

Sygn. akt: KIO 732/21

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 29 marca 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 roku przez GMV Innovating Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Miasta Gdańska – Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska oraz Gmina Miasta Gdańska – Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku w imieniu i na rzecz których działa Gmina Miasta Gdańska – Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska

przy udziale:

- A) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Aldesa Construcciones Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania oraz Mptechnology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt 732/21 po stronie Odwołującego

- B) wykonawcy Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt 732/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje Zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawcy Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji odrzucenie ofert na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

W pozostałym zakresie zarzut odwołania uznaje za niezasadny.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gmina Miasta Gdańska – Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska oraz Gmina Miasta Gdańska – Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku w imieniu i na rzecz których działa Gmina Miasta Gdańska – Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska i:
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę GMV Innovating Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od Zamawiającego Gmina Miasta Gdańska – Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska oraz Gmina Miasta Gdańska – Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku w imieniu i na rzecz których działa Gmina Miasta Gdańska – Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska rzecz GMV Innovating Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 15 733,32 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy siedemset trzydzieści trzy złote trzydzieści dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika proporcjonalnie do rozpoznania zarzutów odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Miasta Gdańska – Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska oraz Gmina Miasta Gdańska – Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku w imieniu i na rzecz których działa Gmina Miasta Gdańska – Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska (zgodnie z Porozumieniem w sprawie zasad udzielenia zamówienia wspólnego dotyczącego realizacji zadania pn.: Nowe tablice informacji pasażerskiej na terenie Gminy Miasta Gdańska w ramach GPKM - etap IVa" zawartego w Gdańsku w dniu 10 stycznia 2020 roku – w katach sprawy odwoławczej) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Nowe tablice informacji pasażerskiej na terenie Gminy Miasta Gdańska w ramach GPKM - etap IVa - obejmujące zaprojektowanie, wykonanie, dostawę i montaż kompletnego systemu*”,

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 sierpnia 2020 roku pod numerem 2020/S 162-391628.

8 marca 2021 roku działając na podstawie art. 513 ustawy Prawo zamówień publicznych („Nowe PZP”) i art. 505 ust. 1 Nowego PZP w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Nowego PZP w związku z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych („Przepisy Wprowadzające”) Odwołujący zaskarżył czynność podjętą przez Zamawiającego, polegającą na wyborze w dniu 26 lutego 2021 roku oferty złożonej w Postępowaniu przez „Sprint” Spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Sprint i zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Sprint z Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych („PZP”) w zw. z art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 87 ust. 1 PZP w zw. art. 7 ust. 1 PZP przez wezwanie wykonawcy Sprint do uzupełnienia Raportów dotyczących oferowanego w Postępowaniu w przedmiotu zamówienia tj. tablic Systemu Informacji Pasażerskiej, podczas gdy Raporty powinny być zostać złożone wraz z ofertą, a jako stanowiące treść oferty sensu stricto nie podlegają uzupełnieniu, co w konsekwencji skutkowało brakiem odrzucenia oferty

Sprint niezgodnej z treścią SIWZ, a ponadto jest niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców, bowiem pozostali wykonawcy złożyli Raporty w wymaganym terminie, tj. wraz z ofertą,

ewentualnie:

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 26 ust 4 PZP przez wezwanie wykonawcy Sprint do wyjaśnienia treści Raportów Sprint złożonych w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia, podczas gdy zakres informacji, których żądał Zamawiający obligował go do skorzystania z procedury uzupełnienia Raportów Sprint, które jednak już wcześniej zostały uzupełnione przez Sprint, co w konsekwencji skutkowało brakiem odrzucenia oferty Sprint niezgodnej z treścią SIWZ,
- 3) art. 24 ust. 4 pkt 16 lub 17 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 18 lub 19 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sprint z Postępowania podczas gdy wykonawca Sprint, w wyniku Zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu w JEDZ informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 19 PZP, ponieważ przy przygotowaniu oferty w Postępowaniu wykonawca Sprint korzystał ze wsparcia/ usług spółki Microsystem Sp. z o.o., która brała udział w przygotowaniu Postępowania oraz doradzała Zamawiającemu podczas Postępowania, a wykonawca Sprint mógł pozyskać lub próbować pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

ewentualnie:

- 4) art. 24 ust. 10 PZP w związku z art. 24 ust. 1 pkt 19 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez zaniechanie wezwania wykonawcy Sprint do udowodnienia, że korzystanie przez wykonawcę Sprint ze wsparcia/usług spółki Microsystem Sp. z o.o., która brała udział w Przygotowaniu Postępowania, nie zakłóci konkurencji w Postępowaniu;
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sprint z Postępowania podczas gdy wykonawca Sprint, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących spełniania warunków udziału w Postępowaniu, określonych w sekcji III.1.3 pkt 3 ppkt 3 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale V lit.

C pkt. 3 ppkt 3 SIWZ.

Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z dnia 26 lutego 2021 roku oraz odrzucenia oferty Sprint lub wykluczenia wykonawcy Sprint z Postępowania,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest uprawniony bowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 Nowego PZP. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku. Oferta Odwołującego jest obecnie sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert w Postępowaniu. W związku bowiem z zastosowaniem przez Zamawiającego procedury odwróconej z art. 24aa ust. 1 PZP, wykonawca sklasyfikowany na drugim miejscu w rankingu ofert nie został na chwilę obecną sprawdzony pod kątem przesłanek wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Tym samym, brak weryfikacji podmiotowej wszystkich wykonawców stwarza możliwość zakwestionowania czynności Zamawiającego bez względu na obecnie zajmowane przez Odwołującego miejsce w rankingu ofert. Uwzględnienie odwołania może bowiem pozwolić Odwołującemu na znalezienie się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, zawarcie umowy o zamówienie, dla którego prowadzone jest Postępowanie, a w konsekwencji - na jego realizację i osiągnięcie zakładanego podczas jego realizacji zysku.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest realizacja w trybie

„zaprojektuj i wybuduj” zadania inwestycyjnego pod nazwą „*Nowe tablice informacji pasażerskiej na terenie Gminy Miasta Gdańska w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - etap IVa - obejmujące zaprojektowanie, wykonanie, dostawę i montaż kompletnego systemu.*”

Wymagania dotyczące tablic Systemu Informacji Pasażerskiej zostały sprecyzowane w Załączniku nr 10 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia („OPZ”). Z punktu widzenia niniejszego odwołania, kluczowe są następujące parametry sprecyzowane w OPZ:

- jasność matrycy LED (pkt 2.1 ppkt 7) OPZ),
- jasność kompletnej tablicy z szybą i pozostałymi osłonami (pkt 2.1 ppkt 8) OPZ),
- jasność jednej diody stosowanej do produkcji gotowej tablicy (pkt 2.1 ppkt 9) OPZ).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał potwierdzenia tych parametrów już w momencie złożenia oferty w Postępowaniu, przez dostarczenie przez producenta wyników z pomiarów i badań przeprowadzonych podczas testów na etapie produkcji (dalej jako „Raporty”).

- Jasność matrycy LED - min. 5000 cd/m², a w zamkniętej obudowie z szybą min. 2 200 cd/m². Producent musi dostarczyć wyniki z pomiarów i badań przeprowadzonych podczas testów na etapie produkcji tablic potwierdzających ten parametr i złożyć wraz z ofertą.
- jasność kompletnej tablicy z szybą i pozostałymi osłonami przynajmniej 2 200 cd/m² Producent musi dostarczyć wyniki z pomiarów i badań przeprowadzonych podczas testów na etapie produkcji tablic potwierdzających ten parametr i złożyć wraz z ofertą.
- jasność jednej diody stosowanej do produkcji gotowej tablicy musi wynosić 600 cd/m² Producent musi dostarczyć wyniki z pomiarów i badań przeprowadzonych podczas laboratorium badawcze potwierdzających ten parametr i złożyć wraz z ofertą.

W dniu 28 września 2020 roku, w toku udzielania wyjaśnień dotyczących treści SIWZ, Zamawiający wykreślił pkt 2.1 ppkt 9) OPZ, tj. parametr dotyczący jasności jednej diody stosowanej do produkcji gotowej tablicy (odpowiedź na pytanie nr 35).

Parametry określone w pkt 2.1 ppkt 7) OPZ (jasność matrycy LED) oraz w pkt 2.1 ppkt 8) OPZ (jasność kompletnej tablicy z szybą i pozostałymi osłonami) pozostały bez zmian, podobnie jak konieczność przedłożenia wraz z ofertą Raportów potwierdzających ich spełnianie.

Następnie, w dniu 6 października 2020 roku, Zamawiający po raz kolejny potwierdził obowiązywanie zapisów pkt 2.1 ppkt 7) oraz ppkt 8) OPZ w niezmienionym kształcie. W odpowiedzi na pytania jednego z wykonawców wnioskującego o usunięcie wymagania przedłożenia wraz z ofertą Raportów Zamawiający odparł wprost, że „nie przewiduje zmiany zapisu. Zamawiający wychodzi z założenia, że Wykonawca zna oferowany produkt oraz dysponuje jego dokumentacją, potwierdzająca wszystkie parametry” (odpowiedzi na pytania nr 86 i 87).

Dowód: OPZ obowiązujący w Postępowaniu (Załącznik nr 4 do odwołania), Odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SiWZ z 28 września 2020 roku (Załącznik nr 5 do odwołania), Odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ z 6 października 2020 roku {Załącznik nr 6 do odwołania).

W wyznaczonym w Postępowaniu terminie składania ofert Zamawiający otrzymał cztery oferty, w tym ofertę Odwołującego oraz ofertę Sprint.

Do oferty Sprint, nie zostały załączone Raporty, podczas gdy pozostali wykonawcy przedstawili Raporty wraz z ofertą.

Następnie Zamawiający prowadził badanie oferty Sprint, wzywając wykonawcę do złożenia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 1 PZP, a także badanie w kierunku rażąco niskiej ceny. W dniu 18 stycznia 2021 roku Zamawiający wybrał ofertę Sprint jako najkorzystniejszą w Postępowaniu, mimo niezłożenia przez niego Raportów.

W dniu 21 stycznia 2021 roku Zamawiający unieważnił jednak czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, a także zdecydował się zwrócić do Sprint w trybie art. 26 ust. 3 PZP o przedłożenie Raportów.

W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia Raportów, w dniu 26 stycznia 2021 roku Sprint przedłożył następujące dokumenty:

- wyciąg ze sprawozdania z badań TIP,
- dokument określający jasność matrycy,
- deklarację zgodności oraz
- kartę katalogową diody (łącznie „Raporty Sprint”).

Dowód: Wezwanie do uzupełnienia Raportów z 21 stycznia 2021 roku (Załącznik nr 7 do odwołania). Odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia Raportów z 26 stycznia 2021 roku {Załącznik nr 8 do odwołania).

W dniu 17 lutego 2021 roku Zamawiający działając w trybie art. 26 ust. 4 PZP wezwał Sprint do złożenia wyjaśnień dotyczących treści Raportów Sprint wobec niepotwierdzenia przez nie parametrów, które winny być wykazane w oparciu o Raporty (tj. niepotwierdzenia parametrów z pkt 2.1 ppkt 7 oraz ppkt 8 OPZ, a także z usuniętego uprzednio pkt 2.1 ppkt 9 OPZ).

W dniu 22 lutego 2021 roku Sprint odniósł się do wątpliwości Zamawiającego dotyczących treści Dokumentów Sprint.

