją podawane przez Zamawiającego powody do zaniżenia punktacji wniosku Odwołującego przez nieuwzględnienie poz. 1 wykazu zrealizowanych zamówień.

[Ad. II – Konsorcjum Sygnity]

Zamawiający niezasadnie uwzględnił przy badaniu oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia przez Konsorcjum Sygnity pozycje 4, 5 i 7 wykazu (strona 50-51 wniosku): *Obsługa systemu transportowego obejmującego biletu elektronicznego (...)* w Ziline na Słowacji, *Obsługa systemu biletu elektronicznego (...)* w Nitrze na Słowacji i *Dostawę, wdrożenie i obsługę gwarancyjną systemu transportowego (...)* w Częstochowie – dla których w wykazie tym wskazano jako datę wykonania (zakończenia) słowo „obecnie”, sugerujące, iż realizacja tych zamówień trwa nadal. Z referencji z 24 stycznia 2011 r., wystawionej przez Dopravný Podnik Mesta Ziliny (strona 57 wniosku), wynika jednak, iż co prawda nadal trwa na podstawie umowy serwisowej obsługa systemu, który jednak został dostarczony (zaprojektowany, zbudowany i wdrożony) w lutym 1998 r. Następnie w referencji z 24 stycznia 2011 r., wystawionej przez Veolia Transport Nitra a.s. ze Słowacji (strona 58 wniosku), podobnie wskazano, iż trwa na podstawie umowy serwisowej

36

Sygn. akt KIO 1024/11

obsługa systemu dostarczonego w kwietniu 2004 r. Wreszcie w referencji z 21 stycznia 2011 r. (strona 60 wniosku) Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Częstochowie spółka z o.o., również wskazało na trwającą na podstawie umowy serwisowej obsługę systemu – wdrożonego jeszcze w grudniu 2007 r. Zatem okoliczności faktyczne wskazane w odwołaniu znajdują zatem oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym. Jednocześnie skład orzekający Izby, jak to powyżej wskazano, podziela w tym zakresie ocenę prawną Odwołującego, iż wdrożenia, które miały miejsce wcześniej niż przed upływem trzech lat przed terminem składania wniosków, nie potwierdzają spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób określony przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu w ppkt 4 pkt. 6 w zw. z postanowieniami pkt. 7.

W ocenie składu orzekającego Izby przyznanie przez Zamawiającego okoliczności niezasadnego uwzględnienia przy ocenie spełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia pozycji 1 i 6 wykazu Konsorcjum Sygnity nie budzi wątpliwości z rzeczywistym stanem rzeczy. Zarówno poz. 1 i 6 wykazu (strona 49 i 50-51 wniosku) zostały opisane przez wykonawcę w kolumnie przeznaczonej na podanie informacji potwierdzających spełnianie warunku jako *Obsługa systemu transportowego (system biletu elektronicznego/system kartowy) na podstawie umowy serwisowej* – przy czym jako datę zakończenia wpisano odpowiednio daty 31 grudnia 2010 r. i „obecnie”. Natomiast z referencji wystawionej 26 stycznia 2011 r. przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu spółkę z o.o. (strona 52 wniosku) oraz referencji Zarządu Transportu Miejskiego w Gdańsku z 27 stycznia 2011 r., wynika potwierdzenie tego stanu rzeczy, tzn. odpowiednio, że na podstawie umowy serwisowej z 28 marca 2008 r. wykonywana była do końca 2010 r. przez Sygnity S.A. obsługa systemu elektronicznego biletu okresowego Komkarta w Poznaniu, a

na podstawie umowy serwisowej nr NZ/13/ZP/2009 z 1 września 2009 r. trwa nadal obsługa przez Sygnity S.A. takiego systemu elektronicznego biletu okresowego w transporcie publicznym w Gdańsku. Zatem zarówno z informacji podanych w wykazie jak i wynikających z referencji nie wynika nawet czy i kiedy systemy te były wdrażane przez Sygnity S.A. Pozycje te nie spełniają zatem wymagania z ppkt. 4 pkt 6 ogłoszenia o zamówieniu w każdym przypadku wymagającego wykazaniem się zarówno wdrożeniem jak i obsługą systemu. W obu przypadkach referencje potwierdzające należyte wykonanie lub wykonywanie odnoszą się wyłącznie do obsługi takiego systemu. Biorąc pod uwagę treść tych dokumentów załączonych przez Konsorcjum Sygnity do wniosku, nie sposób uznać za wyjaśnienie ich treści, wskazanie na rozprawie, iż oba systemy były uprzednio wdrażane przez Sygnity S.A. Nie jest to bowiem wyjaśnienie treści złożonych dokumentów, lecz wskazanie zupełnie nowej informacji, która mogła i powinna była się znaleźć w wykazie lub chociaż w referencjach.

37

Sygn. akt KIO 1024/11

Natomiast skład orzekający Izby nie podziela zastrzeżeń Odwołującego do wszystkich pozycji wykazu załączonego do wniosku Konsorcjum Sygnity (poz. od 1 do 7), w zakresie, w jakim opierają się na braku potwierdzenia rzekomego wymogu wdrożenia i obsługi systemu transportowego obsługującego zarówno środki publicznego transportu drogowego, jak i szynowego. W poz. od 1 do 4 oraz 6 i 7 mowa jest o „systemie transportowym”, natomiast w poz. 5 o „systemie biletu elektronicznego (systemie kartowym)”, co niezależnie od tego, czy systemy te dotyczyły zarówno autobusów i tramwajów, należy uznać za wystarczające potwierdzenie warunku w tym aspekcie.

[Ad. II – Konsorcjum PWPW]

Zamawiający niezasadnie uwzględnił przy badaniu oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia przez Konsorcjum PWPW pozycje 2, 3, 5 i 7 wykazu (strona 2-4 wykazu) złożonego w całości wraz z referencjami w wyniku wezwania do ich uzupełnienia przez Zamawiającego. Realizacje te otrzymały analogiczny następujący opis: *Obsługa systemu pobierania opłat bezkontaktowymi kartami elektronicznymi wraz z lokalizacją pojazdów i dynamiczną informacją pasażerską* (wzmianka o dynamicznej informacji pasażerskiej dotyczy tylko poz. 2 i 3) – dotyczyły odpowiednio następujących miast tureckich: Kocaeli (poz. 2), Sivas (poz. 3), Bandirma (poz. 5) i Canakkale – ze wskazaniem w następujący sposób dat wykonania: od 26 stycznia 2006 r. do nadal (poz. 2), od 10 sierpnia 2007 r. do nadal (poz. 3), od 12 grudnia 2006 r. do nadal (poz. 5) i od 17 czerwca 2006 r. do nadal. Tymczasem z odpowiednich referencji (uzupełnienie nie zawiera żadnej numeracji stron przy referencjach), wynika odpowiednio, iż dany system: w podanej powyżej dacie początkowej z wykazu *zainstalowano i uruchomiono*, a nadal prowadzona jest jego *obsługa i utrzymanie* – referencja z 14 marca 2011 r. z Dyrekcji Pionu Transportu Zarządu Wydziału Transportu Autostradowego Obszaru Metropolitalnego Kocaeli; *zainstalowano* a nadal trwa *realizacja zadań w zakresie eksploatacji, utrzymania i napraw* – referencja z 24 lutego 2011 r. od Krajowego Stowarzyszenia Przewoźników Publicznych Nr S.S.39; *wdrożono*, a trwa nadal *zarządzanie, konserwacja i serwisowanie* – referencja z 24 lutego 2011 r. dot. miasta Bandirma oraz referencja Wydziału Transportu Miejskiego Gminy Canakkale z 24 lutego 2011 r. Również w tym przypadku okoliczności faktyczne wskazane w odwołaniu znajdują zatem oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym. Jednocześnie skład orzekający Izby podziela w pełni ocenę prawną Odwołującego, iż wdrożenia, które miały miejsce wcześniej niż przed upływem trzech lat przed terminem składania wniosków, nie potwierdzają spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób określony przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu w sposób określony przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu w ppkt 4 pkt. 6 w zw. z postanowieniami pkt. 7.

Natomiast skład orzekający Izby uznał za niezasadne kwestionowanie przez

38

Sygn. akt KIO 1024/11

Odwołującego pozycji wykazu złożonego przez Konsorcjum PWPW (poz. 2, 3 i od 5 do 8), w zakresie, w jakim opiera się na braku potwierdzenia rzekomego wymogu wdrożenia i obsługi

systemu transportowego obsługującego zarówno środki publicznego transportu drogowego, jak i szynowego. Wobec powyżej opisanego stanowiska składu orzekającego izby bez znaczenia jest zatem okoliczność, iż w poz. 2 wskazano *środki transportu publicznego i prywatnego, statki*, dla poz. 3, mowa jest (w referencjach) o systemie wykorzystywanym w 249 autobusach, dla poz. 5, o 97 autobusach, dla poz. 6, o 108 autobusach, dla 7, o 100 autobusach i dla 8, o 234 autobusach – a zatem bez wymienienia jakichkolwiek szynowych środków transportu zbiorowego.