Dowód: Wezwanie do złożenia wyjaśnień dot. treści Raportów Sprint z 17 lutego 2021 roku (Załącznik nr 9 do odwołania), Odpowiedź wezwanie do złożenia wyjaśnień dot. treści Raportów Sprint z 22 lutego 2021 roku (Załącznik nr 10 do odwołania).

W dniu 26 lutego 2021 roku Zamawiający wybrał ofertę Sprint jako najkorzystniejszą w Postępowaniu.

W zakresie zarzutów odwołania dotyczących nieuprawnionego wezwania do uzupełnienia raportów oraz następnie wyjaśnieniach ich treści:

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Sprint do uzupełnienia Raportów z uwagi na charakter tych dokumentów, które w niniejszym Postępowaniu stanowią bezpośrednio treść oferty sensu stricte. W szczególności zaś nie można kwalifikować Raportów jako dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 2 PZP.

O powyższym świadczy szereg okoliczności. Po pierwsze, Zamawiający wymagał złożenia Raportów już wraz z ofertą, o czym świadczą kolejno:

- (i) literalny zapis pkt. 2. 7 i 8 OPZ oraz
- (ii) brak skierowania do Sprint wezwania do złożenia Raportów w trybie art. 26 ust. PZP (które musiałyby zostać skierowane, gdyby Raporty stanowiły jedynie dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) PZP).

Po drugie - Odwołujący wskazał na charakter Raportów, które w Postępowaniu były jedynym dokumentem, w obrębie którego wykonawca precyzował jakie konkretnie świadczenie, tj. tablice Systemu Informacji Pasażerskiej, oferuje Zamawiającemu określając model i producenta tablicy. Okoliczność ta ma przy tym doniosłe znaczenie praktyczne. W zaistniałej w Postępowaniu sytuacji Sprint mógł bowiem zapoznać się z ofertami pozostałych wykonawców (którzy, zgodnie z wymaganiem sformułowanym w OPZ, przedłożyli Raporty wraz z ofertą) i dopiero wówczas dookreślić przedmiot swojego świadczenia. Nie ulega przy tym wątpliwości, że okoliczność, iż oferta Sprint znajdowała się na pierwszym miejscu w rankingu ofert z pewnością pozytywnie wpłynęłaby na jego pozycję

negocjacyjną w rozmowach z producentami tablic, chociażby tych, które zaoferowali pozostali wykonawcy. Taką zaś sytuację należy uznać za niezgodną z zasadą równego traktowania wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniała już analogiczne stany faktyczne. Tytułem przykładu, w wyroku z 15 listopada 2017 roku, sygn. akt KIO 2319/17 zakwestionowane zostało dopuszczenie przez zamawiającego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 PZP szczegółowych opisów technicznych i/lub funkcjonalnych w postaci prospektów lub folderów lub katalogów producenta już po upływie terminu składania ofert. odwołujący zauważył, że analogiczna sytuacja zachodzi również w niniejszym Postępowaniu zwracając uwagę, że pierwotnie Zamawiający wybrał ofertę Sprint mimo braku dysponowania Raportami odnoszącymi się do oferowanego przez niego przedmiotu świadczenia. Dopiero 21 stycznia 2021 roku Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty Sprint jako najkorzystniejszej i - próbując sanować niedopatrzenie Sprint polegające na braku złożenia Raportów wraz z ofertą - wezwał go do uzupełnienia Raportów. Wobec braku złożenia przez Sprint Raportów wraz z ofertą, powinna podlegać ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

Jedynie z daleko posuniętej ostrożności jak podał Odwołujący - wskazał, że nawet gdyby uznać, że Raporty mogły zostać uzupełnione przez Sprint w trybie art. 26 ust. 3 PZP (z czym Odwołujący się nie zgadza), to i tak Sprint nie wykorzystał „rzuconego mu przez Zamawiającego koła ratunkowego”. Ze złożonych w dniu 26 stycznia 2021 roku Raportów Sprint w dalszym ciągu nie wynikało bowiem spełnianie przez tablice parametrów, o których mowa w pkt 2.1 ppkt 7 oraz ppkt 8 OPZ, tj. nie doszło do złożenia Raportów w rozumieniu OPZ (czyli wyników z pomiarów i badań potwierdzających wymagane parametry).

Zgodnie z pkt. 2.7 i 2.8 OPZ przedkładając Raporty wykonawca winien był wykazać dwa parametry tablic informacyjnych:

- a) jasność matrycy LED - min. 5000 cd/m²,
- b) a w zamkniętej obudowie z szybą (jasność kompletnej tablicy z szybą i pozostałymi osłonami przynajmniej) min. 2 200 cd/m².

Zamawiający zaznaczył przy tym, że: *Producent musi dostarczyć wyniki z pomiarów i badań przeprowadzonych podczas testów na etapie produkcji tablic potwierdzających ten parametr i złożyć wraz z ofertą. W odpowiedzi na pytanie nr 86 i 87 do SIWZ (zestaw z dnia 6 października 2020 r. opublikowany 9 października 2020 r), w którym jeden z wykonawców wnosił o możliwość zmiany tego wymagania Zamawiający wyjaśnił, że: Zamawiający wychodzi z założenia, że Wykonawca zna oferowany produkt oraz dysponuje jego dokumentacją, potwierdzającą wszystkie parametry.*

Zamawiający podjął jeszcze jedną próbę sanowania niedopatrzenia Sprint i wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych Raportów Sprint. Należy jednak wskazać, że postanowienia OPZ jasno precyzowały, że wykazanie spełniania parametrów mogło nastąpić tylko przy pomocy Raportów w rozumieniu OPZ. Skoro zaś Sprint w ogóle nie złożył prawidłowych dokumentów w tym zakresie (z pewnością Zamawiający nie mógł po raz kolejny wezwać do ich uzupełnienia z uwagi na naruszenie zasady „jednokrotności wezwania” do uzupełnienia), to oświadczenie własne złożone w trybie art. 26 ust. 4 PZP należy uznać za niewystarczające w tym zakresie.

Sprint nie zachował w niniejszym Postępowaniu należytej staranności, nie składając Raportów wraz z ofertą. Zamawiający nie był zaś uprawniony do sanowania niedopatrzenia Sprint poprzez skierowanie wezwania do uzupełnienia Raportów. Ponadto, Sprint nie zachował również należytej staranności w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia Raportów, przedkładając Raporty Sprint, z których nie wynikały parametry wymagane OPZ. Zamawiający nie był zaś uprawniony do sanowania niedopatrzenia Sprint przez skierowanie wezwania do wyjaśnienia treści Raportów Sprint. W efekcie oferta Sprint podlega odrzuceniu z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ obowiązującą w Postępowaniu.

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego zaniechania wykluczenia Sprint z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd lub ewentualne zaniechanie Sprint do udowodnienia braku zakłócenia konkurencji.

Program Funkcjonalno-Użytkowy („PFU”) dla Postępowania został sporządzony przez spółkę Microsystem Sp. z o.o. („Microsystem”).

Dowód: PFU, strona tytułowa (Załącznik nr 11 do odwołania).

Spółka Microsystem, jako wykonawca PFU, została wyłoniona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego dla realizacji zadania pn.: „Nowe tablice informacji pasażerskiej na terenie Gminy Miasta Gdańsk w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - etap IVA” obejmujących łącznie 84 lokalizacji w różnych częściach miasta. Nr postępowania: I/PNE/105/2018/MS. Zgodnie z OPZ dla postępowania w zakres obowiązków Microsystem wchodziło m.in.:

2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia:

2.1. Przedmiotem zamówienia jest opracowanie programu funkcjonalno - użytkowego dla realizacji zadania, polegającego na dostawie i montażu na wybranych przystankach komunikacji miejskiej 84 szt. tablic Systemu Informacji Pasażerskiej (SIP) wraz z Platformą służącą do zarządzania nimi.

Opracowanie obejmować powinno również możliwość włączenia do powyższej Platformy tablic dotychczas funkcjonujących na terenie Gminy Miasta Gdańska, a także przewidywać

perspektywę rozbudowy sieci tablic SIP w najbliższym okresie do łącznej ilości 270 szt.

W ramach prac nad częścią B dotyczącą kwestii organizacyjnych Wykonawca winien określić takie elementy jak:

- 5. Ustalenie szczegółowego sposobu włączenia wybudowanej infrastruktury technicznej do istniejącej sieci będącej w zasobie Gminy Miasta Gdańsk w tym sposób zintegrowania z istniejącym Systemem TRISTAR.
Zamawiający przewiduje, że część z lokalizacji, zlokalizowanych poza zasięgiem istniejącej infrastruktury teletechnicznej, posiadać będzie łączność bezprzewodową.*
- 6. Uzgodnienia z Zarządem Transportu Miejskiego w Gdańsku oraz Gdańskim Zarządem Dróg i Zieleni w Gdańsku materiału dotyczącego punktów styku przedmiotu zamówienia z wspólną infrastrukturą z Systemem TRISTAR.*
- 7. Wymagania dotyczące aplikacji (platformy) do wymiany danych i zarządzania tablicami.*

Dodatkowo, zgodnie z OPZ (str. 9) spółka Microsystem brała również bezpośredni udział w Postępowaniu przygotowując odpowiedzi na pytania oferentów w postępowaniach przetargowych na realizację zadań na podstawie dokumentacji opracowanej w ramach postępowania.

Wykonawca zobowiązany jest:

Brać udział w przygotowaniu odpowiedzi na pytania oferentów w postępowaniach przetargowych na realizację zadań na podstawie dokumentacji opracowanej w ramach niniejszego postępowania. Wykonawca zobowiązuje się do nieodpłatnego i niezwłocznego udzielenia wyjaśnień na ewentualne zapytania wykonawców, a także zajmowania stanowiska w przypadku złożenia odwołania. Wykonawca ma obowiązek udzielić odpowiedzi w ciągu dwóch dni od dnia przekazania pytań przez zamawiającego.

Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia min. raz w miesiącu sprawozdania z przebiegu i zaawansowania prac, lub zorganizowania narady z udziałem Zamawiającego i jednostek wskazanych przez Zamawiającego w celu przedstawienia zaawansowania prac oraz przyjętych na danym etapie rozwiązań.

Dowód: OPZ w postępowaniu dotyczącym wyboru wykonawcy PFU [Załącznik nr 12 do odwołania), Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia spółce Microsystem Sp. z o.o. [załącznik nr 13 do odwołania).

Zdaniem Odwołującego powyższe potwierdza zatem, że spółka Microsystem brała bezpośredni udział w przygotowaniu najistotniejszej części dokumentacji Postępowania tj. PFU oraz uczestniczyła w przygotowaniu odpowiedzi na pytania wykonawców w Postępowaniu, a więc spółkę należy uznać za podmiot, który brał udział w przygotowaniu Postępowania.

Z informacji, którymi dysponuje Odwołujący wynika, że spółka Microsystem doradzała i brała udział w przygotowaniu oferty wykonawcy Sprint.

Zgodnie z oświadczeniem spółki Dysten Sp. z o.o. (producentem systemów informacji pasażerskiej, w tym tablic systemu informacji pasażerskiej) ("Dysten") spółka Microsystem, po ogłoszeniu Postępowania (21 sierpnia 2020 r.) a przed terminem składania ofert (6 listopada 2020 r.) kontaktował się z Dysten w związku z Postępowaniem, przy czym z korespondencji e-mail oraz rozmów telefonicznych pomiędzy przedstawicielami Dysten i Microsystem wynika, iż spółka Microsystem w imieniu wykonawcy Sprint składała zapytania ofertowe dotyczące urządzeń, które miałyby być wykorzystane w związku z przygotowaniem oferty w Postępowaniu. Z oświadczenia spółki Dysten oraz załączonej korespondencji e-mail wynika, że Microsystem zwrócił się do spółki Dysten z zapytaniem ofertowym dotyczącym dostawy tablic informacji pasażerskiej wg specyfikacji wymaganej w Postępowaniu oraz dostawy aplikacji do zarządzania tablicami, a z prowadzonych rozmów telefonicznych i korespondencji e-mail wynikało jednoznacznie, że tablice te mają być wykorzystane przez wykonawcę Sprint, która wykona prace związane z integracją tablic z istniejącym systemem Tristar (por. odwołanie - wymagania wynikające z OPZ dotyczące integracji nowych tablic z istniejącym systemem Tristar).

Dowód: Oświadczenie spółki Dysten Sp. z o.o. (Załącznik nr 14 do odwołania).

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że podmiot biorący udział w przygotowaniu Postępowania (Microsystem) doradzał wykonawcy Sprint i brał udział w przygotowaniu oferty wykonawcy Sprint w Postępowaniu. Współpraca wykonawcy Sprint oraz spółki Microsystem wyczerpuje znamiona przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt. 18 lub 19 PZP. Zgodnie z powyższymi przesłankami wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który:

- a) pozyskał lub próbował pozyskać informacje poufne mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 18 PZP), oraz
- b-1) brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub
- b-2) którego pracownik, a także osoba wykonująca prace na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu

takiego postępowania,

b-3) chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 19 PZP).

Współpraca wykonawcy Sprint oraz spółki Microsystem wyczerpuje znamiona przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt. 18 lub 19 PZP. Nie ulega wątpliwości, że Microsystem jako autor PFU dla Postępowania, a więc dokumentu kluczowego dla określenia zakresu prac oraz stosowanych rozwiązań technicznych dysponuje najszerszą wiedzą na temat zakresu i sposobu realizacji zamówienia. Co więcej, Microsystem jako podmiot współpracujący z Zamawiającym oraz autor odpowiedzi na pytania wykonawców w Postępowaniu posiada najszerszą wiedzę co do oczekiwań Zamawiającego jak i faktycznych możliwości realizacji zamówienia. Informacje przekazane przez spółkę Microsystem wykonawcy Sprint, w tym informacje poufne, mogły zatem nawet potencjalnie wpłynąć na zakłócenie konkurencji w Postępowaniu. Dodowem na to, że takie przepływy informacji pomiędzy Microsystem a Sprint faktycznie miał znaczenie i wpływ na zakłócenie konkurencji faktycznie ma m.in. cena oferty wykonawcy Sprint, która znacząco odbiega od cen ofertowych pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że wykonawca Sprint w JEDZ (zarówno złożonych wraz z ofertą jak i następnie uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego) zarówno w zakresie przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt. 18 PZP jak i art. 24 ust. 1 pkt. 19 PZP zaznaczył, że nie opisane w JEDZ (str. 9 i 10) sytuacje nie miały miejsca:

Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia?

Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat: Tak Nie

Czy wykonawca może potwierdzić, że: Tak Nie

nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) nie zataił tych informacji;

c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie

zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?

odwołujący podał, że składając oświadczenia w JEDZ o określonej powyżej treści należy uznać, że wykonawca Sprint wprowadził Zamawiającego w błąd, w sposób umyślny (art. 24 ust. 1 pkt. 16 PZP) lub co najmniej nieumyślnie (at. 24 ust. 1 pkt. 17 PZP) co do tego, że przedsiębiorstwo powiązane z wykonawcą lub podmiot wykonujący pracę na podstawie umowy zlecenie, o dzieło lub innej umowy o świadczenie usług (w tym przypadku Microsystem) nie doradzało Zamawiającemu w Postępowaniu lub, że wykonawca Sprint nie próbował pozyskać informacji poufnych mających dać mu przewagę w Postępowaniu.

Ewentualnie, gdyby Izba uznała, że powyższe okoliczności nie stanowią wystarczającej podstawy do uznania, że wykonawca Sprint przekazał Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd wykazana przez Odwołującego okoliczność współpracy pomiędzy Microsystem a Sprint w związku z Postępowaniem powoduje, że Zamawiający winien był wezwać wykonawcę Sprint, na podstawie art. 24 ust. 10 PZP, do udowodnienia, że taka współpraca nie zakłóci konkurencji w Postępowaniu. Co bowiem istotne, sam „udział wykonawcy lub osób z nim powiązanych w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia jest wystarczający do uznania, że doszło do zakłócenia konkurencji, gdyż takie założenie wynika wprost ze sposobu zredagowania treści art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986). Mamy w tym przypadku do czynienia z funkcjonowaniem pewnego rodzaju domniemania, które zakłada, że każdy taki udział jest zakłóceniem konkurencji - niezależnie od jego wymiaru, zakresu, formy, czy też rodzaju (tak wyrok sygn. akt KIO 1974/18 z dnia 25 października 2018 roku).

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Sprint z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z warunkami udziału określonymi w sekcji III.1.3 pkt 3 ppkt 3 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale V lit. C pkt 3 ppkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę doświadczeniem w wykonaniu:

co najmniej jednego zamówienia obejmującego swoim zakresem wykonanie, dostawę oraz instalację aplikacji służącej do zasilania danymi rzeczywistymi tablic systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz do ich konfiguracji i diagnostyki.

W celu wykazania powyższego warunku wykonawca Sprint przedstawił doświadczenie

polegające na:

- a) wykonaniu i uruchomieniu Systemu Zarządzania Ruchem, składającego się z wielu podsystemów, w tym systemu zarządzania transportem publicznym obejmującego min. „wykonanie, dostawę oraz instalację aplikacji służącej do zasilania danymi rzeczywistymi tablic systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz do ich konfiguracji i diagnostyki” na rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy („Projekt Bydgoszcz”) oraz
- b) zaprojektowaniu, wykonaniu i uruchomieniu Systemu Zarządzania Ruchem, składającego się z wielu podsystemów, w tym systemu zarządzania transportem publicznym obejmującego min. „wykonanie, dostawę oraz instalację aplikacji służącej do zasilania danymi rzeczywistymi tablic systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz do ich konfiguracji i diagnostyki” na rzecz Zarząd Dróg Zieleni i Transportu w Olsztynie ("Projekt Olsztyn").

Dowód: Wykaz wykonanych prac plik pn. Sprint_zalacznik nr 3_wykaz wykonanych prac-sig (w aktach Postępowanie).

W ocenie Odwołującego co najmniej doświadczenie dotyczące Projektu Bydgoszcz nie pozwala na wykazanie spełnienia wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, czego wykonawca Sprint powinien być w pełni świadomy, a tym samym Sprint wprowadził Zamawiającego w błąd, umyślnie lub co najmniej w warunkach niedbalstwa co do spełniania ww. warunku.

Po pierwsze, zakres Projektu Bydgoszcz nie obejmował w ogóle prac związanych z „wykonaniem, dostawą oraz instalacją aplikacji służącej do zasilania danymi rzeczywistymi tablic systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz do ich konfiguracji i diagnostyki” (warunek udziału w Postępowaniu). W ramach Projektu Bydgoszcz Sprint wykonał system tablic informacji pasażerskiej (tzw. „Duży ITS”), przy czym system ten został zintegrowany (połączony) z istniejącym już systemem informacji pasażerskiej, którego wykonawcą był Odwołujący (tzw. „Mały ITS”). Wykonanie, dostawa i instalacja aplikacji służącej do zasilania danymi rzeczywistymi tablic systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz do ich konfiguracji i diagnostyki została zatem zrealizowana przez Odwołującego w ramach innego, wcześniejszego projektu. Prace zrealizowane przez Sprint w ramach Projektu Bydgoszcz obejmowały wyłącznie integrację nowych tablic informacji pasażerskiej (Dużym ITS realizowanym w ramach Projektu Bydgoszcz) z istniejącą już aplikacją (Mały ITS zrealizowany przez Odwołującego). Co więcej, to właśnie Odwołujący jako podwykonawca Sprint, w ramach Projektu Bydgoszcz wykonał prace integracyjne pomiędzy nowo realizowanymi pracami Dużego ITS, a wcześniej zrealizowanym/ wdrożonym przez

Odwołującego Małym ITS, w ramach którego wykonano, dostarczono i zainstalowano aplikację do zasilania danymi rzeczywistymi tablic systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz do ich konfiguracji i diagnostyki. Powyższe okoliczności potwierdza umowa podwykonawcza z 16 stycznia 2014 r. zawarta pomiędzy Sprint (jako wykonawcą Projektu Bydgoszcz), a Odwołującym jako podwykonawcą. Zakres prac powierzonych Odwołującemu jako podwykonawcy obejmował:

- integrację nowych tablic SIP [Duży ITS - Projekt Bydgoszcz - przypis Odwołującego] z obecnym systemem SIP [Mały ITS - przypis Odwołującego];
- uruchomienie w obecnym systemie SIP [tzw. Mały ITS - przypis Odwołującego] nowych tablic w 99 lokalizacjach wskazanych przez Inwestora, w taki sposób, aby umożliwiły one przesyłanie do nich czasów przyjazdów kolejnego pojazdu obliczonych przez serwer.

Dowód: wyciąg z umowy podwykonawczej z 16 stycznia 2014 roku (Załącznik nr 15 do odwołania).

W konsekwencji, wykonawca Sprint nie wykonał w ramach Projektu Bydgoszcz prac polegających na „wykonaniu, dostawie oraz instalacji aplikacji służącej do zasilania danymi rzeczywistymi tablic systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz do ich konfiguracji i diagnostyki”, a tym samym oświadczenie złożone przez Sprint w Wykazie wykonanych prac ma charakter informacji wprowadzającej Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok sygn. akt KIO 2345/18 oraz wyrok sygn. akt 899/18. Odwołujący podał, że w przypadku nieumyślnego wprowadzenia w błąd, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP Zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tj. wykonawca jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tj. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP muszą zostać kumulatywnie spełnione wymienione w nim przesłanki, tj. przedstawienie przez wykonawcę nieprawdziwej informacji, która wprowadziła Zamawiającego w błąd, co do okoliczności istotnych z punktu widzenia postępowania, przy czym przedstawienie przez wykonawcę nieprawdziwej informacji było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Wszystkie ww. elementy skutkujące wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP zaistniały w tym Postępowaniu. Wykonawca Sprint świadomie przedstawił informacji o tym, że wykonał

w ramach Projektu Bydgoszcz prace konieczne dla wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, budując jednocześnie obraz, że przedkładane przez niego dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w Postępowaniu. Dodatkowo, Zamawiający pozostał w błędnym przekonaniu co do braku podstaw do wykluczenia z Postępowania wykonawcy Sprint, gdyż uznał on, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w Postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Odwołujący wskazał wyrok sygn. akt KIO 1747/18 i sygn. akt KIO 15401/18.