[Ad. III – Konsorcjum PWPW]

Potwierdził się zarzut, że Konsorcjum PWPW podlega definitywnemu wykluczeniu z postępowania i to z dwóch niezależnych od siebie powodów.

Po pierwsze, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie dotyczącym elementu składowego systemu opisanego w ppkt. 4 lit. b wypunktowanie pierwsze w postaci części transportowej zapewniającej obsługę elektronicznego biletu komunikacyjnego: jednorazowego i okresowego.

W złożonym w wyniku wezwania do jego uzupełnienia wykazie w informacjach potwierdzających spełnienie warunku zawarto bowiem powyżej przytoczony opis, w uwagach nie wskazując żadnych informacji dotyczących tego elementu. Również w załączonych referencjach brak jakichkolwiek informacji dodatkowych dotyczących zapewnienia przez system obsługi biletu elektronicznego, zarówno jednorazowego, jak i okresowego. Z dokumentacji postępowania wynika, iż Zamawiający dostrzegł ten brak, gdyż 14 kwietnia 2011 r., wskazując, iż działa na podstawie art. 26 ust. 4 pzp, wezwał Konsorcjum PWPW do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego 28 marca 2011 r. w wyniku wezwania do uzupełnienia wykazu dostaw i referencji. Zamawiający prosił o wyjaśnienia, *które ze wskazanych systemów wykazuje spełnianie warunku 4b z Ogłoszenia o zamówieniu, tzn. że część transportowa obejmuje obsługę elektronicznego biletu: jednorazowego i okresowego*. W złożonych 20 kwietnia 2011 r. wyjaśnieniach Konsorcjum PWPW wskazało: *Funkcje biletu jednorazowego oraz okresowego realizowane są w wielu projektach wdrożonych i aktualnie prowadzonych przez Kenkart Ltd Sti. Elementem systemu poboru opłat w komunikacji miejskiej wdrożonego i nadal służącego mieszkańcom miasta Izmir w Turcji jest część transportowa obejmująca obsługę elektronicznego biletu jednorazowego i okresowego (nr referencji M.35.1JBB.5.02.12.06.030.99-750(5596). Bilet jednorazowy uprawnia do 3-5 przejazdów, natomiast okresowy umożliwia korzystanie z komunikacji przez 1 dzień lub 1 rok. Czas ważności biletu jest parametryczny i określony przez operatora systemu dla każdego typu karty osobno. Część transportowa obejmująca wspomniane wyżej bilety jest*

39

Sygn. akt KIO 1024/11

*również elementem systemu poboru opłat i śledzenia pojazdów wdrożonego w mieście Koaceli w Turcji (nr referencji M.41.0.KBB.0.0.14.03.00/294). W załączeniu przekazujemy skany wyjaśnień uzyskanych z firmy Kenkart oraz tłumaczenie na język polski. Jednocześnie do pisma załączono nowe referencje o numerach jak w piśmie. Z referencji z 20 kwietnia 2011 r. od Dyrektora Oddziału Systemów Biletowych Miasta Izmir Dyrekcji Generalnej Eshot Departamentu Rozwoju Strategicznego, potwierdza informacje z wyjaśnień, podobnie jak referencja z 20 kwietnia 2011 r. od Generalnej Dyrekcji Transportu Obszaru Metropolitalnego Kocaeli, choć w tej drugiej mowa jest o *karatach studenta oraz kartach dla osób niepełnosprawnych pełniących funkcję biletu okresowego z prawem korzystania z przejazdów przez 1 rok oraz biletach papierowych, które mogą być ładowane według czasu przejazdu i ilości przejazdów*.*

W ocenie składu orzekającego Izby doszło w ten sposób do niedopuszczalnego w tym przypadku uzupełnienia wykazu o nowe informacje, wcześniej w nim niezawarte, a także o nowe referencje, które nie mogą być brane pod uwagę przez Zamawiającego. Zdaniem składu orzekającego Izby w trybie art. 26 ust. 4 pzp Zamawiający mógł ewentualnie zadać pytanie o to, gdzie w treści złożonych dokumentów zamieszczono informacje potwierdzające wymagany element warunku 4b udziału w postępowaniu. Zamawiający na rozprawie stanął na stanowisku, iż prawidłowo skorzystał w tym przypadku z instytucji wyjaśnień treści dokumentów podmiotowych. Z dokumentacji postępowania wynika jednak rażący brak konsekwencji Zamawiającego, gdyż wykonawców, którzy załączyli do wniosków wykazy obarczone analogicznym błędem – zwywał do uzupełnienia w tym zakresie wykazu w trybie

art. 26 ust. 3 pzp, a nie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp. Przykładowo Zamawiający 17 marca 2011 r., wskazując, iż działa na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, wezwał Konsorcjum ASEC do *uzupełnienia informacji w załączniku nr 3 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, gdyż z opisu rodzaju wykonanych dostaw/usług nie wynika że część transportowa systemu zapewnia obsługę elektronicznego biletu komunikacji: jednorazowego i okresowego*. Oznacza to, iż w tym zakresie Zamawiający różnie traktował poszczególnych wykonawców, w zależności od ich sytuacji – próbując obejść w ten sposób utrwaloną w doktrynie orzecznictwie zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia tego samego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Tymczasem zarówno instytucja wyjaśnień z przepisu art. 26 ust. 4, jak i instytucja uzupełnienia dokumentów z przepisu art. 26 ust. 3 pzp – mają charakter wyjątku od zasady, iż wykonawcy w złożonych wnioskach mają obowiązek wykazać potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli jakiś wykonawca, niezależnie od przyczyn takiej sytuacji, nie załącza w ogóle dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, to musi się liczyć z niekorzystnymi konsekwencjami takiego postępowania wynikłymi z obiektywnych

40

Sygn. akt KIO 1024/11

uwarunkowań faktycznych. Zamawiający dokonując wezwania mają bowiem obowiązek wskazać na czym polega stwierdzony brak. W przypadku niezłożenia w ogóle dokumentu, brak ten siłą rzezy będzie wskazany również generalnie jako niezłożenie określonego dokumentu na potwierdzenie danego warunku. Natomiast w razie załączenia dokumentu nie w pełni potwierdzającego spełnianie warunku, taki wykonawca może otrzymać od wzywającego zamawiającego konkretną wskazówkę, jakiego elementu warunku nie potwierdził. Może to mieć kapitalne znaczenie w przypadku konieczności wykazania przez wykonawców potwierdzania spełniania rozbudowanych i skomplikowanych warunków udziału w postępowaniu, jak w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Po drugie, Konsorcjum PWPW podlega wykluczeniu z uwagi na niepotwierdzenie przez wykaz osób obejmujący 3 osoby, złożony w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów wniosku, spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisanego w pkt. 5 pkt. 6 ogłoszenia o zamówieniu.

Dla pierwszej osoby z wykazu na potwierdzenie posiadania doświadczenia wymaganego w ogłoszeniu o zamówieniu wskazano następujące informacje: *Kierownik rozwoju systemów miejskich (m.in. dla miast Kocaeli [liczba wydanych kart w projekcie pow. 500 tys., system obsługujący więcej niż dwóch przewoźników], Skopje, Aleppo, Tczew, Belgrad)*. Poza wskazaniem, że osoba ta pełniła funkcję kierowniczą w rozwoju systemów miejskich dotyczących Skopje, Aleppo, Tczewa i Belgradu – w dokumentach złożonych zarówno we wniosku, jak i jego uzupełnieniu brak jest jakichkolwiek informacji dotyczących spełniania przez te projekty wdrożeniowe wymagań warunku 4b lub 4c ogłoszenia o zamówieniu. Natomiast informacje dotyczące projektu w mieście Kocaeli, również te wynikające ze złożonego w uzupełnieniu wniosku wykazu zrealizowanych zamówień i referencji – nie potwierdzają spełnienia elementu obsługi elektronicznego biletu komunikacyjnego: jednorazowego i okresowego z warunku 4b. Natomiast skład orzekający Izby, z powyżej wskazanych powodów, nie dopatrył się braków w potwierdzeniu przez ten projekt warunku 4c w zakresie systemu transportowego – tym samym nie ma podstaw by stwierdzić, iż brak jest wykazania dla tej osoby potwierdzenia pełnienia funkcji kierowniczej w przynajmniej 1 projekcie wdrożeniowym takim jak w punkcie 4c.