Wykonawca Sprint podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP lub co najmniej na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 PZP. Jeżeli z zestawienia informacji przedstawionych przez wykonawcę Sprint z oczekiwaniami Zamawiającego wynika, że działający z należytą starannością wykonawca powinien mieć świadomość, że przedstawione informacje tym oczekiwaniom nie odpowiadają, a mimo to potwierdził okoliczność przeciwną, to bez wątpienia stanowi to podstawę przypisania wykonawcy co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, a w ocenie Odwołującego nawet winy umyślnej. Wykazanie, że działa w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa czyni zbędnym odnoszenie się do pojęć z art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP (jako pojęć zawierających się w lekkomyślności i niedbalstwie). Analiza norm prawnych uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP pozwala na przyjęcie, iż przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP, które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd uregulowany w pkt 11. Jak wynika z orzecznictwa zarówno Izby, jak i sądów powszechnych obowiązek starannego działania dotyczy zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania Zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom PZP, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Wskazał Odwołujący wyrok z dnia 13 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 185/18, wyrok sygn. akt KIO 1085/17. W dalszej kolejności, zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazał Odwołujący wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02.

Doświadczenie wykazane przez Sprint jest jego własnym doświadczeniem, tym samym nie sposób uznać, że wykonawca nie miał możliwości ani narzędzie do zweryfikowania czy

podane przez niego informacje i oświadczenia składane w Wykazie wykonanych prac odpowiadają rzeczywistości. Zważywszy, że informacje podane przez Sprint dotyczyły spełniania warunków udziału w Postępowaniu nie ulega wątpliwości, iż wykonawca Sprint nie wywiązała się z obowiązku działania z należytą starannością na etapie przygotowywania oferty.

W Wykazie wykonanych prac wykonawca Sprint wskazał na 2 doświadczenia (Projekt Bydgoszcz oraz Projekt Olsztyn) na spełnienie warunku opisanego w sekcji III.1.3 pkt 3 ppkt 3 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale V lit. C pkt. 3 ppkt 3 SIWZ, przy czym Zamawiający wymagał wykazania przynajmniej jednego doświadczenia. Niemnie jednak, w świetle przepisu art. 24 ust, 1 pkt 17 PZP wystarczającym do stwierdzenia podstaw do wykluczenia jest, aby zaistniała potencjalna możliwość takiego wpływu nieprawdziwych informacji na decyzję zamawiającego, o czym świadczy użycie wyrazu „mogące”, który taką możliwość, a nie skutek wyraża (pkt 17 nie brzmi „wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, które miały lub mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Założeniem tego przepisu jest bowiem wyeliminowanie przypadków, kiedy niezamierzone działanie wykonawcy może zagrażać podejmowaniu właściwych decyzji przez zamawiającego, w szczególności w stosunku do tego wykonawcy. W dodatku wprowadzające w błąd informacje nie muszą wywrzeć wpływu a decyzje zamawiającego, ale wystarczy, że zaistniała potencjalnie taka możliwość. Skoro treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp wyraźnie stanowi, iż z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym przepis wskazuje na skutek wykluczenia nawet w przypadku, gdy informacja wprowadzająca w błąd mogła wyłącznie hipotetycznie lub potencjalnie wpłynąć na decyzje i czynności podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Przesłanka ta obejmuje zatem swoim zakresem znacznie więcej sytuacji np. takich, w których uwzględnienie bądź nieuwzględnienie nieprawdziwych informacji przez zamawiającego nie miałyby żadnego wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta tego wykonawcy w dalszym ciągu byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu – wyrok sygn. akt KIO 82/19. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie podkreślano, iż skutek wprowadzenia w błąd nie odgrywa w ramach tej przesłanki zasadniczej roli, a wystarczającym jest jedynie, aby nieprawdziwe informacje potencjalnie mogły wprowadzić zamawiającego w błąd – wyrok sygn. akt KIO 2007/17, KIO 2014/17; sygn. akt KIO 82/19; sygn. akt KO 271/19; sygn. akt KIO 1036/19. 4.22 Kluczowe jest zatem czego dotyczą dane

informacje i czy mogłyby mieć one nawet potencjalny wpływ na decyzję Zamawiającego, przy czym badanie tego wpływu należy dokonywać na moment przedstawienia nieprawdziwych informacji tj. w niniejszej sprawie na moment złożenia oferty przez Odwołującego – wyrok sygn. akt KIO 82/19; sygn. akt KO 185/18. Oceniając bowiem znaczenie przedstawionych informacji dot. wskazanej inwestycji, na moment składania oferty przez wykonawcę Sprint (tak jak to nakazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej), należy zauważyć, iż mogły one zadecydować o udziale tego wykonawcy w Postępowaniu. Jak podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza – sygn. akt KIO 185/18: *Oceniamy (...) oferty na podstawie ich treści istniejącej w momencie złożenia oferty, a nie po dokonaniu pewnych czynności przez Zamawiającego. Ocena czy informacje "miały" wpływ przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności danego Postępowania wypaczałoby cel i sankcje podstawy wykluczenia opisanej w art 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp. A zatem niezależnie od późniejszych działań i decyzji podjętych przez zamawiającego w postępowaniu, na wykonawcach ciąży obowiązek przedstawienia w swojej ofercie informacji prawdziwych, jeżeli mogłyby one służyć udowodnieniu, iż dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.*

Odwołujący wskazał, że

- Projekt Bydgoszcz nie obejmował prac związanych z wykonaniem, dostawą oraz instalacją aplikacji służącej do zasilania danymi rzeczywistymi tablic systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz do ich konfiguracji i diagnostyki,
- przedstawione przez wykonawcę Sprint informacje dotyczące Projektu Bydgoszcz i złożone w Wykazie wykonanych prac oświadczenie na okoliczność wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu mają charakter informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, ponieważ wykonawca w ramach Projektu Bydgoszcz nie wykonywał takiego zakresu prac,
- w konsekwencji, należy uznać, że wykonawca Sprint przekazał Zamawiającemu informacje wprowadzającego w błąd co do spełniani warunku określonego w sekcji III.1.3 pkt 3 ppkt 3 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale V lit. C pkt 3 ppkt 3 SIWZ, a tym samym powinien zostać wykluczony z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 PZP.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Strony Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 - czyli ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej ustawa z 2019r.).

Oznacza to, że dla rozpoznania w procedurze odwoławczej przedmiotowego odwołania właściwe są przepisy ustawy dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. „ustawa z 2019r.”), natomiast w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego właściwe są przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 marca 2021 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy z 2019r.

- Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba uwzględniła również stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowych z dnia 29 marca 2021 roku „Odpowiedź na odwołanie” – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane w piśmie procesowym przez uczestnika postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Aldesa Construcciones Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. z siedzibą w Madrycie, Hiszpania oraz Mptechology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupsku zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego (dalej: Konsorcjum Aldesa), który wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane w piśmie procesowym przez uczestnika postępowania odwoławczego wykonawcę Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie (dalej: Sprint) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt po stronie Zamawiającego, który przedstawił stanowisko w sprawie.

Izba w trakcie rozprawy dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i złożone przy odwołaniu tj.:

- OPZ w postępowaniu dotyczącym wyboru wykonawcy PFU;
- Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia spółce Microsystem Sp. z o.o.,
- Oświadczenie spółki Dysten Sp. z o.o.;
- Wyciąg z umowy podwykonawczej z dnia 16 stycznia 2014 r.

Izba w trakcie rozprawy postanowieniem dopuściła dowody (dowód nr 1) złożone i zawnioskowane przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- wyciąg z umowy nr 08/KP/11 z dnia 1 lutego 2011 roku zawartej pomiędzy ZDMiKP w Bydgoszczy a GMV Innovating Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- poświadczenie z dnia 20 marca 2021 roku wystawione przez ZDMiKP w Bydgoszczy
- wydruk ze strony internetowej ZDMiKP w Bydgoszczy wraz z opisem Systemu ITS (tzw. Duży ITS) realizowanego przez Sprint spółka akcyjna ,

- Oświadczenie GMV Innovating Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 26 marca 2021 roku,
- Wydruk korespondencji email z dnia 26 marca 2021 roku do i od ZDMiKP w Bydgoszczy.

Izba w trakcie rozprawy postanowienie dopuściła dowód (dowód nr 2) złożone i zawnioskowane przez Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie:

- Oświadczenie firmy Microsystem Sp. z o.o.

Izba, w trakcie rozprawy wydała postanowienie o niedopuszczeniu dowodu z przesłuchania w charakterze świadka prezesa spółki Mikrosystem spółka z o.o. powołanego na okoliczność kontaktu tej firmy z wykonawcom Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie w zakresie informacji i warunków współpracy przy realizacji zamówienia dla przedmiotowego zamówienia, bowiem w sprawie został zgromadzony wyczerpujący materiał dowodowy, w tym oświadczenie Miocrosystem, a wniosek dowodowy powodowałby przewlekłość postępowania.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy w zw. art. 7 ust. 1 ustawy przez wezwanie wykonawcy Sprint do uzupełnienia Raportów dotyczących oferowanego w Postępowaniu w przedmiotu zamówienia tj. tablic Systemu Informacji Pasażerskiej, podczas gdy Raporty powinny być zostać złożone wraz z ofertą, a jako stanowiące treść oferty sensu stricte nie podlegają uzupełnieniu, co w konsekwencji skutkowało brakiem odrzucenia oferty Sprint niezgodnej z treścią SIWZ, a ponadto jest niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców, bowiem pozostali wykonawcy złożyli Raporty w wymaganym terminie, tj. wraz z ofertą – Izba zarzut uznała za zasadny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Ustalono, że zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), Załącznik nr 10 - Opis przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ) Zamawiający podał (stan po zmianach dokonanych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania)

w punkcie II Budowa, podpunkt 2 - *Dostawa i montaż na przystankach komunikacji miejskiej 84 szt. tablic Systemu Informacji Pasażerskiej, spełniających poniższe wymagania techniczne:*

7. Jasność matrycy LED - min. 5000 cd/m², a w zamkniętej obudowie z szybą min. 2 200 cd/m². Producent musi dostarczyć wyniki z pomiarów i badań przeprowadzonych podczas testów na etapie produkcji tablic potwierdzających ten parametr i złożyć wraz z ofertą.

8. Jasność kompletnej tablicy z szybą i pozostałymi osłonami przynajmniej 2 200 cd/m² Producent musi dostarczyć wyniki z pomiarów i badań przeprowadzonych podczas testów na etapie produkcji tablic potwierdzających ten parametr i złożyć wraz z ofertą.

Ustalono, że odpowiedzi na pytanie 86 i 87 z dnia 6 października 2020 roku Zamawiający podał:

PYTANIE 86

Strona 11 pkt. 2.1 ppkt. 7.

"Jasność matrycy LED - min. 5000cd/m² a w zamkniętej obudowie z szybą min. 2 200 d/m². Producent musi dostarczyć wyniki z pomiarów i badań przeprowadzonych podczas testów na etapie produkcji tablic potwierdzających ten parametr i złożyć wraz z ofertą".

Ofertę na tablice wykonawca składa przed produkcją tablic dlatego nie wykonalnym jest dostarczenie wyników na etapie składania ofert. Wyniki można dostarczyć na etapie produkcji Czy zamawiający zmieni ten zapis ?

Odpowiedź na pytanie 86:

Zamawiający nie przewiduje zmiany tego zapisu. Zamawiający wychodzi z założenia, że Wykonawca zna oferowany produkt oraz dysponuje jego dokumentacją, potwierdzającą wszystkie parametry.

PYTANIE 87

Zamawiający wymaga aby „ Jasność kompletnej tablicy z szyba i pozostałymi osłonami przynajmniej 2200 cd/m² producent musi dostarczyć wyniki pomiarów i badań przeprowadzonych podczas testów na etapie produkcji tablic potwierdzając ten parametr i złożyć wraz z oferta „

Ofertę na tablice wykonawca składa przed produkcją tablic dlatego nie wykonalnym jest dostarczenie wyników na etapie składania ofert. Wyniki można dostarczyć na etapie produkcji Czy zamawiający zmieni ten zapis ?

Odpowiedź na pytanie 87:

Zamawiający nie przewiduje zmiany tego zapisu. Zamawiający wychodzi z założenia, że Wykonawca zna oferowany produkt oraz dysponuje jego dokumentacją, potwierdzającą wszystkie parametry.

W odpowiedzi na pytania z dnia 28 września 2020 roku Zamawiający podał:

PYTANIE 35

Prosimy o skorygowanie jednostki miary luminancji znajdującej się w pkt 2.19. OPZ:

Jasność jednej diody stosowanej do produkcji gotowej tablicy musi wynosić 600 cd/m²

Producent musi dostarczyć wyniki z pomiarów i badań przeprowadzonych podczas laboratorium badawcze potwierdzających ten parametr i złożyć wraz z ofertą.

Jasność pojedynczych diod wyraża się w mcd/m².

Odpowiedz na pytanie 35:

Zamawiający uznaje zasadność wprowadzenia zmiany zapisu. W rozdział II w punkcie 2.1

Uwagi ogólne podpunkt nr 7 podane są wystarczające wymagania dla jasności całej matrycy.

W zawiązku z powyższym dokonuje się zmiany w treści SIWZ z dnia 18.08.2020 w Załączniku nr 10 (OPZ) strona 10 z 44 punkt 2.1.9:

usunięty zostaje zapis:

9.Jasność jednej diody stosowanej do produkcji gotowej tablicy musi wynosić 600 cd/m²

Producent musi dostarczyć wyniki pomiarów i badań przeprowadzonych podczas laboratorium badawcze potwierdzających ten parametr i złożyć wraz z ofertą.

oraz

zmiany w treści SIWZ z dnia 18.08.2020 w Załączniku nr 10 (OPZ) strona 11 z 44 punkt 2.1.19:

usunięty zostaje zapis:

d) badanie jasności jednej diody monochromatycznej koloru amber, stosowanej do produkcji gotowej tablicy min,600cd/m²

Zgodnie z SIWZ pkt E. Pozostałe informacje Zamawiający podał, że

2. Zamawiający w niniejszym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy).

Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, tj.

niepodleganie wykluczeniu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Ustalono, że do oferty Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie (dalej: Sprint) nie zostały załączone żadne dokumenty o których mowa w punkcie II, podpunkt 2 punkt 7 i 8 OPZ.

Ustalono, że pismem z dnia 25 listopada 2021 roku Zamawiający wezwał wykonawcę Sprint, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy do:

1. złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o

których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp:

- 1) brak podstaw wykluczenia, wymienionych w ust. V lit. A pkt 3 ppkt 1)- 7) SIWZ;*
- 2) spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wymienionych w ust. V lit. B pkt 1 SIWZ oraz w ust. V lit. C SIWZ pkt. 1 ppkt 1) i 2).*

Ustalono, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 18 stycznia 2021 roku tj. ofert Sprint, a następnie czynność tą w dniu 21 stycznia 2021 roku unieważnił.

Ustalono, że pismem z dnia 21 stycznia 2021 roku Zamawiający wezwał wykonawcę Sprint *na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm. - zwanej dalej ustawą Pzp), wzywa Państwa do:*
- złożenia dokumentów określonych w zał. nr 10 do SIWZ- OPZ rozdz. II pkt 2.1. ppkt 7, 8 i 9.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Sprint przesłał za pismem z dnia 26 stycznia 2021 roku dokumenty: Certyfikat z badań, Sprawozdanie z badań, Deklarację zgodności oraz Kartę katalogowa

Ustalono, że pismem z dnia 21 lutego 2021 roku Zamawiający *na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm. - zwanej dalej ustawą Pzp), wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego:*

1) dowód nr 1 – wyciąg ze sprawozdania z badań TIP, dowód nr 2 – certyfikat z badań TIP oraz dowód nr 3 – deklarację zgodności.

Z dokumentów tych wynika wartość parametru wymaganego w ust. II pkt 2 ppkt 2.1 ppkt 8 Opisu przedmiotu zamówienia – tj. jasność kompletnej tablicy z szybą i pozostałymi osłonami (najniższa zmierzona jasność wyniosła 8 150 cd/m²).

Natomiast z dokumentów tych, w ocenie Zamawiającego, nie wynika informacja o jasności samej matrycy LED (parametr określony w ust. II pkt 2 ppkt 2.1 ppkt 7 Opisu przedmiotu zamówienia – wymagana minimalna jasność matrycy LED – 5 000 cd/m²).

W związku z powyższym prosimy o precyzyjne wskazanie, z których fragmentów złożonych dokumentów informacja ta wynika oraz o przytoczenie właściwej treści.

2) dowód nr 4 – karta katalogowa diody. W ocenie Zamawiającego z dokumentu tego nie wynika jaka jest jasność jednej diody stosowanej do produkcji gotowej tablicy, co stanowiło wymóg zawarty w ust. II pkt 2 ppkt 2.1 ppkt 9 Opisu przedmiotu zamówienia (wartość minimalna 600 cd/m²). Informacji takiej nie udało się odnaleźć również w dowodzie nr 3.

W związku z powyższym prosimy o precyzyjne wskazanie, z którego fragmentu złożonego dokumentu informacja ta wynika oraz o przytoczenie właściwej treści.

Ponadto prosimy o wyjaśnienie, która z diód wskazanych w karcie katalogowej stanowiącej dowód nr 4 zostanie/została użyta do produkcji tablic – w karcie wskazano dwa rodzaje diód LR T68F oraz LY

T68F.

W odpowiedzi Sprint za pismem z dnia 22 lutego 2021 roku złożył następujące wyjaśnienia:

Ad. Pkt 1)

Badanie jasności tablicy LED wykonało certyfikowane Laboratorium Badawcze JS Hamilton Poland Sp. z o.o. zgodnie z pkt. 6.6.1, 6.63 normy ISO 9241-305:2009. Potwierdzeniem jest sprawozdanie z badań Nr LT/323.1/2019, którego wybrane fragmenty zostały już przedstawione w piśmie z dn. 26.01.2021 r. W przedmiotowym sprawozdaniu z badań przedstawiono warunki jak i metodologię badań.

Na wstępie pragniemy zauważyć, że podmiot certyfikujący użył określenia „ekran” w rozumieniu ekranu LED czyli matrycy LED. W tym przypadku nazewnictwo badanego elementu tablicy tj. „ekran” (terminologia stosowana przez certyfikowane laboratorium) oraz „matryca” (terminologia stosowana przez Zamawiającego) są tożsame i mają znaczenie równoważne.

Odnosząc się do prośby Zamawiającego o wyjaśnienie jasności matrycy LED (zgodnie z wymogami OPZ) pragniemy zauważyć (co zresztą Zamawiający sam potwierdził), że najniższa zmierzona jasność dla kompletnej tablicy z szybą i pozostałymi osłonami wyniosła 8 150 cd/m² (co potwierdza Tabela nr 7 Wynik pomiaru luminancji przedstawiona na str. 4 pisma z dn. 26.01.2021 i przytoczona ponownie poniżej).

(tabela)

Oświadczamy, iż dodatkowe zabezpieczenie diód szybą ochronną de facto zaniża wynik pomiaru jasności/luminancji, co oznacza, że rzeczywista jasność samej nieosłoniętej matrycy

(ekranu) LED jest tym samym większa niż minimalna wartość wskazana powyżej tj. 8 150 cd/m².

Jednocześnie pragniemy zaznaczyć, że badania samej matrycy (ekranu) LED nie wynikają wprost z przytoczonej ekspertyzy dlatego, że nie muszą być one wykonywane, gdyż matryca LED zawsze instalowana jest w komplecie z szybą i pozostałymi osłonami (jako produkt końcowy).

W związku z powyższym oświadczamy z pełną odpowiedzialnością, że wymagany w OPZ parametr jasności matrycy >5000cd/m² jest tym samym spełniony.

Ad. Pkt 2):

Na wstępie oświadczamy, iż w procesie produkcji przedmiotowej tablicy LED używane są diody firmy OSRAM LY T68F V1AA-45. Grupy jasności (Brightness Group) od V1 do AA oznaczają następujące zakresy poziomów jasności (Luminous Intensity):

V1: 710 mcd do 900 mcd

V2: 900 mcd do 1120 mcd

AA: 1120 mcd do 1400 mcd

Informacje te bezpośrednio wynikają z przedłożonej poprzednio karty katalogowej diody (dowód nr 4). Poniżej wycinek z karty katalogowej diody (str. 5 tabela nr 3):

(tabela)

Z powyższego wynika wprost, iż minimalna jasność jednej diody stosowanej do produkcji gotowej tablicy wynosi powyżej 710 mcd (tym samym spełnia wymóg Zamawiającego dla pojedynczej diody na poziomie minimum 600 mcd)

Jednocześnie informujemy Zamawiającego, że wymagana w OPZ jednostka jasności pojedynczej diody (600cd/m²) jest użyta omyłkowo, nie jest znana ani nie jest używana przez żadnego z wiodących producentów diod LED. Do oceny jasności pojedynczej diody używaną jednostką jest candela (cd) lub milicandela (mcd). Zakładamy, że Zamawiający miał na myśli jasność pojedynczej diody na poziomie min. 600mcd. Taka wartość jasności pojedynczej diody jest wystarczająca do zapewnienia jasności matrycy LED na poziomie powyżej 6000cd/m²

W związku z powyższym oświadczamy z pełną odpowiedzialnością, że wymagany w OPZ parametr jasności pojedynczej diody na poziomie 600 mcd jest spełniony.

Odpowiadając na ostatnie pytanie Zamawiającego z przedmiotowego pisma oświadczamy, iż w procesie produkcji przedmiotowej tablicy LED używane są diody firmy OSRAM LY T68F V1AA-45

Izba stwierdziła:

Kluczowym dla rozpoznania powyższego zarzutu odwołania jest stwierdzenie charakteru dokumentów o których mowa w punkcie II, podpunkt 2 punk 7 i 8 OPZ tj. stwierdzenie czy stanowią one ofertę czy też dokumenty jakie wykonawca składa na potwierdzenie spełnienia przez oferowany produkt wymagań określonych przez Zamawiającego.

Ustalony przez Izbę stan faktyczny tej sprawy pozwala w ocenie Izby na jednoznaczne stwierdzenie, że: po pierwsze, dokumenty, o których mowa w punkcie II, podpunkt 2 punk 7 i 8 OPZ były wymagane przez Zamawiającego, a ich złożenia Zamawiający wymagał wraz z ofertą. Wymaganie Zamawiającego w tym zakresie jest jednoznaczne i precyzyjne, co w ocenie Izby przesądza, że nie sposób nadać mu w tym miejscu innego znaczenia co do czasu i miejsca ich złożenia tych dokumentów. Zamawiający określił, czas i miejsce złożenia tych dokumentów przez wskazanie, że *wyniki z pomiarów i badań przeprowadzonych podczas testów na etapie produkcji tablic potwierdzających ten parametr i złożyć wraz z ofertą*. Nie poddaje się żadnej innej wykładni sformułowanie użyte przez Zamawiającego odnoszące się do wskazanego złożenia dokumentów wraz z ofertą.