Jednakże dla drugiej osoby wskazano na potwierdzenie posiadania doświadczenia wymaganego w ogłoszeniu o zamówieniu następujące informacje: *Kierownik projektu dla miasta Manisa*. Również w tym przypadku w dokumentach złożonych zarówno we wniosku, jak i jego uzupełnieniu brak jest jakichkolwiek informacji dotyczących spełniania przez ten projekt wdrożeniowy wymagań warunku 4b lub 4c ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym Konsorcjum PWPW definitywnie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia

41

nie potwierdziło spełniania warunku dysponowania co najmniej 3 osobami z doświadczeniem wymagany w ppkt. 5 pkt. 6 ogłoszenia o zamówieniu.

[Ad. IV – Konsorcjum ASEC]

Dla 4 osób na potwierdzenie posiadania doświadczenia wymaganego w ogłoszeniu o zamówieniu w wykazie załączonym do wniosku (strony 121-124 wniosku) podano odpowiednio następujące informacje: *Kierownik Projektów informatycznych realizowanych w firmie ASEC, w tym Kierownik Projektu w systemie sprzedaży elektronicznych biletów, wykazany w dołączonych referencjach. Obecnie pełni również Menadżera produktu w systemie karty miejskiej oraz Kierownika Zespołu administrującego tym zespołem (osoba 1); Wieloletni Główny Architekt systemów informatycznych rozwijanych w firmie ASEC, w tym Architekt systemu sprzedaży elektronicznych biletów, wykazany w dołączonych referencjach. Uczestniczył w roli Kierownika Projektu i Architekta w budowie innych systemów informatycznych korzystających z kart RFID (osoba 2); Wieloletni Projektant oprogramowania i Kierownik Zespołu Programistów. Projektant oprogramowania w systemie sprzedaży elektronicznych biletów, wykazanego w dołączonych referencjach. Aktualnie uczestniczy w roli Kierownika Projektu w budowie innego systemów informatycznego korzystających z kart RFID (osoba 3); Wieloletni Główny Konstruktor urządzeń elektronicznych zaprojektowanych w firmie ASEC. Konstruktor automatu oraz Projektant konfiguracji karty miejskiej w systemie sprzedaży elektronicznych biletów, wykazanego w dołączonych referencjach. Specjalista w zakresie technologii kart RFID (osoba 4). W stosunku do wszystkich osób Konsorcjum ASEC wskazało jako podstawę dysponowania umowę na czas nieokreślony z ASEC S.A.*

W przypadku każdej z osób Konsorcjum ASEC zawarło zatem ogólne odesłanie do referencji załączonych do wniosku, nie wskazując konkretnie o jaki projekt wdrożeniowy z wykazu chodzi. Pierwotny wykaz został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Pismem z 17 marca 2011 r. Zamawiający, wskazując, iż działa na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, zwrócił się do Konsorcjum ASEC o *uzupełnienie informacji w załączniku 3 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, gdyż z opisu rodzaju wykonanych dostaw/usług nie wynika że część transportowa systemu zapewnia obsługę elektronicznego biletu komunikacji; jednorazowego i okresowego* (pkt. 3 pisma). W odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum ASEC złożyło wykaz zrealizowanych zamówień, również objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, uzupełniony o dodatkową informację dla poz. od 3 do 5 oraz dodatkowe pismo ich dotyczące, niebędące jednak referencją, natomiast pozycje 1 i 2 wykazu pozostały bez zmian i bez załączonych referencji. Z tego, że poz. 1 wykazu dotyczy własnej realizacji lidera Konsorcjum ASEC, który jest pracodawcą wszystkich osób z wykazu, należałoby domniemywać, iż to jest ten *system sprzedaży elektronicznych biletów, wykazany w*

42

Sygn. akt KIO 1024/11

referencjach. Problem jedynie w tym, że zachodzi tu co najmniej nieścisłość związana z tym, że dla tej dostawy żadnej referencji nie załączono, zatem literalnie odczytywane odesłanie jest zatem puste. Na rozprawie Przystępujący Konsorcjum ASEC oświadczył, że wszystkie osoby z wykazu osób uczestniczyły w realizacji zamówienia z poz. 1 wykazu zamówień, a osoby z poz. 2 i 3 wykazu osób uczestniczyły w projekcie z poz. 2 wykazu zamówień. Zatem dając wiarę temu oświadczeniu można uznać, iż jest to jednak tylko pewna nieścisłość, przy czym poz. 1 wykazu zamówień została wskazana jako potwierdzająca warunek 4a i 4c, a poz. 2 tego wykazu – jako potwierdzająca warunek 4a. Uwzględniając okoliczność, iż w tym przypadku wykaz osób zawierał informacje, choć nieprecyzyjne, dotyczące potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający, uwzględniając te wyjaśnienia złożone na rozprawie, musi dokonać oceny, czy informacje zawarte w opisie rodzaju wykonanych dostaw/usług uznaje za wystarczające dla potwierdzenia spełnienia w stosunku do osób warunku z ppkt. 5 pkt 6 s.i.w.z., a jeżeli nie, to wezwać Konsorcjum do uzupełnienia wykazu osób.

Niesporna między Stronami i Przystępującym Konsorcjum ASEC była okoliczność, iż Prezes Zarządu polskiej spółki akcyjnej ASEC, jak również członkowie zarządu izraelskiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością On Track Innovations, mają miejsce zamieszkania w Izraelu. Jest to istotna okoliczność z punktu widzenia ustalenia dokumentu jaki należy przedstawić dla potwierdzenia braku istnienia podstawy wykluczenia, o której mowa w

przepisie art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp. Zgodnie z § 2 ust. 2 obowiązującego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w odniesieniu do urzędujących członków organu zarządzającego osób prawnych mających miejsce zamieszkania poza Polską – co do zasady należy złożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego tego miejsca zamieszkania, a jedynie w drodze wyjątku, jeżeli nie wydaje się tam takich dokumentów – dokument zawierający oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego. Konsorcjum ASEC złożyło dla wszystkich wymienionych powyżej osób oświadczenie złożone przed izraelskim notariuszem, które Zamawiający uznał za prawidłowy dokument. W zgłoszeniu przystąpienia Konsorcjum ASEC na poprawcie tego stanowiska podniosło, iż Odwołujący nie podał w odwołaniu żadnego dowodu (dokumentu), z którego miałyby wynikać, iż Policja Państwa Izrael wydaje osobom fizycznym (obywatelom Państwa Izrael) zaświadczenia o niekaralności. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący wykazał jednak na rozprawie, iż Zamawiający postąpił nieprawidłowo. Odwołujący przedstawił bowiem fotokopię dokumentu z 2 czerwca 2010 r., złożonego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Polsce, wystawionego przez Policję Państwa Izrael. Jednocześnie Przystępujący Konsorcjum ASEC na rozprawie nie

43

Sygn. akt KIO 1024/11

kwestionował faktu, iż przedstawiono kopię dokumentu, który faktycznie może uzyskać osoba fizyczna zamieszkała w Izraelu od Policji Państwa Izrael. Również w komentarzu do poprzednio obowiązującego rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów *Dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego* pod redakcją Włodzimierza Dzierżanowskiego, Warszawa 2009 r. – w zakresie dokumentów potwierdzających niekaralność osób fizycznych w Izraelu podano informację, iż Policja Państwa Izrael wydaje osobom fizycznym zaświadczenie o niekaralności. Wskazanie to zamieszczono w opozycji do przytoczonego w zdaniu poprzednim stanowiska ambasady Izraela w Polsce, prezentowanego również na rozprawie przez Przystępującego Konsorcjum ASEC, iż Policja Państwa Izrael nie wydaje zaświadczeń o braku karalności członków zarządu osób prawnych zarejestrowanych na terytorium Państwa Izrael. Tymczasem dopóki tymi członkami zarządu osób prawnych, tak jak współnikami spółek jawnych, partnerami lub członkami zarządu spółek partnerskich, komplementariuszami spółek komandytowych lub spółek komandytowo-akcyjnych – są to osoby fizyczne, każdorazowo chodzi o dokument potwierdzający okoliczność niekaralności tych osób fizycznych, który w żaden sposób nie musi się odnosić do tego jaką funkcję pełnią w tych podmiotach prawa. Natomiast nieprzekonujące jest stanowisko Przystępującego Konsorcjum ASEC, który twierdził jednocześnie na rozprawie, iż z dokumentu takiego, jak przedstawiony przez Odwołującego na rozprawie, nie może wynikać potwierdzenie braku okoliczności niekaralności osoby fizycznej pełniącej funkcję członka zarządu izraelskiej spółki, z uwagi na brzmienie końcowej części treści tego dokumentu w pkt. 4: *Wydruk ten zawiera informacje uzyskane z Rejestrów Policji w czterech kategoriach, do których przeglądania jest Pan uprawniony: - Rejestrów kryminalnych – dotyczących wyroków, których okres kasacji jeszcze nie upłynął. - Rejestrów policyjnych – rozpraw sądowych i dochodzeń w toku. - Rejestrów policyjnych i zapisów kryminalnych – zamknięte sprawy dochodzeniowe (rejestry policyjne), dane dotyczące zapisów, których okres kasacji upłynął lub dotyczące wyroków, na które Prezydent ogłosił amnestię (zapis kryminalny). - Rejestrów policyjnych – zamknięte sprawy nieprześladowcze i skargi. - Jeżeli nie widzi Pan żadnych zapisów w powyższych kategoriach, wówczas Policja nie posiada zapisu w tej kategorii w rejestrach policyjnych. Brak specjalnego zestawienia tego dotyczącego. Oprócz tego, u dołu owego wydruku nie ma informacji, że osiągnięto dolną część wydruku. Dlatego, jeśli otrzymał Pan jedynie tę stronę, to oznacza, że nie ma zapisów Pana dotyczących.* W ocenie składu orzekającego Izby z powyższej informacji wynika, po pierwsze – zakres kategorii rejestrów policyjnych i zakres informacji, których dotyczy sprawdzenie danych o niekaralności, po drugie – wskazywanie przez brak zamieszczenia w przedstawionym wydruku jakichkolwiek zapisów w danej kategorii rejestrów policyjnych na brak karalności, po trzecie – techniczne potwierdzenie tej okoliczności w postaci braku