Wymaga również podkreślenia, że poza wskazaniem wymagania złożenia powyższych dokumentów zawartego w OPZ, Zamawiający potwierdził ten obowiązek kolejny raz w odpowiedzi na pytanie 86 i 87, gdzie wykonawcy proponowali odstępnie od tego wymagania. Zamawiający obowiązek złożenia dokumentów wraz z ofertą podtrzymał. W ocenie Izby znaczące także jest to, że w przypadku wymagania w punkcie II, podpunkt 2 punk 9 OPZ Zamawiający na etapie postępowania przed terminem składania ofert odstąpił od konieczności złożenia dokumentów stwierdzający parametry jasności jednej diody. Oznacza to, że Zamawiający poddał ponownie, na etapie prowadzanego już postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ocenie ukształtowane przez siebie wymagania w punkcie II, podpunkt 2 punkcie 7, 8 i 9 OPZ i podtrzymał je.

Po drugie, *wyniki z pomiarów i badań przeprowadzonych podczas testów na etapie produkcji tablic potwierdzających ten parametr* dotyczące: jasności matrycy LED - min. 5000 cd/m², a w zamkniętej obudowie z szybą min. 2 200 cd/m² (pkt 7) oraz jasności kompletnej tablicy z szybą i pozostałymi osłonami przynajmniej 2 200 cd/m² stanowiły w zasadzie oświadczenie zaoferowania przedmiotu o parametrach odpowiadającym minimalnym wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający jednoznacznie określił, że składając te dokumenty wykonawca oświadczy o zaoferowanych parametrach, potwierdzając, że spełniają one minimalne wymagania Zamawiającego, co ważne, jednocześnie Zamawiający nie wymagając podania tych parametrów w żadnym innym miejscu oferty.

Wskazane przez Zamawiającego potwierdzenie spełnienia parametrów przez złożenia ogólnego oświadczenia w Formularzu oferty w ocenie Izby nie zastępuje w żaden sposób wymagania jakie ukształtował Zamawiający przez wymaganie złożenia dokumentów opisanych w punkcie II, podpunkt 2 w punkcie 7 i 8 OPZ.

Po trzecie, nie bez znaczenia w ocenie Izby pozostaje również fakt, że Zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust.1 ustawy. Należy również zaznaczyć, że żądanie skierowane w tym trybie do Zamawiającego było bardzo precyzyjne i korelowało bezpośrednio z określonym w punkcie E podpunktu 2 przez Zamawiającego zakresem dokumentów, do złożenia których wezwie wykonawcę, a o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, tj. *niepodleganie wykluczeniu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu*. Zamawiający precyzyjnie określił do czego będzie wzywał, tym samym zdefiniował zakres tego wezwania ograniczając ją do oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazujących brak podstaw wykluczenia. Zamawiający w tym katalogu dokumentów, który sam określił w SIWZ, nie przewidział dokumentów, których mógł żądać na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego (art. 25 ust. 1 lit. b). Nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego odwołującego się do treści art. 25 ust. 1 ustawy, bowiem jest ona w zasadzie sprzeczna z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie.

W ocenie Izby nie znajduje również uznania argumentacja Sprint podnoszona w piśmie procesowym, a odnosząca się do możliwości uzupełnienia dokumentów wskazanych w punkcie II, podpunkt 2 w punkcie 7 i 8 OPZ na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Należy mieć bowiem na uwadze, o czym mowa wyżej, że Zamawiający nie nadał im charakteru dokumentów żądanych na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego (art. 25 ust. 1 lit. b), a te dokumenty zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy podlegają uzupełnieniu w trybie tego przepisu. Wymaganie Zamawiającego złożenia dokumentów wraz z ofertą przesądziło charakter tych dokumentów i ich znaczenie w przedmiotowym postępowaniu, a mianowicie uczynienia tych dokumentów treścią oferty. Bez znaczenia dla oceny charakteru danego dokumentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, który to charakter dokumentu definiuje swoimi postanowieniami w SIWZ sam Zamawiający, pozostaje przeprowadzona przez Sprint „analiza raportów złożonych przez Odwołującego”. Nie zmienia również charakteru tych dokumentów fakt, że Zamawiający nie wymagał podania nazwy modelu i producent oferowanych tablic.

Kluczowym było bowiem wskazanie wyników pomiarów i badania w zakresie określonych parametrów.

Nie zmienia również charakteru żądanych dokumentów powołana przez Sprint, wskazana w PFU konieczność złożenia tych dokumentów na etapie realizacji umowy, oraz fakt, że dokumenty te są elementem wykonywanej przez wykonawcę dokumentacji projektowej. Fakt, że wykonawca na etapie składania oferty miał przedstawić wynik pomiarów i badań, oraz jak wskazał Sprint również przedstawić je później, umożliwi weryfikację zaoferowanych parametrów na etapie realizacji zamówienia.

Izba dostrzegła, że Odwołujący wskazał, że „brak złożenia przez niego raportów był wynikiem odczytania treści SIWZ w ten sposób, że raporty te miały być złożone dopiero na etapie realizacji zamówienia, a nie na etapie trwania procedury przetargowej”. W ocenie Izby taka argumentacja jest co najwyżej, próbą „ratowania” swojej ofert przez Odwołującego, bowiem w innym przypadku logiczna ocena stanowiska Odwołującego musiałaby prowadzić do wniosku, że nie zapoznał się on z dokumentacją postępowania i wymaganiami zawartymi w OPZ, skoro pominął wymaganie Zamawiającego złożenia wraz z ofertą wyników pomiarów i badań przeprowadzonych podczas testów na etapie produkcji tablic potwierdzające opisane w punkcie II, podpunkt 2 w punkcie 7 i 8 OPZ parametry.

Izba poddaje ocenie czynność Zamawiającego jakiej on dokonał względem własnych wymagań opisanych w SIWZ, nie ocenia na tym etapie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego zasadności sposobu potwierdzenia danego parametru jaki ukształtował Zamawiający. Izba nie może również przypisać danemu dokumentowi innego znaczenia niż określone przez Zamawiającego. W rozpoznawanej sprawie odwoławczej znaczenie dokumentów określonych w punkcie II, podpunkt 2 w punkcie 7 i 8 OPZ w ocenie Izby było jednoznaczne i przesądzało, że dokumenty te miały charakter oferty i stanowiły treść oferty. Jakakolwiek próba nadania tym dokumentom innego charakteru prowadziłyby do konieczności nadinterpretacji postanowień SIWZ.

Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Zdaniem Izby wymaga w tym miejscu przypomnienia, że wymagania co do przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji jak również złożenia oferty Zamawiający określa w SIWZ. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielnie

zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Treścią oferty, zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Izby należy rozumieć jako deklarowane przez wykonawcę w ofercie spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego co do przedmiotu, zakresu, ilości, jakości ale także warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia. Treść oferty składanej przez wykonawcę stanowi zobowiązanie do zwarcia umowy na określonych w oświadczeniu warunkach, którego to treść oceniana jest w granicach wymagań wskazanych w SIWZ. Dlatego należy pamiętać, że to SIWZ kreuje granice zobowiązania wykonawcy wyrażone w oświadczeniu jak i sposób wyrażenia tego oświadczenia i jego przedstawienia Zamawiającemu. Ocena zgodności treści oferty – czyli oświadczenia o zobowiązaniu do realizacji zamówienia np. zgodnie z wymaganiami przedmiotowymi – może nastąpić, w przypadku gdy Zamawiający będzie tego wymagał, w oparciu o wyartykułowane w SIWZ elementy jakie będą składać się na odpowiadające wymaganiom Zamawiającego zobowiązanie, a wyrażone w tym oświadczeniu. Natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny złożonej oferty w świetle postanowień SIWZ, które sam kształtuje oraz upublicznia przez ogłoszenie postępowania.

W ocenie Izby, w zakresie dokumentów żądanych przez Zamawiającego w punkcie II, podpunkt 2 w punkcie 7 i 8 OPZ nie mają zastosowania przepisy dotyczące oświadczeń i dokumentów, o których mowa m.in. w § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia*. Skoro żądane dokumenty nie miały charakteru dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, to muszą być ocenione jako dokumenty złożone jako oświadczenie / oferta wykonawcy potwierdzająca zaoferowanie przedmiotu o określonym parametrze, nie mniejszym niż wymagany w punkcie podpunkt 2 w punkcie 7 i 8 OPZ. Wymaga podkreślenia, że nie można dokonywać zmiany charakteru danego dokumentu określonego w dokumentacji postępowania po terminie składania ofert. Takie działanie narusza zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba, mając na uwadze całą powyższą argumentację uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy w zw. art. 7 ust. 1 ustawy przez wezwanie wykonawcy Sprint do uzupełnienia dokumentów zawartych w punkcie II, podpunkt 2 w punkcie 7 i 8 OPZ, ponieważ w ocenie Izby dokumenty

te wykonawca składający ofertę obowiązany był złożyć wraz z ofertą, a ich uzupełnienie było niemożliwe w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, bowiem dokumentom tym Zamawiający nie nadał charakteru dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Niedopuszczalne również było dokonywanie zmiany charakteru tych dokumentów po terminie składania ofert i wzywianie wykonawcy do ich uzupełnienia. Zamawiający, wzywając do uzupełnienia, dokonał nieuprawnionej w przepisach ustawy zmiany treści oferty po terminie jej składania.

Izba wskazuje, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SWIZ (lub jej kwestionowanie na odpowiednim etapie postępowania) natomiast Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty, zgodnie z wymaganiami SIWZ i w duchu ustawy. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkie zasady te obowiązują.

W zakresie wskazanego ewentualnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 26 ust 4 ustawy przez wezwanie wykonawcy Sprint do wyjaśnienia treści Raportów Sprint złożonych w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia, podczas gdy zakres informacji, których żądał Zamawiający obligował go do skorzystania z procedury uzupełnienia Raportów Sprint, które jednak już wcześniej zostały uzupełnione przez Sprint, co w konsekwencji skutkowało brakiem odrzucenia oferty Sprint niezgodnej z treścią SIWZ, Izba wskazuje, że z uwagi na uwzględnienie zarzutu głównego – o czym wyżej – zarzut ten stał się bezprzedmiotowy.

W zakresie zarzutu (2) naruszenia art. 24 ust. 4 pkt 16 lub 17 ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 18 lub 19 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sprint z Postępowania podczas gdy wykonawca Sprint, w wyniku Zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu w JEDZ informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy, ponieważ przy przygotowaniu oferty w Postępowaniu wykonawca Sprint korzystał ze wsparcia/ usług spółki Microsystem Sp. z o.o., która brała udział w przygotowaniu Postępowania oraz doradzała Zamawiającemu podczas Postępowania, a wykonawca Sprint mógł pozyskać lub próbować pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na wstępie wymaga odnotowania, że podstawy wykluczenia powołane w zarzucie odwołania są każda z nich samodzielnymi podstawami wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak również to, że każda z tych samodzielnich podstaw odwołania oparta jest na wskazanych w przepisach przesłankach. Wykazanie spełnienia tych przesłanek każdorazowo pozostaje obowiązkiem Odwołującego, który na tej podstawie stara się wykazać nieprawidłowość w działaniu Zamawiającego, w ocenie oferty danego wykonawcy.

Ustalono na podstawie przedstawionych dowodów w sprawie, że Microsystem sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (dalej: Microsystem) wykonała Program Funkcjonalno – Użytkowy dla zadania pn. „Nowe tablice informacji pasażerskiej na terenie Gminy Miasta Gdańsk w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej – etap IVa”. Ww. program został wykonany w wyniku realizacji umowy zawartej na „Opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego dla realizacji zadania pn.: „Nowe tablice informacji pasażerskiej na terenie Gminy Miasta Gdańsk w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - etap IVA” obejmujących łącznie 84 lokalizacji w różnych częściach miasta (nr postępowania: I/PNE/105/2018/MS). Izba ustaliła, że Microsystem również brał udział w realizacji procedury o udzielenie zamówienia publicznego, w której prowadzone jest przedmiotowe postępowanie odwoławcze, biorąc udział przy udzielaniu odpowiedzi na pytania – która to okoliczność nie była kwestionowana przez Strony i uczestników postępowania odwoławczego – co wynikało z przedstawionego dowodu tj. wyciągu z SIWZ w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, na podstawie załączonego do odwołania dowodu – oświadczenie Dysten sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (dalej: Dysten) oraz korespondencji emaili pomiędzy Microsystem a Dysten, że Microsystem w trakcie prowadzenia przedmiotowej procedury

o udzielenie zamówienia publicznego, w której zobowiązany jest „brać udział w przygotowywaniu odpowiedzi na pytania oferentów w postępowaniach przetargowych na realizację zadania na podstawie dokumentacji opracowanej (..)” negocjował ofertę 84 tablic informacji pasażerskiej dla Gdańska. Potwierdza to odwołanie się do nazwy postępowania prowadzonego przez Zamawiającego w korespondencji pomiędzy Dysten, a Microsystem (email z dnia 1 września 2020 roku). Z załączonych dowodów jednoznacznie wynika, że przedmiotem prowadzonych ustaleń była oferta na tablice informacji pasażerskiej oraz oprogramowania do zarządzania tablicą (aplikacja/platforma towarzysząca samym tablicom), przy czym z korespondencji wynika także, że „Sprint wzięły na siebie zagadnienie integracji (wpięcia) tablic do systemu Tristar” (email z dnia 21 października 2020 roku).

Ustalono również na podstawie dowodu (dowód nr 2) złożonego na rozprawie przez Sprint, że firma Microsystem nie udzielała Sprint wsparcia na etapie złożenia oferty w postępowaniu, a nie brała udziału w przygotowaniu ofert Sprint. Jak również nie świadczyła dla wykonawcy Sprint żadnych usług np. konsultacje, doradztwo. Prezes zarządu składający to oświadczenie wskazał również, że Microsystem nie przekazywała również Sprint żadnych informacji (w tym poufnych) dotyczących toczącego się postępowania, a także, że nie jest i nie była związana ze Sprint żadną umową dotyczącą wspólnego udziału w realizacji zamówienia. Ustalono również na podstawie tego oświadczenia, że Microsystem zaoferował Sprint jedynie pośrednictwo w uzyskaniu oferty producenta tj. Dysten na dostawę tablic informacji pasażerskiej. Jednakże do przedstawienia oferty Dysten nie doszło, bowiem Sprint uzyskał ofertę na dostawę sprzętu wraz z oprogramowaniem do zarządzania tablicami od innego dostawcy.

Na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy działanie wykonawcy może być dokonane (bezprawnie wpływał) lub nosić znamiona usiłowania (próbował bezprawnie wpłynąć) oraz musi odnosić się do czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis mówi o działaniu bezprawnym, a zatem sprzecznym z prawem. Sankcją objętą tym przepisem jest również podejmowanie przez wykonawcę działania pozwalającego mu na uzyskanie poufnych informacji. Kluczowym jest przy ocenie tej przesłanki wykluczenia, że wystarczające jest przedsięwzięcie kroków przez wykonawcę polegające na przygotowaniu do czynu niedozwolonego z prawem czy jego usiłowanie. Wymaga podkreślenia, że działania

wykonawcy muszą być bezprawne, co oznacza, że muszą być podejmowane przez wykonawcę w taki sposób, który nie jest dopuszczony żadnymi obowiązującymi przepisami prawa. W doktrynie wskazuje się, że *o ile jeszcze próba zdobycia poufnych informacji powinna być oceniana pod kątem możliwości uzyskania przez wykonawcę przewagi nad innymi wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o tyle próba wpływania na czynności nie podlega żadnej dodatkowej ocenie; za wystarczający do wykluczenia jest sam fakt podjęcia takiej próby.* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz J. Pieróg, Legalis, art. 24 ustawy).

W ocenie Izby Odwołujący, w odniesieniu do przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 18 koniecznym jest wykazanie przez Odwołującego, że pozyskanie informacji poufnych, które mogły dać przewagę wykonawcy Sprint w postępowaniu musiało nastąpić w sposób bezprawny. Odwołujący przedstawionymi dowodami nie wykazał niczego innego jak fakt, że dane podmioty tj. Mikrosystem i Dysten prowadziły między sobą wymianę korespondencji, stanowiącą wydaje się zwyczajny przejaw kontaktów handlowych. Oczywistym jest, że ma znaczenie w postępowaniu fakt, że Mikrosystem był twórcą PFU w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże sam ten fakt nie przesądza jeszcze, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 18 ustawy. Oświadczenie Dysten wskazujące w swej treści na to, że z wymiany informacji mailowych pomiędzy Dysten i Microsystem wynika, że Microsystem „bierze czynny udział w tworzeniu ofert wraz z firmą Sprint S.A., co dodatkowo zostało potwierdzone w wiadomości email z dnia 21.10.2020r.” stanowi jedynie subiektywną ocenę tego podmiotu gospodarczego. Oświadczenie to również nie dowodzi, że Sprint w sposób bezprawny pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wymaga w tym miejscu odnotowania, że korespondencja emailowa pomiędzy Microsystem a Dysten oraz oświadczenie Dysten znalazły się w posiadaniu Odwołującego, jednocześnie nie wyjaśnił on w jaki sposób wszedł w posiadanie choćby korespondencji mailowej, nie wskazał, który z podmiotów ujawnił tą korespondencję Odwołującemu. Natomiast, co wynika z wypowiedzi pełnomocnika Sprint w trakcie rozprawy *nie wiedział, że są to produkty firmy Dysten i w okolicznościach, gdy otrzymał propozycję, że dostanie tablicę bez oprogramowania zrezygnował z wykorzystania takiej oferty;* Izba wskazuje, że ta argumentacja nie była kwestionowana przez strony postępowania. Jednocześnie przeczy ww. stanowisku Odwołującego opartemu na oświadczeniu Dysten, oświadczenie Microsystem złożone przez Sprint. Izba dostrzega, że żaden z podmiotów tj. Sprint i Microsystem nie przeczą pośrednictwu w uzyskaniu oferty producenta Dysten na dostawę tablic informacji pasażerskiej; jednakże również Izba dostrzega, że Sprint zaoferował w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tablice informacji pasażerskiej innego producenta firmy

R&G z Mielca, gdzie w Microsystem nie pośredniczył w uzyskaniu oferty, a Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że z firmą R&G robił już wcześniej kilka projektów i otrzymał od tego podmiotu ofertę kompleksową kilka dni po tym jak zrezygnował z oferty firmy Dysten. Odwołujący nie wykazał, że Sprint w sposób bezprawny starał się pozyskać informacje poufne mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Natomiast w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 19 wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Podstawą wykluczenia wykonawcy na tej podstawie jest udział pracowników wykonawcy, osób współpracujących na podstawie umów cywilnoprawnych z wykonawcą – nie jest bowiem istotny rodzaj stosunku łączącego daną osobę z wykonawcą, ale ważnym jest, że dana osoba wy wykonuje u wykonawcy pracę – w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podstaw wykluczenia to również udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym należy pamiętać, że do wykluczenia wykonawcy z postępowania na tej podstawie prawnej dojdzie, gdy ten udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy taki udział będzie naruszał konkurencję. To oznacza, że wykonawca będzie w posiadaniu takich informacji, które dają mu przewagę konkurencyjną pozwalając na łatwiejsze, szybsze czy też tańsze złożenie korzystniejszej oferty. Ustawodawca, w ślad za art. 41 i art. 57 ust. 4 lit. f dyrektywy 2014/24/UE, określił że wykluczenie wykonawcy z postępowania nie następuje, jeżeli zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie. To natomiast wymaga od Zamawiającego przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania – obowiązek Zamawiającego – zapewnić takiemu wykonawcy możliwość wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie naruszył konkurencji. Wykonawca winien wykazać brak naruszenia konkurencji za pomocą dowodów. Dlatego też powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania może być zastosowana, gdy Zamawiający wyczerpie regulacje z art. 24 ust. 10 ustawy.

Zdaniem Izby w przedmiotowym postępowaniu w ogóle nie dochodzi do wypełnienia przesłanek wykluczenia na podstawie ww. artykułu, bowiem Odwołujący nie odwołujące się w swojej argumentacji do udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Sprint lub pracownika wykonawcy Sprint. Udział wykonawcy lub jego pracownika, o czym mowa wyżej, stanowi element niezbędny do wykazania przesłanki

wykluczenia. Tym czasem Odwołujący stara się „rozciągnąć” przesłankę w ten sposób, że inny podmiot gospodarczy ma stanowić uzasadnienie przesłanki. Odwołujący nie wykazał, że pomiędzy Sprint a pracownikiem Microsystem zawieszona została umowa, na podstawie której wykonuje ta osoba pracę dla Sprint np. w oparciu o umowę zlecenia czy inną. Tym samym nie została wykazana niezbędna do stwierdzenia zaistnienia tej podstawy prawnej wykluczenia z postępowania okoliczność. Izba podkreśla, że podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazane w art. 24 ustawy muszą, z uwagi na swój bardzo restrykcyjny charakter, być odczytywane w sposób ścisły. Skutkiem zastosowania art. 24 ust. 1 (w tym pkt 19) jest wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym niedopuszczalne jest rozszerzające interpretowanie przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że wykonawca Sprint winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 pkt 16 lub 17 ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 18 lub 19 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy. Izba uznała, że w tym zakresie nie doszło również do naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie wskazanego ewentualnie naruszenia art. 24 ust. 10 ustawy w związku z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Sprint do udowodnienia, że korzystanie przez wykonawcę Sprint ze wsparcia/usług spółki Microsystem, która brała udział w przygotowaniu postępowania, nie zakłóci konkurencji w Postępowaniu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba w zakresie rozpoznania tego podniesionego zarzutu ewentualnego w całości przyjmuje argumentację podniesioną wyżej, przy rozpoznaniu zarzutu podstawowego.

Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy musi być poprzedzone ustaleniem czy wykonawca, pracownik wykonawcy lub osoba wykonująca dla wykonawcy pracę brała udział w przygotowaniu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym to Odwołujący twierdzi, że taka okoliczność miała miejsce, jednakże nie wykazał, że wykonawca Sprint, jego pracownik lub osoba pracująca dla Sprint brała udział w przygotowaniu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał także, że Microsystem dla wykonawcy Sprint świadczył jakiegokolwiek wsparcie, usługę. Jak również Odwołujący nie wykazał,

że którykolwiek z pracowników czy osób świadczących prace na rzecz Microsystem świadczył również pracę na rzecz Sprint. Podstawy wykluczenia muszą być stosowanie ściśle i precyzyjnie. Skoro nie doszło do wykazania ww. przesłanek wykluczenia przez Odwołującego, to niezasadny jest postawiony zarzut naruszenia art. 24 ust. 10 ustawy, który nakazuje przed wykluczeniem wykonawcy, zapewnienie przez Zamawiającego temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

W zakresie zarzutu (3) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sprint z Postępowania podczas gdy wykonawca Sprint, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących spełniania warunków udziału w Postępowaniu, określonych w sekcji III.1.3 pkt 3 ppkt 3 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale V lit. C pkt. 3 ppkt 3 SIWZ – Izba uznała zarzut za zasadny.