44

adnotacji u dołu wydruku, że osiągnięto jego dolną część i wydanie wydruku w postaci 1 strony bez żadnych dodatkowych zapisów. Wobec tego podważone zostało stanowcze oświadczenie Konsorcjum ASEC ze zgłoszenia przystąpienia, iż Policja Państwa Izrael nie wydaje zaświadczeń o niekaralności obywateli Izraela. Jednocześnie Przystępujący w żaden sposób nie wykazał, iż przedstawione na rozprawie zaświadczenie nie spełnia wymagań określonych w art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp. Skład orzekający Izby zauważyła także, iż Przystępujący, ani na rozprawie, ani w zgłoszeniu przystąpienia nie wskazał żadnych orzeczeń Izby prowadzących do przeciwnych wniosków, pomimo twierdzenia, iż kwestia ta była wielokrotnie już rozstrzygana. Tymczasem z uzasadnienia wyroku z 11 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 32/08) zapadłego w sprawie, w której również uczestniczyło Konsorcjum ASEC (w składzie poszerzonym jeszcze o trzecią spółkę), uznanie za niezasadny zarzutu analogicznego jak w niniejszej sprawie oparte było wyłącznie na bierności dowodowej odwołującego, który poza twierdzeniami nie przedstawił żadnego dowodu na ich poparcie.

[Ad. IV – Bull]

Nie potwierdził się zarzut braku potwierdzenia przez Przystępującego Bull spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej co do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie wykonywanej działalności na sumę gwarancyjną nie niższą niż 3 mln euro lub równowartość tej kwoty w innej walucie (lit. b ppkt. 3 pkt. 6 ogłoszenia o zamówieniu).

Do wniosku Bull Polska załączono *Certyfikat Ubezpieczeniowy* nr wystawiony 6 2011 r. przez 2011/XFR0050477LI/32090 stycznia francuskiego ubezpieczyciela AXA Corporate Solutions Assurance S.A. z siedzibą w Paryżu, który *potwierdza, że Bull Polska sp. z o.o. (...) jest ubezpieczona w ramach wystawionej przez naszą spółkę Ogólnej Generalnej polisy od odpowiedzialności cywilnej Nr XFR0050477LI od odpowiedzialności cywilnej wynikającej z uszkodzenia ciała, szkody materialnej lub straty finansowej spowodowanej osobom trzecim i powstałej w związku z działaniami ubezpieczonego, wymienionymi w polisie oryginalnej.*

Po pierwsze, nietrafne jest stanowisko Odwołującego, iż skoro z treści powyższego certyfikatu wynika, iż polisa istnieje, to Wykonawca Bull miał obowiązek ją przedstawić. Wymaganie Zamawiającego w ppkt. 13 pkt. 7 ogłoszenia o zamówieniu złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony odpowiada wprost regulacji zawartej w przepisie § 1 ust. 1 pkt 10 obowiązującego rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów. O ile niewątpliwie ów brak polisy powinien mieć charakter obiektywny, o tyle nie jest to równoznaczne z faktycznym fizycznym nieistnieniem takiego dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia, lecz z jego niedostępnością dla wykonawcy, który ma potwierdzić spełnianie

warunku udziału w postępowaniu. Jest tak w szczególności gdy umowa ubezpieczenia została zawarta przez inny podmiot (ubezpieczającego), a wykonawca ten jest jedynie beneficjentem z tytułu zawartej umowy ubezpieczenia (ubezpieczonym), to znaczy przy braku tożsamości podmiotowej ubezpieczającego i ubezpieczonego. W takiej sytuacji polisą dysponuje podmiot ubezpieczający, a ubezpieczonemu wykonawcy może zostać wystawiony inny dokument potwierdzający objęcie ochroną ubezpieczeniową. W obrocie gospodarczym przejawia się to zwykle w sytuacji gdy tzw. spółka-matka zawiera generalną umowę ubezpieczenia obejmującą swoim zakresem nie tylko ją samą ale także tzw. spółki-córki z nią powiązane. Przedstawiony pogląd, który podziela skład orzekający w niniejszej sprawie jest konsekwentnie prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyrokach: z 9 marca 2011 r., sygn. akt KIO 396/11 (strona 13-14); z 4 marca 2011 r., sygn. akt KIO 350/11 (strona 20-21); z 21 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 248/11 (strona 21-22); z 6 października 2010 r., sygn. akt KIO 2097/10 (strona 19-20). Stanowisko to jest również adekwatne w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, gdyż jak to wynika pośrednio z dokumentacji postępowania, a potwierdzone zostało na rozprawie przez Przystępującego Bull za pomocą złożonego zaświadczenia z 24 maja 2011 r. od francuskiego ubezpieczyciela – generalną umowę ubezpieczenia zawarła francuska spółka Bull S.A.S., obejmując ochroną ubezpieczeniową również polską spółkę Bull.

Po drugie, i niejako również w konsekwencji powyższego, nie ma również podstaw dla kwestionowania wykazania przez Wykonawcę Bull, iż jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie wykonywanej działalności, jak tego wymagał Zamawiający w lit. b ppkt 3 pkt 6 ogłoszenia o zamówieniu. Natomiast podnoszone przez Odwołującego określenie przez Zamawiającego w ppkt. 13 pkt. 7 ogłoszenia o zamówieniu, iż odpowiedni dokument dotyczący tej okoliczności ma potwierdzać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, jest powieleniem regulacji zawartej w przepisie § 1 ust. 1 pkt 10 obowiązującego rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów. Skład orzekający Izby nie podziela przy tym zastrzeżeń Odwołującego, iż z treści certyfikatu załączonego do wniosku nie wynika, iż zakres ubezpieczenia jest wystarczający dla pozytywnego zweryfikowania spełnienia przez Wykonawcę Bull warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie. Odwołujący oparł swój zarzut wyłącznie na niedoskonałości językowej tłumaczenia certyfikatu, i ponownie, na odesłaniu w kwestiach szczegółowych do dokumentu polisy. Tymczasem z przytoczonego powyżej tłumaczenia polisy wynika jednoznacznie, iż Bull Polska jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej za szkody wynikłe z uszkodzenia ciała, szkody materialnej lub straty finansowej spowodowanej osobom trzecim i powstałej w związku z działalnością ubezpieczonego, natomiast odesłanie do polisy dotyczy zawarcia w

46

Sygn. akt KIO 1024/11

niej szczegółowych informacji, a nie ustanowienia generalnej zasady, iż tylko nieliczna działalność wskazana w polisie jest objęta ubezpieczeniem. Co istotne Zamawiający, poza określeniem wymaganej sumy ubezpieczenia, nie sprecyzował żadnych innych szczegółowych wymagań, wręcz przeciwnie w pkt. 6 ppkt 3 lit. b wymagał jedynie ubezpieczenia od OC w zakresie prowadzonej działalności. Również w tym zakresie zaświadczenie złożone na rozprawie zawiera jednoznaczne potwierdzenie, iż załączony do wniosku certyfikat dotyczy ubezpieczenia w zakresie całej działalności Bull Polska, dodatkowo jeszcze wskazując, iż obejmuje to czynności podejmowane w związku z realizacją zamówień publicznych.

Natomiast domaganie się przez Odwołującego wykazania w jakiś odrębny sposób, iż prowadzona działalność jest związana z przedmiotem zamówienia, nie znajduje uzasadnienia w przepisach uwzględniając okoliczności niniejszej sprawy. Odwołujący nie kwestionował bowiem, iż spółka Bull Polska może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, ani zakresu działalności wynikającego z odpisu z rejestru przedsiębiorców KRS. Skład orzekający podziela pogląd, iż prowadzona działalność ma być tylko związana, a nie tożsama z przedmiotem zamówienia, co jest bardzo pojemną formułą. Jak to wskazała i przytoczyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 605/11): *w wyroku z dnia 12 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 560/09 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, jaki jest cel żądania od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia polisy ubezpieczeniowej, podnosząc, że: „Polisa ma służyć ocenie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a nie potwierdzać ubezpieczenie przedmiotu zamówienia. Powyższe wskazuje, iż polisa ma obrazować jedynie sytuację ekonomiczną i finansową wykonawcy. Jej żądanie nie służy wykazaniu, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia jest już przygotowany do realizacji umowy w wyższym stopniu niż pozostali wykonawcy, gdyż przedmiot jego polisy obejmuje przedmiot zamówienia”. Z kolei w wyroku z dnia 24 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 161/09 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Ratio legis wprowadzenia jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia oc w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonalisty dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Natomiast polisa oc w ramach wykazania spełniania warunku nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia. Nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia. Takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza*

47

ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy” (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1395/10). Zbieżne poglądy w tym zakresie wyraziła nadto Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z 4 marca 2011 r., sygn. akt KIO 350/11 (strona 21-22); z 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11 (strona 12-13); z 11 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 200/11 (strona 18); 25 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 51/11 (strona 34-35).

[Ad. IV – Konsorcjum Asseco]

Załączony do wniosku wykaz obejmuje 3 osoby dla których podano odpowiednio następujące informacje (w kolejności: *Funkcja / Wymagania dla danej funkcji, kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie potwierdzające spełnianie warunków określonych w ogłoszeniu o zamówieniu*): osoba 1 – Kierownik projektu / -mistrz w inżynierii oprogramowania 2001; - Kierownik projektu w FARA od stycznia 2009 r.; osoba 2 – Menadżer instalacji HW / -licencjat w dziedzinie inżynierii elektrycznej 2005; - odpowiedzialny za instalację i serwis HW w FARA od 2006 r.; osoba 3 – Menadżer konfiguracji SW / - odpowiedzialny za wszystkie instalacje i konfiguracje serwerów w FARA od 2007 r. W stosunku do wszystkich osób Konsorcjum Asseco wskazało jako podstawę dysponowania informacją *Będzie dysponował / zobowiązanie*. Bezpośrednio za wykazem zamieszczono *Pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia z 20 stycznia 2011 r., w którym norweska spółka FARA ASA z Trondheim oświadczyła, iż wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (...), może polegać na jej wiedzy i doświadczeniu w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz w trakcie realizacji zamówienia publicznego (...) prowadzonego przez Zarząd Transportu Miejskiego w Poznaniu. W tym celu oddaje wyżej wymienionemu Wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie upoważniamy spółkę Asseco Poland S.A. do potwierdzania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów udostępnionych przez FARA ASA na potrzeby niniejszego postępowania. Kolejnym dokumentem jest oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania złożone przez FARA ASA.*

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący zasadnie podnosi, iż z przytoczonych powyżej enigmatycznych informacji dotyczących wszystkich 3 osób nie wynika potwierdzenie doświadczenia odpowiadającego warunkowi udziału z ppkt. 5 pkt 6 ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto pomimo wskazania dla wszystkich tych osób, iż podstawą dysponowania jest zobowiązanie do udostępnienia, brak jest we wniosku pisemnego zobowiązania dotyczącego udostępnienia tych osób. Zdaniem składu orzekającego Izby nie zasługuje na akceptację stanowisko Przystępującego Asseco wyrażone na rozprawie, iż z samego faktu zamieszczenia pisemnego zobowiązania spółki FARA bezpośrednio po

wykazie osób jednoznacznie wynika, iż dotyczy ono właśnie udostępnienia tych osób, a informacja o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia jest tylko zbędnym dodatkiem. Tymczasem taka czy inna kolejność dokumentów, w żaden sposób nie zmienia tego, iż w treści tego zobowiązanie do udostępnienia zostało skonkretyzowano wyłącznie w stosunku do zasobów polegających na wiedzy i doświadczeniu. Poza tym przeczą temu stanowisku Przystępującego Asseco inne okoliczności towarzyszące wynikające z dokumentacji postępowania – załączenie jako kolejnego dokumentu oświadczenia spółki FARA o braku podstaw do wykluczenia w powiązaniu z rezultatem wezwania Konsorcjum Asseco do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. W ocenie składu orzekającego Izby w tej sytuacji wyjaśnienia złożone w tym zakresie na rozprawie nie mogą zostać uznane za wystarczające, gdyż na podstawie treści załączonego wykazu osób oraz pisemnego zobowiązania nie sposób stwierdzić, iż Konsorcjum Asseco potwierdziło spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób wskazany przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu.

[Ad. IV – Konsorcjum Sygnity]

Konsorcjum Sygnity wskazało w wykazie osób załączonym do wniosku (strony 62-64

wniosku) 4 osoby, dokonując opisu projektów wdrożeniowych, w których uczestniczyła dana osoba. Odwołujący zakwestionował wykazanie wymaganego doświadczenia w stosunku do dwóch spośród nich: osoby 2 i 4, wskazując iż są to wdrożenia, które nie odpowiadają warunkowi 4c. Ponieważ skład orzekający Izby, z powyżej wskazanych powodów, nie dopatrywał się w warunku 4c wymagania postulowanego przez Odwołującego (obsługi przez systemy transportowe środków publicznego transportu zbiorowego, zarówno szynowego, jak i drogowego) – w konsekwencji również oparty na tym postulat niniejszy zarzut nie może być uznany za zasadny.

[Ad. II]

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia, wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy pzp, stanowi jedną z fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych, zapewniającą transparentność prowadzonych przez zamawiających postępowań i pozwalającą urzeczywistnić przestrzeganie równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. Z uwagi na to, że jawność postępowania jest zasadą, zamawiający mogą ograniczać dostęp do informacji z nim związanych wyłącznie w przypadkach określonych ustawowo (art. 8 ust. 2 pzp). Jednocześnie już w przepisie art. 8 ust. 3 pzp wskazano taki wyjątek, związany z zakazem ujawniania przez Zamawiających informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie

49

Sygn. akt KIO 1024/11

składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane przy czym niedopuszczalne jest zastrzeganie informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 pzp (informacje obligatoryjnie odczytywane podczas otwarcia ofert).

Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zatem dana informacja może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnione są kumulatywnie trzy przesłanki: po pierwsze – musi ona posiadać wartość gospodarczą, niezależnie od tego czy ma oprócz tego charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, po drugie – nie została ujawniona do wiadomości publicznej, po trzecie – podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

Za nieujawnioną do wiadomości publicznej można uznać informację nieznaną ogółowi lub co najmniej osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej uzyskaniem. Przy czym może ona uzyskać status tajemnicy przedsiębiorstwa, wyłącznie w sytuacji, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych odbiorców (konkurentów) i wyrazi ją w sposób rozpoznawalny dla tych odbiorców, choćby w sposób dorozumiany. W przeciwnym razie dana informacja, choć może pozostać nieznana, nie uzyska waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, która może być skutecznie chroniona przed upowszechnieniem.

Jednocześnie przedsiębiorca ma bowiem obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewniają ochronę takiej nieznannej informacji przed ujawnieniem. Oceny niezbędności tych działań należy przeprowadzić w kategoriach obiektywnych z punktu widzenia *ex ante*, a nie *ex post*. Działania podjęte przez przedsiębiorcę muszą doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże

że informacja pozostanie Zatem prawdopodobieństwo, nieujawniona. bierność przedsiębiorcy również pod tym względem wyklucza uzyskanie przez nieznaną informację przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z powszechnie akceptowanym stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. III CZP 74/05) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na podstawie przepisów dotyczących zamówień publicznych zastrzeżenie przez wykonawcę zakazu udostępniania informacji składanych w toku tego postępowania staje się skuteczne dopiero w sytuacji gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że

Sygn. akt KIO 1024/11

zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W razie odmiennego wyniku przeprowadzonej przez zamawiającego weryfikacji, w tym stwierdzenia, że dane informacje są jawne na podstawie przepisów ustawy pzp lub odrębnych przepisów innych ustaw, ma on obowiązek ujawnienia ich w ramach prowadzonego przez siebie postępowania.

Skład orzekający Izby podziela pogląd, iż ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro to wykonawca dokonując zastrzeżenia chce skorzystać z odstępstwa od obowiązującej zasady jawności, a skuteczność tej czynności podlega ocenie zamawiającego, to ten wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji. W powyższej kwestii wielokrotnie wypowiadał się w orzeczeniach Sąd Najwyższy (wyrok SN z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00; wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00)

W przedmiotowym postępowaniu kluczowa dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia część wniosków złożonych przez: Bull, ITG, Konsorcjum Asseco, a w mniejszym zakresie przez Konsorcjum ASEC, została przez tych wykonawców utajniona z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, iż odstąpił od wzywania tych wykonawców do wyjaśnienia zasadności dokonanego zastrzeżenia zakazu ujawnienia informacji, gdyż z reguły pytani wykonawcy podtrzymują zasadność dokonanego zastrzeżenia. Zamawiający nie widział również podstaw do kwestionowania profesjonalizmu tych wykonawców również w tym zakresie. Nadto Zamawiający wyraził obawę przed konsekwencjami nieuprawnionego ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstw tych wykonawców. Zamawiający podtrzymywał jednocześnie na rozprawie, iż kwestia ta była przedmiotem analiz komisji przetargowej, która jednogłośnie *wydała dyspozycję* by potrzymać zastrzeżenia uczynione przez wszystkich wykonawców w pełnym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe, a także po zbadaniu znajdujących się w dokumentacji postępowania 4 protokołów z posiedzeń komisji przetargowej, skład orzekający Izby nie dał wiary, iż Zamawiający poczynił jakiegokolwiek działania w celu weryfikacji prawidłowości dokonanych przez wykonawców zastrzeżeń. Na rozprawie Zamawiający twierdził bowiem, iż w ogóle nie sporządza innych niż wymagane przepisami protokołów, względnie, że nie sporządza ich w razie jednomyślności członków komisji przetargowej. Tymczasem w żadnym ze sporządzonych protokołów brak informacji o rozbieżnościach pomiędzy członkami komisji w zakresie czynności, które dotyczą te protokoły. Natomiast jedynym widocznym zabiegiem Zamawiającego w toku badania i oceny ofert związanym z tajemnicą przedsiębiorstwa było

51

Sygn. akt KIO 1024/11

trwale zszycie zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów z dodanymi nieprzezroczystymi okładkami. Nawet jednak w tym zakresie, pomimo podnoszonych obaw z tytułu grożącej odpowiedzialności karnej i odszkodowawczej, Zamawiający nie był dokładny, dopuszczając do zapoznania się z częścią tych dokumentów przez Odwołującego, co znalazło odzwierciedlenie w argumentacji merytorycznej odwołania. Nie sposób uznać takie bezkrytyczne uznanie co do zasady skuteczności dokonanych zastrzeżeń za

z przywołanym powyżej przeprowadzenie weryfikacji zgodnie orzeczeniem

Sądu

Najwyższego.

W ocenie składu orzekającego Izby w istocie doszło zatem nie tyle do zaniechania odtajnienia, co zarzucał Odwołujący, a do zaniechania w ogóle jakiegokolwiek działania w tym zakresie. Zdaniem składu orzekającego Izby nie zasługuje na poparcie taka praktyka Zamawiającego, który oczekuje w tej sytuacji, iż to Izba w pełnym zakresie wyřęczy go z tego obowiązku. Wobec tego Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie takiego badania, co oznacza konieczność wezwania tych wykonawców do udowodnienia, iż zastrzeżone

informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a następnie dokonać odtajnienia dokumentów w całości lub części w zakresie informacji zastrzeżonych w sposób nieuprawniony. W zbliżonym stanie faktycznym takie stanowisko zajęła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 18 marca 2011 r., w sprawach sygn. akt: KIO 447/11, KIO 449/11 i KIO 452/11 (strona 23-24).

Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela również następujące poglądy wyrażone w treści uzasadnienia tego orzeczenia, które Zamawiający powinien potraktować jako wskazówki przy podejmowaniu decyzji o odtajnieniu dokumentów zastrzeżonych przez Przystępujących (Konsorcjum ASEC, Konsorcjum Asseco, Bull i ITG): *W ocenie Izby, stanowisko zamawiającego odnoszące się do powyższego zarzutu co do zasady jest słuszne. W świetle ugruntowanego orzecznictwa KIO informacje dotyczące umów zrealizowanych na rzecz zamawiających, które zostały zawarte w trybie ustawy Pzp, jako dostępne publicznie, stosownie do przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198 z późn. zmianami), nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać zastrzeżeniu przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co do zasady należy zgodzić się także z poglądem, iż mogą podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje dotyczące umów zawartych i zrealizowanych na rzecz podmiotów niepublicznych oraz dotyczące osób wskazanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Aby jednak uznać ww. informacje za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podlegające w związku z powyższym ochronie, konieczne jest wykazanie przez wykonawcę, że spełnione są w odniesieniu do danych informacji przesłanki, konieczne do uznania ich za*

52

Sygn. akt KIO 1024/11

tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) Izba wskazuje na marginesie, że powszechna praktyka zastrzegania przez wykonawców niejednokrotnie całych tomów dokumentów informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może być uznana za prawidłową. Zauważyć należy, że zastrzeżeniu podlegają informacje, a tym samym elementy treści dokumentów składanych przez wykonawców we wnioskach (lub ofertach). Nie jest uzasadnione w związku z powyższym zastrzeganie ujawnienia całości dokumentów wówczas, gdy tylko w części tego dokumentu znajduje się informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo, w przypadku uzasadnionego zastrzeżenia wartości zamówienia, nie zawsze zasadne będzie nieujawnienie nazwy podmiotu lub terminu wykonania zamówienia lub też innych okoliczności. W ramach wyjaśnień wykonawcy powinni szczegółowo uzasadnić podstawę do uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

[Ad. I – Konsorcjum ASEC]

W złożonym wniosku Konsorcjum ASEC oświadczyło, iż *informacje i dokumenty zawarte na stronach od 96 do 119 – stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zastrzegamy, że nie mogą one być udostępniane (pkt. 2 na stronie 2 wniosku). Na stronach tych znalazły się następujące dokumenty: Wykaz wykonanych dostaw zgodnie z załącznikiem nr 3 (do strony 99), referencje dotyczące poz. od 3 do 5 wykazu dostaw (strony 100-108), Oświadczenie poufności w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski (strony 109-119) – dokument pochodzący od faktycznego wykonawcy tych zamówień. Ten ostatni dokument składa się z właściwego oświadczenia dotyczącego poufności oraz informacji szczegółowych dotyczących pozycji wykazu od 3 do 5 oraz załączonych dwustronicowych dokumentów zawierających dalsze szczegółowe informacje dotyczące już każdej z osobna spośród tych realizacji. Treść oświadczenia dotyczącego poufności została sformułowana następująco: *Wszelkie informacje ujawnione w załączonym dokumencie są ściśle poufne i nie mogą zostać ujawnione żadnym osobom trzecim poza podmiotami odpowiadającymi za realizację i przeprowadzenie przetargu, które działają z ramienia władz miasta Poznań. Niniejszy dokument zawiera poufne informacje biznesowe dotyczące Klientów firmy (...), które podlegają ograniczonej dystrybucji i ujawnieniu.**

W piśmie z 22 marca 2011 r. złożonym w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 17 marca 2011 r. (L. dz. ZTM-NZ-2 3410/29/94/10/11), Konsorcjum złożyło oświadczenie, iż *informacje i dokumenty zawarte na stronach od 11 do 16 – stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i*

zastrzegamy, że nie mogą one być udostępniane. Na stronach tych znalazł się uzupełniony o nowe informacje wykaz dostaw z wniosku oraz dodatkowe pismo od podmiotu odpowiedzialnego za realizację zamówień z poz. 3-5 wykazu. Dodatkowo na stronie

53

Sygn. akt KIO 1024/11

tytułowej wykazu (strona 10 pisma) u dołu zamieszczono uwagę następującej treści: *Na okoliczność zastrzeżenia przez naszego podwykonawcę dokumentów dotyczących szczegółów jego referencji i na mocy podpisanej z nim umowy poufności wymienione na stronach od 11 do 16 informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu odpowiednich przepisów. Dodatkowo informujemy, że Wykonawca dochował również odpowiednich starań w celu zachowania ich poufności do czego zobowiązują nas przepisy o tajemnicy przedsiębiorstwa.*

Poza sporem jest okoliczności, iż Zamawiający pomimo tego zastrzeżenia umożliwił jednak Odwołującemu wgląd w wykaz dostaw. Skład orzekający Izby zauważa jednak, iż Zamawiający bezkrytycznie zaakceptował objęcie przez Konsorcjum ASEC tajemnicą całego wykazu, choć załączone oświadczenie o poufności podmiotu trzeciego, na które powołało się Konsorcjum ASEC, z powodów obiektywnych w ogóle nie dotyczy poz. 1 i 2 wykazu, gdyż nie są to zamówienia realizowane przez tego podwykonawcę. Otóż w poz. 1 i 2 wykazu Konsorcjum wskazało własne realizacje, a zatem objęło tajemnicą przedsiębiorstwa własne doświadczenie, w dodatku pierwsza z tych realizacji ewidentnie dotyczy wykonania umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego na podstawie ustawy pzp. Odnośnie poz. 2 wykazu skład orzekający Izby wskazuje, iż w postępowaniu na dostawę niespersonalizowanych blankietów dowodów osobistych wyposażonych w mikroprocesor wraz z oprogramowaniem middleware zapewniającym komunikację z mikroprocesorem i wykonanie projektu technicznego dowodu osobistego prowadzonym przez Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie, załączony do wniosku jednego z konsorcjów wykaz zrealizowanych zamówień i referencja w zakresie dotyczącym realizacji przez On Track Innovations Ltd. zamówienia na „Elektroniczne dokumenty tożsamości dla Republiki Ekwadoru” z wolumenem dostaw na poziomie 2 000 000, nie był objęty zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa (co wynika z uzasadnienia wyroku z 11 lutego 2011 r. w sprawie sygn. akt: KIO 171/11). Natomiast tzw. oświadczenie poufności podmiotu, który wykonał pozostałe 3 zamówienia z wykazu dotyczy informacji w nim zawartych oraz w załączonych dokumentach – szczegółowo objaśniających zakres zrealizowanego zamówienia, natomiast nie dotyczy referencji wystawionych przez odbiorców tych dostaw czy usług. Natomiast okoliczność tzw. sprywatyzowania rynku transportu publicznego w Holandii nie oznacza, iż zamówienia te nie są realizowane w systemie koncesyjnym, zbliżonym do reżimu postępowań o udzielenie zamówień publicznych, a zatem informacje o nich lub przynajmniej ich część (na co wskazują wydruki ze strony internetowej Prodata Mobility Systems NV/SA przedstawione w toku rozprawy przez Odwołującego) mają charakter jawny.

Skład orzekający Izby na marginesie zauważa także, iż wyłącznie perswazyjny

54

Sygn. akt KIO 1024/11

charakter ma powołanie się przez Konsorcjum ASEC dla uzasadnienia dokonanego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu dostaw i referencji na wymieniony wyrok z w sprawach sygn. akt: KIO 171/11, KIO 172/11, gdyż z uzasadnienia tego orzeczenia wynika, iż prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy dokumentów przez WASKO nie była objęta zakresem tego orzeczenia: *Odnośnie elementu „a” warunku z Sekcji III.2.1 pkt 1.1 ogłoszenia Izba nie stwierdziła, iż Zamawiający nie miał podstaw do oceny, iż wykonawca ten potwierdził spełnianie warunku w złożonym wykazie i referencjach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, której Odwołujący nie kwestionował, opierając zarzut wyłącznie na fakcie wezwania Przystępującego WASKO w zakresie lit. „a” warunku przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów.*

[Ad. I – Konsorcjum ASSECO]

Konsorcjum Asseco nie załączyło do wniosku, ani wykazu wykonanych zamówień,

ani dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. Pismem z 17 marca 2011 r. (L. dz. ZTM-NZ-2 3410/29/88/10/11) Zamawiający, wskazując, iż działa na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 pzp, wezwał Konsorcjum między innymi (wezwanie dotyczyło też trzech innych typów dokumentów: pełnomocnictwa, aktualnego odpisu z rejestru oraz dowodu opłacenia załączonej do wniosku polisy OC) do uzupełnienia wniosku o wykaz wykonanych dostaw/usług *w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia*, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy/usługi zostały wykonane należyście. W piśmie z 23 marca 2011 r. Konsorcjum Asseco, nawiązując do treści wezwania, wymieniło w punktach składane typy dokumentów, w pkt. 4 wskazując, iż składa wykaz wykonanych dostaw/usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, oraz dokumenty potwierdzające, że zostały one wykonane należyście, zastrzegając (pogrubioną czcionką), iż *informacje zawarte w wykazie wykonanych dostaw/usług oraz listy referencyjne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie nie mogą być udostępniane innym uczestnikom postępowania*. Analogicznej treści oświadczenie zostało powtórzone następnie na stronie 22, bezpośrednio przed wykazem, mieszczącym się aż do strony 28, za którym z kolei zostały zamieszczone referencje, w tym w językach obcych wraz z tłumaczeniem na język polski, w sposób ciągły aż do strony 73. Natomiast na stronach od 74 do 96 znajdują się 4 zestawy dokumentów w następującym układzie: zobowiązanie do udostępnienia zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia, dokument rejestrowy podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby, uzupełniony ewentualnie o pełnomocnictwo do podpisania zobowiązania i w jednym przypadku o oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia.

Z powyższych ustaleń wynika zatem, iż dokumenty obejmujące pisemne

Sygn. akt KIO 1024/11

zobowiązania podmiotów trzecich, a także dokumenty rejestrowe tych podmiotów, nie zostały wprost wskazane przez Konsorcjum Asseco w piśmie przewodnim, w szczególności zaś nie zostały wymienione jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Również wykaz wykonanych zamówień, sporządzony na wzorze przygotowanym przez Zamawiającego, zawiera jedynie wynikające z tego wzoru odesłanie do dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, nie wspominając jednak nic o zobowiązaniach do udostępnienia zasobów, ani o tym, że są one również objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem sądu orzekającego Izby nie można domniemywać dokonania takiego zastrzeżenia, jako wyjątku od obowiązującej zasady jawności, wyłącznie na tej podstawie, że w przypadku bazowania na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów ocena potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dokonywana jest z uwzględnieniem co najmniej dokumentu obejmującego pisemne zobowiązanie do udostępnienia tych zasobów. Również w tym zakresie Zamawiający wykazał brak konsekwencji i odmienne traktowanie wniosków poszczególnych wykonawców, gdyż w przypadku Konsorcjum ASEC, pomimo zamieszczenia na każdej stronie dokumentu utajnionego stosownej formułki, ujawnił Odwołującemu część z tych dokumentów, natomiast w przypadku Konsorcjum Asseco odmówił dostępu do dokumentów wniosku w zakresie wykraczającym poza dokonane wprost zastrzeżenie objęcia konkretnie wskazanych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z kolei argumentacja podnoszona przez Konsorcjum Asseco na rozprawie, iż tą informacją mającą wartość gospodarczą jest właśnie ten skład zespołu podmiotów, które zechciały mu udostępnić swoją wiedzę i doświadczenie, stawia pod znakiem zapytania skuteczność dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z jednej strony, nie wymieniając zobowiązań tych podmiotów, ani ich dokumentów rejestrowych wśród dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, Konsorcjum nie wyraziło jasno na zewnątrz swojej woli w tym zakresie, a zatem zastrzeżenie zostało dokonane w tym zakresie w sposób nieudolny. Z drugiej strony, skoro tajemnicę miałyby stanowić tożsamość tych podmiotów, to nie ma powodów by uznać za zasadne zastrzeżenie całości informacji wynikających z wykazu dostaw/usług i załączonych referencji. Nadto Izba ustaliła na podstawie tego wykazu i załączonych referencji, iż większość z nich dotyczy zamówień wykonanych na rzecz podmiotów publicznych (samorządów lokalnych), co czyni wątpliwym, iż informacje dotyczące tych realizacji nie są jawne.

[Ad. I – Bull]

Wykonawca Bull już na stronie 1 (tytułowej) wniosku zamieścił następujące oświadczenie: *Oświadczam, iż dokumenty oznaczone jako: -Wykaz osób, -Wykaz dostaw/usług, -Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw/usług, -Zobowiązania innych podmiotów w trybie art. 26 ust. 2b Pzp (wraz z dokumentami związanymi) zawierają*

56

Sygn. akt KIO 1024/11

tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zastrzegam zgodnie z art. 8 ust. 3 pzp, iż nie mogą być one udostępniane. Na stronie 43 przed wykazem osób (strony 44-45 wniosku) dodatkowo zamieszczono odrębne oświadczenie: *oświadczam, iż niniejsze dokumenty zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zastrzegam zgodnie z art. 8 ust. 3 pzp, iż nie mogą być one udostępniane,* analogicznej treści oświadczenie znalazło się również na 46 stronie zatytułowanej *Pisemne zobowiązanie innych podmiotów w trybie art. 26 ust. 2b Pzp* (same zobowiązania zamieszczono na stronach 48-49 wniosku), za którymi znalazły się również oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, dokumenty rejestrowe i inne dokumenty urzędowe dotyczące podmiotów trzecich (strony 50-57 wniosku). Natomiast do wniosku nie załączono w ogóle wykazu zrealizowanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należytą realizację.

Natomiast w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 17 marca 2011 r. (L dz. ZTM-NZ-2 3410/29/89/10/11), wzywające na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia wniosku o dowód opłacenia polisy OC, jak również wykaz wykonanych dostaw/usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy/usługi zostały wykonane należycie – wykonawca Bull złożył pismo z 23 marca 2011 r. *Wniosek o uzupełnienie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wraz z załączonymi dokumentami.* Na stronie 4 tego pisma przewodniego wyliczono jako załączniki: 1. *Dowód opłacenia umowy ubezpieczenia OC,* 2. *Wykaz dostaw/ usług,* 3. *Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw/ usług [punkt ten pogrubiono]* 4. *Upoważnienie do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów spółki Mikroelektronika,* 5. *Oświadczenie spółki Unicard S.A. o udostępnieniu potencjału spółce Bull Polska Sp. z o.o.,* 6. *Oświadczenie spółki Unicard S.A. o braku podstaw do wykluczenia z postępowania,* 7. *Aktualny odpis KRS spółki Unicard S.A.,* 8. *Upoważnienie do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów spółki Unicard S.A.,* 9. *Umowa spółki Bull SAS [ponownie punkt ten pogrubiono],* 10. *Raport ze spotkania jedyne go akcjonariusza spółki Bull SAS.* Następnie w ramce poniżej zawarto pogrubionym drukiem Oświadczenie następującej treści: *Oświadczam, iż dokumenty oznaczone jako: Dowód opłacenia umowy ubezpieczenia OC, Wykaz dostaw/usług, Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw/ usług, Umowa spółki Bull SAS - zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zastrzegam zgodnie z art. 8 ust. 3 pzp, iż nie mogą być one udostępniane.* Do pisma załączono wszystkie dokumenty wymienione w spisie załączników.

Wreszcie w piśmie z 20 kwietnia 2011 r. w odpowiedzi na wezwanie z 14 kwietnia

57

Sygn. akt KIO 1024/11

2011 r. przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do wyjaśnień bezpośrednio po treści tych wyjaśnień zamieszczone zostało podkreślone oświadczenie: *Jednocześnie oświadczamy, że wszelkie informacje zawarte w niniejszym piśmie, dotyczące informacji wskazanych wcześniej w przedstawionym wykazie wykonanych dostaw/usług lub dokumentach potwierdzających należyte wykonanie dostaw/usług, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i tym samym nie mogą być udostępniane.*

Z przedstawionych powyżej okoliczności faktycznych wynika, iż również Przystępujący Bull w sposób czytelny dla odbiorców nie wyraził woli objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zobowiązań podmiotów trzecich, które udostępniły mu wiedzę i doświadczenie. Wręcz przeciwnie, dokonując przy każdej czynności szczegółowych wyliczeń

dokumentów zawierających informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i wyłączając przy późniejszej czynności uzupełnienia dokumentów wniosku z tego zakresu wyliczone jako załączniki dokumenty obejmujące takie zobowiązania – wywołał tym samym u odbiorców uzasadnione wrażenie, iż jest to jego świadoma i przemyślana decyzja.

Wykonawca Bull posunął się przy tym dalej niż Konsorcjum Asseco i podał wprost w treści pisma przewodniego do uzupełnionych dokumentów nazwy podmiotów, które udostępniły mu zasoby, pozwalając na ich jednoznaczną identyfikację. Wobec ujawnienia nazw tych podmiotów przez samego Przystępującego Bull, niezrozumiałe jest jego stanowisko na rozprawie, iż tak jak w przypadku konsorcjum Asseco wartość gospodarczą mają dla niego nieujawnione informacje o zespole podmiotów udostępniających mu zasoby. Na rozprawie Przystępujący Bull wskazał natomiast nadto, iż w jego przypadku informacją mającą wartość gospodarczą zawartą w wykazie zrealizowanych zamówień i referencji, które złożył, jest także pewien pakiet doświadczenia zgromadzonego na potrzeby przedmiotowego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, który jednak może być także użyteczny w innych postępowaniach. W ocenie składu orzekającego Izby stanowisko to nie zasługuje na uwzględnienie, nie tylko z tego względu, że nie stanowi wykazania przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Trudno bowiem podzielać stanowisko, iż konsekwencją korzystania z instytucji udostępnienia zasobów wynikającą z przepisu art. 26 ust. 2b pzp ma być możliwość ukrycia „tożsamości” i doświadczenia podmiotów trzecich udostępniających swoją wiedzę i doświadczenie, odmiennie niż w sytuacji gdyby podmioty te były jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia.

Nadto Izba ustaliła na podstawie tego wykazu i załączonych referencji, iż duża ich część dotyczy zamówień wykonanych na rzecz podmiotów publicznych, co czyni wątpliwym, iż informacje dotyczące tych realizacji nie są jawne. Natomiast zawarcie w wykazie również własnych realizacji spółki Bull na rzecz takich podmiotów, również czyni wątpliwym uznanie

Sygn. akt KIO 1024/11

tych informacji za spełniające kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa.

[Ad. I – ITG]

Również Wykonawca ITG nie załączył w ogóle do wniosku wykazu zrealizowanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Zostały one załączone dopiero do pisma z 25 marca 2011 r. złożonym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 18 marca 2011 r. (pismo znak L dz. ZTM-NZ-2 3410/29/101/10/11) dokonane na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 pzp, do uzupełnienia wniosku o wykaz wykonanych dostaw/usług *w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia*, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy/usługi zostały wykonane należyście. W piśmie tym Wykonawca ITG, po wymienieniu 4 typów dokumentów: informacji z banku, dowodu opłacenia polisy OC, wykazu dostaw/ usług wraz z dokumentami potwierdzającymi oraz wykazu osób, zawarł oświadczenie następującej treści: *Oświadczam, iż dokumenty oznaczone jako: 1. Wykaz dostaw/usług – strony od 14 do 17, Umowa spółki Bull SAS – str. od 27 do 64, 3. Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw/usług – strony od 90 do 125, 4. Wykaz osób – strona 126, zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zastrzegam zgodnie z art. 8 ust. 3 pzp, iż nie mogą być one udostępniane*. Skład orzekający Izby ustalił, iż na wskazanych stronach znajdują się wymienione typy dokumentów. Natomiast na pozostałych stronach znalazły się: na 18 – pełnomocnictwo od zarządu Bull S.A.S. dla pełnomocnika, na 19-26 – dokument rejestrowy Bull S.A.S., na 65 – upoważnienie od Bull S.A.S. dla ITG do potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących tego podmiotu, 66 – zobowiązanie Mikroelektroniki s.r.o. do udostępnienia ITG wiedzy i doświadczenia, na 67-70 – dokument rejestrowy dotyczący Mikroelektroniki, na 71-72 – inny dokument urzędowy dotyczący tego podmiotu, na 73-74 – oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia Mikroelektroniki, na 76 – zobowiązanie Bull Polska do udostępnienia ITG wiedzy i doświadczenia, na 77-80 – odpis z KRS Bull Polska, na 81 – oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia Bull Polska, na 82 – upoważnienie do poświadczania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów dotyczących Bull Polska, na 83 – zobowiązanie Unicard S.A. do udostępnienia wiedzy i doświadczenia ITG, na 84-87 – odpis z KRS Unicard, na 88 –

oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia Unicard, na 89 – upoważnienie do poświadczania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów dotyczących Unicard.

W przypadku Przystępującego ITG również aktualne są powyżej poczynione uwagi względem Przystępującego Bull. Wykonawca ten przez swoje działania z tym że w toku postępowania wykonawca ten przez swoje działania w toku postępowania jeszcze dobitniej wykazał, iż sam nie uważa za tajemnicę przedsiębiorstwa skład grupy podmiotów, które udostępniły mu wiedzę i doświadczenie na potrzeby wykazania spełniania warunku udziału w

59

Sygn. akt KIO 1024/11

postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 60d ust. 2, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 26 ust. 3, art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1-3, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z przepisami § 3 pkt. 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożyły się: uiszczony wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego Konsorcjum WASKO w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonej do akt faktury VAT, obniżając jego wysokość do kwoty 3600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

60