Ustalono, że Zamawiający w SIWZ określił:

3. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali należycie zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończyli:

(...)

3) co najmniej jedno zamówienie obejmujące swoim zakresem wykonanie, dostawę oraz instalację aplikacji służącej do zasilania danymi rzeczywistymi tablic systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz do ich konfiguracji i diagnostyki.

Ustalono, że wykonawca Sprint, składając na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy dokumenty, wskazał następujące doświadczenie w ww. zakresie warunku udziału w postępowaniu, w Wykazie wykonanych prac, w wierszu drugim:

„Wykonanie i uruchomienie Systemu Zarządzania Ruchem, składającego się z wielu podsystemów, w tym systemu zarządzania transportem publicznym obejmującego min. „wykonanie, dostawę oraz instalacje aplikacji służącej do zasilania danymi rzeczywistymi tablic systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz do ich konfiguracji i diagnostyki”

Powyższe wykonane zostało na rzecz: *Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy*

W trakcie rozprawy Sprint podał, że:

Wskazując na dokument z dnia 12.05.2017r. (jawny) stanowiący poświadczenie z Bydgoszczy wyjaśnia, że pod literą b wskazano informację, że zamówienie obejmowało „system tablic informacji pasażerskiej (...)”. Pełnomocnik wyjaśnia mając na uwadze treść tej referencji, że przyjmując, że to zamówienie potwierdza warunek udziału w postępowaniu nie sprawdził, że wskazany system tablic informacji pasażerskiej obejmował jedynie dostarczenie tablic bez oprogramowania (bez aplikacji) i zintegrowanie z systemem.

Ustalono w oparciu o dowody złożone przez Odwołującego (dowód nr 1) na rozprawie

- wyciąg z umowy nr 08/KP/11 z dnia 1 lutego 2011 roku zawartej pomiędzy ZDMiKP w Bydgoszczy a GMV Innovating Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- poświadczenie z dnia 20 marca 2021 roku wystawione przez ZDMiKP w Bydgoszczy
- wydruk ze strony internetowej ZDMiKP w Bydgoszczy wraz z opisem Systemu ITS (tzw. Duży ITS) realizowanego przez Sprint spółka akcyjna ,
- Oświadczenie GMV Innovating Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 26 marca 2021 roku,
- Wydruk korespondencji email z dnia 26 marca 2021 roku do i od ZDMiKP w Bydgoszczy.

że to Odwołujący realizował w oparciu o projekt „Zakup Integralnego Systemu Transportowego (ITS) dla komunikacji miejskiej w Bydgoszczy w ramach budowy linii tramwajowej z centrum miasta do dworca kolejowego Bydgoszcz Główna z rozbudową ulicy Marszałka Focha, Naruszewicza, Dworcowa i Zygmunta Augusta w Bydgoszczy (tzw. Mały ITS) obejmujący System zarządzania flotą dla 325 pojazdów oraz centrum dyspozytorskie, a także System informacji pasażerskiej w czasie rzeczywistym wraz z 25 tablicami przystankowymi oraz usługą informacji pasażerskiej poprzez Interent, SMS oraz 2 infokioski. Z oświadczenia z dnia 26 marca 2021 roku wynika również, że Odwołujący posiada pełną wiedzę na temat architektury systemu ITS funkcjonującego w Bydgoszczy, oprogramowania funkcjonującego w ramach systemu oraz tablic Dynamicznej Informacji Pasażerskiej dla Komunikacji Publicznej oraz ich integracji z Systemem ITS, co zostało oparte na wskazanych w oświadczeniu realizowanych przez tego wykonawcę umowach na rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy.

W informacji pochodzącej od Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy w emailu z dnia 26 marca 2021 roku podano, że Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji

Publicznej w Bydgoszczy korzysta wyłącznie z jednej aplikacji do sterowania tablicami DIP, a aplikacja ta została dostarczona przez Odwołującego w ramach tzw. „małego ITS”.

Izba stwierdziła:

W ocenie Izby, mając na uwadze w szczególności, że Sprint przyznał w trakcie rozprawy, że w ramach realizacji na rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy nie wykonano zamówienia zgodnego przedmiotowo w wymaganiami zawartymi w warunku udziału w postpowaniu – brak wykonania dostawy i instalacji aplikacji – spełnione zostały przesłanki wykluczenia Sprint na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Regulację art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie doszło do: (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, (2) informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, (3) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy nie naruszył tej ustawy. (podobnie: wyrok KIO 348/17, wyrok KIO 2736/17, Wyrok KIO 836/17, wyrok KIO 1058/17, wyrok KIO 1257/17, wyrok KIO 272/19).

Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek podstawy wykluczenia wykonawcy w oparciu o punkt 17 ww. artykułu ustawy. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (tak też wyrok KIO 576/17).

W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (porównaj wyrok KIO 1633/11). Dla oceny czy mamy do czynienia z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku, „informacja nieprawdziwa” (w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród

nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością.

Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania (tak Sad Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02).

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że wykazane przez Sprint w Wykazie doświadczenie na rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy nie było zgodne z rzeczywistością, bowiem wykonawca Sprint nie wykonał zamówienia zgodnego z warunkiem udziału w postępowaniu. Tym samym podana w Wykazie informacja nie była zgodna z rzeczywistością w zakresie „*wykonanie, dostawę oraz instalacje aplikacji służącej do zasilania danymi rzeczywistymi tablic systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz do ich konfiguracji i diagnostyki*”, co też przyznał w trakcie rozprawy sam Sprint. Zamówienie realizowane przez wykonawcę Sprint polegało na zintegrowaniu systemu tablic informacji pasażerskiej z istniejącym już systemem informacji pasażerskiej, którego wykonawcom był Odwołujący. Dowody przedstawione przez Odwołującego w trakcie rozprawy potwierdzają, że Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy

korzysta wyłącznie z jednej aplikacji do sterowania tablicami dynamicznej informacji pasażerskiej, a aplikacja ta została dostarczona przez Odwołującego w ramach tzw. „małego ITS”.

Izba stwierdziła, że mając na uwadze cywilistyczny kontekst oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powyższa argumentacja musi być uwzględniona przy ocenie spełnienia kolejnej z przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Izba wskazuje, że stwierdzenie niedbalstwa danej osoby jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak wyrok Sąd Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 ustawy Kodeks cywilny precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

W ramach rozpoznania przedmiotowego zarzutu odwołania pełnomocnik Sprint podał, że *przyjmując, że to zamówienie potwierdza warunek udziału w postępowaniu nie sprawdził, że wskazany system tablic informacji pasażerskiej obejmował jedynie dostarczenie tablic bez oprogramowania (bez aplikacji) i zintegrowanie z systemem.* Przyznał tym samym, że nie dochował należytej staranności w podawaniu informacji w Wykazie, nie sprawdził bowiem poprawności składanej informacji ponieważ nie sprawdził zakresu przedmiotowego realizowanego na rzecz Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy zamówienia.

W zakresie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy odnośnie tego, że informacja podana przez wykonawcę wprowadziła w błąd Zamawiającego mogącą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, Izba za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 28 października 2019 roku sygn. akt XI Ga 733/19 wskazuje, że „w związku z wejściem w życie z dniem 28 lipca 2016 r. ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), w zakresie dotyczącym dokumentów składanych przez wykonawców oraz formy w jakiej te dokumenty mają być składane, zaszły liczne zmiany. Ustawodawca krajowy przewidział, za prawodawcą unijnym, że głównym źródłem wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też związanych z przedmiotem zamówienia, staną się

oświadczenia własne wykonawcy. Odzwierciedleniem tego podejścia jest przepis art. 24 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający, opierając się na oświadczeniu podmiotu składającego ofertę, dokonuje oceny złożonych ofert, ograniczając się następnie do badania oferty uznanej za najkorzystniejszą. (...) Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p z jednej strony nie ogranicza zakresu podawanych informacji albowiem nie precyzuje (odmiennie niż w przypadku przesłanki wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.) o jakie informacje chodzi. Z drugiej strony obejmuje on także informacje wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. a zatem informacje, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, spełnia obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji — albowiem te informacje zawsze mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego. A zatem informacje przedstawione przez skarżących na potwierdzenie spełnienia warunków udziału są informacjami istotnymi w rozumieniu pkt 17. Trzeba podkreślić, że przepis wskazuje na skutek wykluczenia nawet w przypadku gdy informacja wprowadzająca w błąd mogła wyłącznie hipotetycznie lub potencjalnie wpłynąć na decyzje i czynności podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Przy czym badanie tego wpływu należy dokonywać na moment przedstawienia nieprawdziwych informacji tj. w niniejszej sprawie na moment złożenia oferty przez skarżących (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2019 r., KIO 82/19 oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2018 r., KIO 185/18). Wystarczającym dla zastosowania sankcji jest, aby zaistniała możliwość takiego wpływu, o czym świadczy użycie sformułowania "mogące mieć wpływ", który taką możliwość, a nie skutek wyraża. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2019 r., KIO 271/19). W świetle ww przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu."

Tym samym, Izba w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego stwierdziła, że podana przez Sprint w wierszu drugim Wykazu informacja mogła wpłynąć na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Została ona podana przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy. Na podstawie przedstawionych przez wykonawcę tych właśnie informacji Zamawiający oceniał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, że właśnie na ten moment informacje przedstawione przez wykonawcę mogły mieć istotny wpływ na podejmowaną przez Zamawiającego decyzję.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że wykazał Odwołujący spełnienie wszystkich przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, w konsekwencji musi to skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba wskazuje,

że za niezasadną uznała argumentację Odwołującego odnoszącą się do „nadmiarowej referencji”, bowiem w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy nie zostaje poddane ocenie wybrana, jedna z wielu wskazanych przez wykonawcę informacji, lecz złożone przez niego oświadczenie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Izba stwierdziła natomiast, że Odwołujący nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. Za ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem, dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy muszą zajść następujące przesłanki, a mianowicie (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością (2) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, (3) błąd ten polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Odwołujący nie wykazał, że przedstawienie informacji przez Sprint w Wykazie stanowiło działanie zamierzone lub rażące niedbalstwo wykonawcy. Mając na uwadze, że niezbędne jest dla uznania słuszności podstawy wykluczenia wykazanie spełnienia wszystkich przesłanek zawartych w omawianej regulacji prawnej, uznać należało niezasadność zarzutu w tym zakresie.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2019r., *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy z 2019 r., *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.*

W rozpoznawanej sprawie odwoławczej stwierdzone przez Izbę naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta podlega odrzuceniu. Mając na uwadze

obowiązane zawarcia w tenorze wyroku rozstrzygnięcia o wszystkich zarzutach odwołania,
Izba orzekła

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie części zarzutów i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenie Sprint z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy. Izba nakazała również odrzucenie ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy z 2019r., orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019r., *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

W analizowanej sprawie Izba odwołanie okazało się zasadne w części, w proporcji liczby zarzutów dwóch uwzględnionych do trzech zarzutów podniesionych w odwołaniu. Wskazane ewentualne naruszenia przepisów (zarzuty ewentualne) nie są traktowane przez Izbę jak odrębne samodzielne zarzuty. W odwołaniu zawarto trzy zarzuty podstawowe. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 599,99 zł ustalone na podstawie złożonej do akt sprawy faktury.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: