

WYROK

z dnia 4 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mariusz Gontarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie **2 stycznia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **19 grudnia 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usługi dystrybucji biletów komunikacji miejskiej* (nr postępowania ZP/PN/67/2016/WTR)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Wrocław**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mera Post sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, Mera-Serwis SGL sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, THC SPV8 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Gminie Wrocław: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mera Post sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, Mera-Serwis SGL sp. z o.o. S.K.A z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, THC SPV8 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących 7-letniego doświadczenia na stanowisku kierowniczym osoby wskazanej w ofercie do pełnienia funkcji Kierownika Projektu na etapie świadczenia usług, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.**

2. **Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**
3. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Gminę Wrocław** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Mennicę Polską S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od **zamawiającego – Gminy Wrocław** na rzecz **odwołującego – Mennicy Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **19295 zł 30 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt pięć złotych trzydzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Świadczenie usługi dystrybucji biletów komunikacji miejskiej* (nr postępowania ZP/PN/67/2016/WTR).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S_146-264807 z 30 lipca 2016 r., z tym że 27 lipca 2016 r. Zamawiający przekazał je Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {<http://bip.um.wroc.pl>}, na której od 1 sierpnia 2016 r. udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

8 grudnia 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Mennicy Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Mennica”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mera Post sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, Mera-Serwis SGL sp. z o.o. S.K.A z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, THC SPV8 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Konsorcjum Mera”}.

19 grudnia 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego jako konsekwencji zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum Mera i odrzucenia złożonej przez nie oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie zaznaczono inaczej) {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 3 – przez zaniechanie zastosowania tego przepisu i brak wykluczenia Konsorcjum Mera, w sytuacji złożenia przez nie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tj. opisanego w dokumencie „Wykaz osób” doświadczenia Pana P. G. wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika Projektu na etapie świadczenia usług – w zakresie informacji dotyczących: a) wymaganego min.

- 5-letniego doświadczenia na stanowisku kierowniczym; b) doświadczenia w kierowaniu co najmniej 2 usługami świadczonymi dla klientów zewnętrznych o wartości usługi nie mniejszej niż 10.000.000 zł brutto.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 104 Kodeksu cywilnego {dalej również: „Kc” „kc” lub „k.c.”} – przez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i brak odrzucenia oferty Konsorcjum Mera, pomimo złożenia nieważnej oferty z uwagi na to, że osoba która podpisała ofertę (tj. Pan M. M.) nie była umocowana do reprezentacji wszystkich członków Konsorcjum Mera, albowiem w chwili umocowania tej osoby 19 października 2016 r. jako dalszego pełnomocnika, Mera Post sp. z o.o. nie była umocowana do reprezentacji jednego z członków konsorcjum tj. THC SPV8 sp. z o.o. (pełnomocnictwo od tej ostatniej spółki dla tej pierwszej spółki jest datowane dopiero na 20 października 2016 r.).
 3. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie. Rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) {dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”} – przez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i brak wykluczenia Konsorcjum Mera w sytuacji, gdy następujące dokumenty jednego członków Konsorcjum Mera tj. THC SPV8 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie: (i) aktualne zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach, (ii) aktualne zaświadczenie właściwego oddziału ZUS, (iii) aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 pzp, (iv) aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 pzp – zostały poświadczane za zgodność z oryginałem przez Pana M. M., który nie był umocowany do dokonywania tej czynności w imieniu THC SPV8 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (z uwagi na okoliczności wskazane w pkt 2).
 4. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 44 – przez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i brak wykluczenia Konsorcjum Mera w sytuacji niezłożenia przez wszystkich trzech członków konsorcjum oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, tj. przez THC SPV8 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, gdyż oświadczenie w imieniu tej spółki złożył Pan M. M., który nie był umocowany do dokonywania tej czynności w jej imieniu (z uwagi na okoliczności wskazane w pkt 2).
 5. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z § 3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach – przez

zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i brak wykluczenia Konsorcjum Mera w sytuacji niezłożenia przez wszystkich trzech członków konsorcjum oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowaniu, tj. przez THC SPV8 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, gdyż oświadczenie w imieniu tej spółki złożył Pan M. M., który nie był umocowany do dokonywania tej czynności w jej imieniu (z uwagi na okoliczności wskazane w pkt 2).

6. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2d – przez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i brak wykluczenia Konsorcjum Mera w sytuacji niezłożenia przez wszystkich trzech członków konsorcjum oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej, tj. przez THC SPV8 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, gdyż oświadczenie w imieniu tej spółki złożył Pan M. M., który nie był umocowany do dokonywania tej czynności w jej imieniu (z uwagi na okoliczności wskazane w pkt 2).
7. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b – przez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i brak wykluczenia Konsorcjum Mera, w sytuacji gdy nie wykazało ono spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia polegającego na wdrożeniu i uruchomieniu systemu elektronicznej karty miejskiej (biletu elektronicznego) w transporcie zbiorowym w mieście lub aglomeracji miejskiej nie mniejszej niż 150 000 mieszkańców, lub wdrożeniu, uruchomieniu oraz utrzymywaniu system elektronicznej karty miejskiej (biletu elektronicznego) w transporcie zbiorowym w mieście lub aglomeracji miejskiej nie mniejszej niż 150 000 mieszkańców, gdyż nie posiadając własnej wiedzy i doświadczenia w tym zakresie, skorzystało z zasobu podmiotu trzeciego tj. firmy R&G PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, przy czym z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, aby Konsorcjum Mera dysponowała tym zasobem podmiotu trzeciego w sposób realny.
8. Art. 91 ust. 1 – przez jego niewłaściwe zastosowanie i zaniechanie jego właściwego zastosowania, przejawiające się tym, że wybrano ofertę Konsorcjum Mera, który to wykonawca podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu, i zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, która to oferta w przypadku wykluczenia Konsorcjum Mera i odrzuceniu ich oferty, będzie ofertą najkorzystniejszą.
9. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również poprzez wybór wykonawcy, którego oferta zgodnie z przepisami ustawy pzp nie powinna

być wybrana, i w konsekwencji nie powinno mu zostać udzielone zamówienie.

10. [Ewentualnie] Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mera do uzupełnienia oferty (i) właściwe pełnomocnictwo dla Pana M. M., (ii) aktualne zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach, aktualne zaświadczenie właściwego oddziału ZUS, aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 pzp, aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8, 10 i 11 pzp (dot. THC SPV8 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez umocowaną do tego osobę; (iii) oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp złożonego przez THC SPV8 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; (iv) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia złożonego przez THC SPV8 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; (v) oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej przez THC SPV8 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; (vi) dokumenty potwierdzające posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie wdrożenia i uruchomienia systemu elektronicznej kary miejskiej (biletu elektronicznego w transporcie zbiorowym w mieście lub aglomeracji miejskiej nie mniejszej niż 150 000 mieszkańców, lub wdrożeniu, uruchomieniu oraz utrzymywaniu system elektronicznej karty miejskiej (biletu elektronicznego] w transporcie zbiorowym w mieście lub aglomeracji miejskiej nie mniejszej niż 150 000 mieszkańców

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Mera jako najkorzystniejszej.
2. Ponownej oceny i badania ofert, w której wyniku wykluczy z postępowania Konsorcjum Mera za złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
3. [Ewentualnie] Dokonania ponownej oceny i badania ofert, w wyniku której wykluczy z postępowania Konsorcjum Mera, po uprzednim wezwaniu go do uzupełnienia dokumentów
4. Wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że:

- Zamawiający w SIWZ odnośnie dysponowania osobami (pkt 2 lit. b SIWZ) wymagał m.in. dysponowania *Kierownikiem Projektu na etapie świadczenia usługi*, przy czym osoba wskazana na to stanowisko miała się wykazać: (i) wykształceniem wyższym technicznym, ekonomicznym lub z zakresu zarządzania, (ii) minimum 5-letnim doświadczeniem na stanowisku kierowniczym, (iii) doświadczeniem w kierowaniu co najmniej 2 usługami świadczonymi dla klientów zewnętrznych o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 10.000.000 zł brutto.
- Konsorcjum Mera w Postępowaniu w wykazie osób (załącznik nr 31) dla wykazania tego warunku na powyższe stanowisko wskazało Pana P. G. (jako zasób oddany do dyspozycji), oświadczając, że posiada on 7-letnie doświadczenie na stanowisku kierowniczym, a także podając jako projekty, którymi kierował: (a) Dostawę automatów biletowych do sieci sprzedaży w Łodzi.; (b) Dostawę automatów biletowych do pojazdów MZA w Warszawie; oba na rzecz Mera Serwis SGL sp. z o.o. S.K.A.

Odwołujący zarzucił, że osoba ta nie posiada, po pierwsze – minimum 5-letniego doświadczenia na stanowisku kierowniczym, po drugie – doświadczenia w kierowaniu co najmniej 2 usługami świadczonymi dla klientów zewnętrznych o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 10 mln zł brutto, co należy traktować jako podanie przez Konsorcjum Mera nieprawdziwych informacji, które niewątpliwie mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Według Odwołującego P. G. posiada co najwyżej niespełna 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierowniczym, które mógł nabyć pomiędzy 31 grudnia 2013 r. a 25 października 2016 r. (termin składania ofert), tj. podczas zatrudnienia u aktualnego pracodawcy (Mera Systemy sp. z o.o.).

Odwołujący wskazał, że poprzednio, w okresie od 4 stycznia 2010 r. do 31 grudnia 2013 r. osoba ta była przez niego zatrudniona na stanowisku Głównego specjalisty ds. realizacji projektów {jako dowód załączono do odwołania świadectwo pracy z 31 grudnia 2013 r. dot. zatrudnienia w Mennicy Polskiej S.A.}, które nie miało nic wspólnego ze stanowiskiem kierowniczym, charakteryzującym się przede wszystkim tym, że zarządza się pewną grupą osób, organizuje się i odpowiada za należyłą organizację danego przedsięwzięcia.

Odwołujący podał, że wśród obowiązków osoby, która będzie pełniła funkcję

Kierownika Projektu na etapie świadczenia usług przy realizacji przedmiotowego zamówienia można wyróżnić następujące elementy: (a) przygotowanie struktury podziału pracy; (b) przygotowanie harmonogramu projektu; (c) planowanie budżetu; (d) wybór członków zespołu realizującego projekt, jak również podejmowanie decyzji o ich zmianie; (e) utrzymywanie kontaktu z klientami; (f) monitorowanie statusu projektu; (g) odpowiednie motywowanie członków zespołu; (h) określenie tego, kto i za jakie obszary odpowiada; (i) wyznaczanie zespołów realizujących określone zadania; (j) określenie dostawców realizujących dane zadania; (k) kontrolowanie pracy podwykonawców i zespołu realizującego projekt; (l) zarządzanie podwykonawcami; (m) zarządzanie zespołem realizującym projekt, określenie zadań do wykonania, kontrola poprawności ich wykonania, organizacja czasu pracy pracowników zaangażowanych w realizację projektu; (n) ustalanie harmonogramu zadań do wykonania; (o) zarządzanie ryzykiem projektu; (p) planowanie budżetu, zarządzanie budżetem, kontrola przychodów i wydatków; (q) zarządzanie konfliktami i sytuacjami na linii zamawiający- wykonawca lub pomiędzy członkami zespołu; (r) analiza sprzedaży, jej struktury, sygnalizowanie potrzeb zmian; (s) w przypadku wystąpienia nieprawidłowości w realizacji projektu, przygotowanie propozycji działań naprawczych.

Natomiast praca P. G. jako Głównego specjalisty ds. realizacji projektów skupiała się na zapewnieniu wsparcia technicznego i merytorycznego w realizowanych przez Odwołującego projektach, wykonywaniu powierzonych mu obowiązków. Osoba ta nie zarządzała zasobami ludzkimi, nie była zwierzchnikiem (przełożonym) żadnej z osób, czy też komórki wewnętrznej Odwołującego, nie pełniła też roli kierownika żadnego z projektów realizowanych przez Odwołującego. W strukturze organizacyjnej Mennicy Polskiej stanowisko to znajdowało się w pionie Dyrektora ds. płatności elektronicznych w Dziale Rozwoju Płatności Elektronicznych w Sekcji Rozwoju Płatności Elektronicznych (RRR) {jako dowód załączono do odwołania: schemat organizacyjny Mennica Polska SA. obowiązujący od 2 lipca 2013 r.; zakres obowiązków P. G. na stanowisku Głównego specjalisty ds. realizacji projektów}.

Odwołujący dodał, że również przed zatrudnieniem u niego P. G. nie był zatrudniony na stanowisku kierowniczym, co wprost wynika z załączonego do odwołania opisu doświadczenia zawodowego [CV], jak również świadectw pracy pochodzących od poprzednich pracodawców, tj. Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie oraz Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie – były to stanowiska takie jak: administrator sieci, konsultant, konsultant programista {jako dowód załączono do odwołania: opis doświadczenia zawodowego przedłożony przez P. G. oraz świadectwa pracy dot. zatrudnienia w tych

spółkach}.

Dla Odwołującego w kontekście art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp niezwykle istotne jest to, że ofertę Konsorcjum Mera – wszystkie załączniki oraz oświadczenia, w tym oświadczenie o wykazie osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą dedykowane do realizacji zamówienia – podpisał Pan M. M., który również był pracownikiem Mennicy Polskiej w czasie kiedy zatrudniony był tam P. G., a dokładanie od 1 czerwca 2009 r. do dnia 31 lipca 2012 r. na stanowisku, początkowo Specjalisty ds. realizacji projektów, a następnie Głównego specjalisty ds. realizacji projektów. Co więcej, znają się oni od wielu lat na gruncie prywatnym oraz dzielili razem pokój służbowy. Dodatkowo w momencie zatrudnienia P. G. w Mera Systemy M. M. pełnił już funkcję Dyrektora operacyjnego, a w momencie podpisania oferty oraz wykazu osób pełnił funkcję Wiceprezesa – członka zarządu tej Spółki (informacja powszechnie dostępna w KRS Mera Systemy sp. z o.o.). P. G. jest zatrudniony w Merze Systemy sp. z o.o., która udostępniła Konsorcjum Mera personel na podstawie art. 26 ust. 2b pzp {jako dowód załączono do odwołania dokumenty dotyczące zatrudnienia w Mennicy Polskiej: świadectwo pracy M. M., zakres obowiązków M. M.}.

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzają, że mamy w tym przypadku do czynienia ze świadomym i umyślnym podaniem nieprawdziwych informacji w celu uzyskania zamówienia. Podane informacje są niezgodne z rzeczywistością i nie mogą być traktowane w kategoriach omyłki, czyli odmiennego rozumienia pewnych faktów. Trudno przypuszczać, że M. M., znając się i pracując razem z P. G., a następnie pełniąc funkcję członka zarządu pracodawcy P. G., nie miał wiedzy na temat dotychczasowego doświadczenia zawodowego tej osoby. Odwołujący podkreślił, że przy ocenie spełnienia tego warunku Zamawiający opierał się tylko i wyłącznie na oświadczeniach pochodzących od wykonawców, którzy w tym zakresie nie przedstawiali żadnych innych dokumentów. Z kolei ponieważ nieprawdziwe informacje dotyczą potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, mają wpływ na wynik tego postępowania.

Odwołujący podniósł, że żaden z podanych dla P. G. zgłoszonego do pełnienia funkcji *Kierownika Projektu na etapie świadczenia usługi*, po pierwsze – nie dotyczył usług, po drugie – nie był usługami świadczonymi dla klientów zewnętrznych.

Zdaniem Odwołującego Mera Serwis SGL sp. z o.o. S.K.A. nie może być uznana za klienta zewnętrznego, gdyż jest podmiotem należącym do tej samej grupy kapitałowej, gdzie współzałożycielem i Prezesem Zarządu lub komplementariuszem jest ta sama osoba – Pan G. L. (co Konsorcjum Mera samo wskazuje na str. 67 swojej oferty w poz. 23-26). W

konsekwencji dopiero ta ostatnia spółka świadczy pewną usługę na rzecz klienta zewnętrznego. Tym samym Mera Systemy sp. z o.o., czyli podmiot, który udostępnił na zasadzie art. 26 ust 2b pzp P. G. nie świadczył żadnej usługi na zewnątrz w rozumieniu postawionego przez Zamawiającego warunku.

Dodatkowo według nomenklatury pzp nie były to usługi, ale dostawy, które polegały na przeniesieniu własności określonych urządzeń, gdyż Mera Systemy jest tylko ich dostawcą, a nie usługodawcą. Według Odwołującego potwierdzają to załączone przez Konsorcjum Mera w związku ze złożonymi wyjaśnieniami protokoły odbioru: (a) z maja 2012 r. – dotyczący dostawy automatów biletowych do pojazdów MZA w Warszawie; (b) z 26 sierpnia 2014 r. – dotyczący dostawy automatów biletowych do sieci sprzedaży w Łodzi. Z treści tych dokumentów jasno wynika, co było przedmiotem projektów świadczonych przez Mera Systemy na rzecz Mera Serwis SGL, gdyż jest tam mowa o dostawach, a nie usługach.

Zdaniem Odwołującego kierowanie usługami świadczonymi na zewnątrz należy rozumieć przez pryzmat przedmiotu zamówienia w postępowaniu, i roli jaką będzie pełniła osoba dedykowana do pełnienia funkcji *Kierownika Projektu na etapie świadczenia usług*, gdyż przedmiot zamówienia determinuje opis warunku, który musi spełnić wykonawca, a także służy właściwej interpretacji warunku. Stąd spełnienie przez wykonawcę warunku „doświadczenia w kierowaniu co najmniej 2 usługami świadczonymi dla klientów na zewnątrz” musi być czytane przez pryzmat przedmiotu zamówienia, i przez pryzmat zadań, których istota została opisana powyżej.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że projekt dotyczący dostawy automatów biletowych do pojazdów MZA w Warszawie dotyczył umowy z 28 kwietnia 2012 r. (protokół odbioru jest z 15 maja 2012 r.), a jak wskazano powyżej, P. G. do 31 grudnia 2013 r. był pracownikiem Mennicy Polskiej – tym samym nie mógł kierować tym projektem. Jest to kolejna okoliczność, która według Odwołującego potwierdza, że podane informacje mają charakter informacji nieprawdziwych w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Według Odwołującego również podanie tych informacji było świadomym działaniem z premedytacją, ukierunkowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia z uwagi na te same okoliczności, które zostały opisane powyżej przy okazji kwestionowania doświadczenia.

Odwołujący nadmienił, że w wyniku wezwania do wyjaśnień dotyczących doświadczenia P. G., Konsorcjum Mera nie zaoferowała żadnych dowodów, z których wynikałoby, że informacje te są prawdziwe, tylko ograniczyło się do krótkiego oświadczenia,

że osoba ta spełnia warunki, i jednocześnie wskazało nową osobę na jej miejsce. Według Odwołującego jest to dodatkowa okoliczność potwierdzająca dopuszczenie się przez Konsorcjum Mera tzw. kłamstwa przetargowego.

Odwołujący podsumował, że ponieważ przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp ma charakter autonomiczny, stąd konsekwencją jej zaktualizowania się jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, bez możliwości jakiegokolwiek sanowania tego zachowania.

Pismem z 21 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 19 grudnia 2016 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

21 grudnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Konsorcjum Mera przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego .

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

23 grudnia 2016 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, uzasadniając swoje stanowisko w odniesieniu do wszystkich zarzutów zawartych w odwołaniu.

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

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie jest zasadne, gdyż potwierdził się jeden zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisu ustawy pzp, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1 listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

W odwołaniu adekwatnie zaprezentowano okoliczności dotyczące przebiegu weryfikacji przez Zamawiającego spełniania przez Konsorcjum Mera warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania Kierownikiem Projektu na etapie świadczenia usług, z uwzględnieniem brzmienia warunku określonego w s.i.w.z, dokumentów zawartych w ofercie Konsorcjum Mera, wezwania do wyjaśnień skierowanego w tym zakresie przez Zamawiającego oraz wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi przez Konsorcjum Mera.

Podsumowując i uzupełniając Izba uznała za celowe wskazanie na następujące okoliczności.

Zamawiający w rozdziale VII pkt 2 ppkt 2 s.i.w.z. określił, że stwierdzi spełnianie przez wykonawcę warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jeżeli w szczególności wykaże on, że dysponuje lub będzie dysponował osobami posiadającymi następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie oraz wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia:

a) *Kierownik Projektu na etapie projektu i wdrożenia Systemu:*

- *wykształcenie wyższe techniczne lub ekonomiczne,*
- *znajomość metodyki zarządzania projektami,*
- *doświadczenie w kierowaniu co najmniej 2 projektami informatycznymi, przez cały okres trwania tych projektów, polegającymi na budowie i wdrożeniu systemu informatycznego o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 zł brutto;*

b) *Kierownik Projektu na etapie świadczenia usług:*

- *wykształcenie wyższe techniczne lub ekonomiczne lub z zakresu zarządzania,*
- *minimum 5-letnie doświadczenie na stanowisku kierowniczym*
- *doświadczenie w kierowaniu co najmniej 2 usługami świadczonymi dla klientów zewnętrznych o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto;*

W kolejnych literach od c) do f) wskazano kolejne stanowiska – specjalistów ds. różnych zagadnień, a w ostatniej lit. g) – *Kierownika ds. rozliczeń*, dla którego określono w szczególności, że wymagane jest *co najmniej 2 letnie doświadczenie w zarządzaniu zespołem odpowiedzialnym za rozliczanie opłat, wpłat lub innych świadczeń w liczbie co najmniej 100 tys. operacji płatniczych miesięcznie.*

Poniżej zamieszczono następujące uwagi:

Każda z osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca, musi spełniać wszystkie warunki stawiane dla danej funkcji.

Dopuszczalne jest pełnienie maksymalnie dwóch funkcji, przy czym w przypadku Kierownika Projektu na etapie projektu i wdrożenia Systemu możliwe jest jedynie połączenie z funkcją Kierownika Projektu na etapie świadczenia usług.

Ponieważ w toku postępowania odwoławczego nie zostało to zakwestionowane, Izba uznała, że w odwołaniu adekwatnie zaprezentowano, że wśród faktycznych obowiązków osoby, która będzie pełniła funkcję *Kierownika Projektu na etapie świadczenia usług* przy realizacji przedmiotowego zamówienia można wyróżnić następujące elementy: (a) przygotowanie struktury podziału pracy; (b) przygotowanie harmonogramu projektu; (c) planowanie budżetu; (d) wybór członków zespołu realizującego projekt, jak również podejmowanie decyzji o ich zmianie; (e) utrzymywanie kontaktu z klientami; (f)

monitorowanie statusu projektu; (g) odpowiednie motywowanie członków zespołu; (h) określenie tego, kto i za jakie obszary odpowiada; (i) wyznaczanie zespołów realizujących określone zadania; (j) określenie dostawców realizujących dane zadania; (k) kontrolowanie pracy podwykonawców i zespołu realizującego projekt; (l) zarządzanie podwykonawcami; (m) zarządzanie zespołem realizującym projekt, określenie zadań do wykonania, kontrola poprawności ich wykonania, organizacja czasu pracy pracowników zaangażowanych w realizację projektu; (n) ustalanie harmonogramu zadań do wykonania; (o) zarządzanie ryzykiem projektu; (p) planowanie budżetu, zarządzanie budżetem, kontrola przychodów i wydatków; (q) zarządzanie konfliktami i sytuacjami na linii zamawiający- wykonawca lub pomiędzy członkami zespołu; (r) analiza sprzedaży, jej struktury, sygnalizowanie potrzeb zmian; (s) w przypadku wystąpienia nieprawidłowości w realizacji projektu, przygotowanie propozycji działań naprawczych.

Według Słownika języka polskiego PWN {<http://spj.pwn.pl>}: „kierownik” to *osoba zarządzająca jakimś działem, zespołem ludzi*; „kierownictwo” w pierwszym znaczeniu oznacza *zarządzanie kimś lub czymś*; natomiast „kierowniczy” rozumie się jako *dotyczący kierownictwa albo kierownika*: Stanowisko kierownicze. Wynika z tego, że w najbardziej podstawowym znaczeniu „stanowisko kierownicze” to takie, które wiąże się z zarządzaniem zespołem ludzi lub kierowaniem jakimś działem.

Na gruncie Kodeksu pracy pracownikiem na stanowisku kierowniczym jest osoba, której głównym zadaniem jest organizowanie i kierowanie procesem pracy podległych pracowników. Jeżeli więc pracownik wprawdzie kieruje wyodrębnioną komórką organizacyjną pracodawcy, ale oprócz kontroli i nadzorowania czynności pracowników wykonuje też pracę na równi z podwładnymi, to nie zajmuje stanowiska kierowniczego, nawet jeśli wzmianka o tym pojawi się w umowie o pracę (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z 13 stycznia 2005 r., sygn. akt II PK 114/04).

Zgodnie z art. 22 ust. 4 pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 {czyli m.in. warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia}, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przy czym zgodnie z art. 22 ust. 5 zd. 1 pzp warunki, których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia {brzmienie przepisów obowiązujących dla postępowania prowadzonego przez Zamawiającego}.

Dodać należy, że przedmiotem tego zamówienia według rozdziału III s.i.w.z. jest

wykonanie usługi dystrybucji biletów komunikacji miejskiej przy użyciu nowoczesnej technologii polegającej m.in. na:

- zaprojektowaniu oraz wdrożeniu Systemu składającego się z m.in. systemu informatycznego, urządzeń, sieci dystrybucji oraz innych elementów;
- sprzedaży biletów komunikacji miejskiej za pomocą systemu oraz sieci dystrybucji działających w ramach Systemu;
- obsłudze Systemu.

Przy czym z rozdziału VI s.i.w.z. wynika, że termin wykonania zamówienia wynosi 102 miesiące od dnia uruchomienia Systemu, co powinno nastąpić od 2 grudnia 2017 r., a w każdym razie od daty zawarcia umowy nie dłużej niż 12 miesięcy i nie dłużej niż liczba miesięcy wskazana przez wykonawcę w kryterium „termin osiągnięcia gotowości do uruchomienia systemu”.

Oznacza to, że *Kierownik Projektu na etapie świadczenia usług* będzie kierował tym projektem, w tym podległymi pracownikami, od chwili uruchomienia systemu do zakończenia obowiązywania umowy, czyli przez 8,5 roku.

Biorąc powyższe pod uwagę za proporcjonalne i związane z przedmiotem zamówienia, a także służące zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do jego należytego wykonania, należy uznać wymaganie, aby osoba pełniąca to stanowisko dysponowała co najmniej 5-letnim doświadczeniem na stanowisku kierowniczym. Jednocześnie w zestawieniu z równoległe wymaganym doświadczeniem w kierowaniu co najmniej dwoma usługami świadczonymi dla klientów zewnętrznych o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto, nie sposób tego pierwszego doświadczenia odczytywać inaczej, niż jako odpowiedni staż na stanowisku związanym przede wszystkim z kierowaniem zespołem ludzi, czyli w rozumieniu stanowiska kierowniczego w znaczeniu zbliżonym do tego, jakie funkcjonuje na gruncie przepisów Kodeksu pracy (co nie oznacza, że zajmowanie takiego stanowiska należy utożsamiać z pozostawaniem w stosunku pracy, gdyż może to wynikać z tzw. kontraktu menedżerskiego lub innej umowy cywilnoprawnej, powołania do pełnienia funkcji członka zarządu spółki handlowej).

Konsorcjum Mera, zarówno na etapie wyjaśnień treści s.i.w.z., jak i na etapie badania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zgłaszało Zamawiającemu wątpliwości co do rozumienia warunku dotyczącego *Kierownika Projektu na etapie świadczenia usług*.

Konsorcjum Mera, pomimo wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego odnośnie doświadczenia P. G. w odniesieniu do obydwu

wymogów związanych z powyższym stanowiskiem, nie wyjaśniło, kiedy i gdzie osoba ta nabyła wskazane w wykazie 7-letnie doświadczenie w pełnieniu stanowiska kierowniczego, ani w jaki sposób osoba wykazane doświadczenie w kierowaniu dostawami potwierdza wymagane doświadczenie w kierowaniu usługami.

Stan ten w odniesieniu do kwestii doświadczenia na stanowisku kierowniczym nie uległ zmianie do zamknięcia rozprawy, pomimo zgłoszonych przez Odwołującego dowodów na potwierdzenie, że P. G. nie pełnił stanowiska kierowniczego nawet przez wymagane treścią warunku minimum 5-lat.

Okoliczność, że P. G. nie pełnił stanowiska kierowniczego podczas gdy był zatrudniony w Mennicy była bezsporna, stąd zgłoszone w tym zakresie przez Odwołującego dowody okazały się zbędne, a wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków został oddalony jako zmierzający jedynie do przewlekłości postępowania odwoławczego.

W ocenie Izby wobec braku zgłoszenia przez Zamawiającego lub Przystępującego dowodów przeciwnych, Odwołujący wykazał ponadto, że także w okresie bezpośrednio poprzedzającym zatrudnienie w Mennicy P. G. nie zajmował stanowiska kierowniczego. W szczególności wskazuje na to doświadczenie zawodowe opisane przez samego zainteresowanego, gdy starał się o zatrudnienie w Mennicy, który jako zajmowane dotychczas stanowiska wskazał: Konsultanta w grupie kompetencyjnej Transformation Managements Services (obowiązki dotyczące przygotowania czegoś, wsparcia klienta, współautorstwo analiz i procedur, pełnienie funkcji eksperta,) Business Solution Managera Centrum Konsultingu Sektora Publicznego (obowiązki polegające na przygotowywaniu ofert zgodnych z s.i.w.z. w zakresie rozwiązań sprzętowych) Administratora sieci i serwerów, Koordynatora Bezpieczeństwa i Administrator PKI w oddziale warszawskim spółki, Pracownika działu marketingu. Również w opisie kwalifikacji osoba ta nie twierdziła, że posiada jakiegokolwiek doświadczenie na stanowisku kierowniczym.

Na brak wątpliwości Konsorcjum Mera co do rozumienia znaczenia stanowiska kierowniczego według tego wymagania wskazuje także fakt, że nie będąc w stanie wyjaśnić, na czym miałyby polegać pełnienie takiego stanowiska przez P. G., z własnej inicjatywy zgłosiło na stanowisko *Kierownika Projektu na etapie świadczenia usług* A. F., załączając CV tej osoby, z którego wynika, że aktualnie jest ona Prezesem Zarządu spółki zatrudniającej kilkudziesięciu pracowników i zarządza spółką we wszystkich obszarach jej funkcjonowania, a poprzednio zajmowała analogiczne stanowisko w innej spółce, a jeszcze wcześniej przez kilka lat była Dyrektorem Zarządzającym ds. Informatyki w grupie spółek, a uprzednio przez

kilka lat Dyrektorem Departamentu IT w jeszcze innej spółce.

Wobec tego za bezprzedmiotowe uznano stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że nie należy opierać się na formalnym nazewnictwie stanowisk, a za bez znaczenia dla sprawy stwierdzenie, jakoby *skomplikowane stosunki gospodarcze panujące w sferze informatyki* (sic!) nie pozwalały na postawieniu znaku równości pomiędzy stanowiskiem wskazanym w umowie o pracę a faktycznie piastowanym w strukturach zarządzania przedsiębiorstwami informatycznymi.

Jednocześnie z uwagi na niezaprzeczoną okoliczności, że M. M. zna osobiście P. G. co najmniej od czasu wspólnego zatrudnienia w Mennicy, następnie w chwili zatrudnienia go w Mera Systemy pełnił funkcję Dyrektora Operacyjnego, a podpisał ofertę będąc Wiceprezesem – członkiem zarządu Mery Systemy, należy uznać, że musiał mieć świadomość co do braku doświadczenia P. G. na stanowisku kierowniczym .

Reasumując, Izba stwierdziła, że pomimo wezwania do wyjaśnień skierowanego przez Zamawiającego Konsorcjum Mera nie było w stanie wykazać prawdziwości własnego oświadczenia zamieszczonego w wykazie osób, że P. G. dysponuje 7-letnim doświadczeniem na stanowisku kierowniczym lub chociaż wykazać, że osoba ta posiada wymagane co najmniej 5-letnie doświadczenie na takim stanowisku.

Odnosnie pozostałych dwóch aspektów warunku dotyczącego *Kierownika Projektu na etapie świadczenia usług*, których dotyczą zarzuty pod adresem zgłoszonego na to stanowisko P. G., Izba stwierdziła, że samo w sobie wskazanie w wykazie osób dostaw na rzecz Mera Serwis SGL, nie stanowi podania nieprawdziwych informacji, gdyż niesporne jest, że dostawy takie na rzecz tego podmiotu faktycznie miały miejsce. Natomiast kwestia, czy Zamawiający mógł taki sposób wykazania warunku uznać za odpowiadający dokonaniem przez siebie opisowi mieści się w zakresie zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, którego naruszenie nie było przedmiotem zarzutu.

Z kolei w szczegółowej kwestii, w jaki sposób P. G. miał nabyć doświadczenie w kierowaniu usługą w związku z drugą z pierwszą ze wskazanych dostaw, skoro jej realizacja zakończyła się protokolarnym odbiorem 15 maja 2012 r. bez uwag zaprojektowanego, zbudowanego i wdrożonego systemu teleinformatycznego, sporządzonej dokumentacji technicznej i powdrożeniowej oraz przeszkolenia (instruktażu) osób odnośnie instalacji, konfiguracji i obsługi, będąc do końca 2013 r. pracownikiem Mennicy, Zamawiający nie wzywał Konsorcjum Mera do wyjaśnień.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp wynika zatem, że wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp nie ustala jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w przypadku informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego również na gruncie wskazanego przepisu ustawy pzp adekwatny jest {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN 1095/99; opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): *Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). 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”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.*

Hipoteza art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp obejmuje takie nieprawdziwe informacje, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Przy czym rozróżnienie poczynione w brzmieniu przepisu służy wyłącznie usunięciu wątpliwości, że jego zastosowanie obejmuje także nieprawdziwe informacje składane w postępowaniach wieloetapowych na etapie kwalifikacji podmiotowej. W takim przypadku, w odróżnieniu od postępowań jednoetapowych lub etapu złożenia oferty, takie nieprawdziwe informacje co

najwyżej mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Reasumując, w zależności od trybu postępowania lub etapu, na którym się aktualnie znajduje nieprawdziwe informacje albo mają wpływ albo mogą mieć wpływ na jego wynik.

Z obu powyżej wyszczególnionych przesłanek traktowanych łącznie wynika z kolei związek przyczynowo-skutkowy, polegający na tym, że nieprawdziwe informacje wypaczyły lub mogą wypaczyć wynik postępowania, który przedstawiałby się inaczej, gdyby wykonawca nie podał nieprawdziwych informacji, a zamawiający nie wziął ich pod uwagę jako odpowiadających rzeczywistości stanowi rzeczy.

W dotychczasowym orzecznictwie wskazywano, że wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.; dalej: „dyrektywa 2004/18/WE” lub „dyrektywa klasyczna”). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji.

Porównanie z pierwszą przesłanką art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp prowadzi do wniosku, że hipoteza przywołanego przepisu dyrektywy obejmuje zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach ma to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można uznać za przesłankę odpowiadającą poważnemu wprowadzeniu w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła dotychczas większych wątpliwości.

Jednakże art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, w odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, wprost odwołuje się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Konieczność uwzględnienia tej przesłanki przy stosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych.

W orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE zajęto również stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach

celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd.

W ocenie składu orzekającego Izby o ile nie budzi wątpliwości, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, wymaga przypisania winy wykonawcy, o tyle wskazany przepis dyrektywy klasycznej nie zawęży postaci tej winy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy.

Zdaniem Izby należy wziąć pod uwagę stanowisko, jakie zajął Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej. Ta ostatnia w prowadzonym przez siebie na podstawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż *pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...)* *Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego*

wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego... {por. pkt 75 i 119 wyroku}.

Zdaniem składu orzekającego Izby co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak treść przepisu art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego, tak jak art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE, odwołuje się do winy wykonawcy (kandydata) składającego niezetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy. Wydaje się więc uzasadnione, aby winę, o której mowa w obu tych przepisach dotyczących analogicznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, interpretować w taki sam sposób.

W przedstawionej 24 listopada 2016 r. opinii do sprawy C-387/14 Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu Rzecznik generalny {dalej również: „RG”} zajął zbliżone do powyżej zaprezentowanego stanowisko, zarówno co do przesłanki poważnego wprowadzenia w błąd, jak i kwestii winy wykonawcy w tym zakresie. W szczególności dochodząc do wniosku, że jeżeli wprowadzenie w błąd (poprzez przekazanie lub nieprzekazanie informacji) nie może mieć wpływu na rozstrzygnięcie postępowania, wówczas nie może w sposób uprawniony uzasadniać wykluczenia wykonawcy (co zostało nazwane „przesłanką skutku”). Z drugiej strony uznając z następujących powodów, że spełnienie tej przesłanki jest konieczne, ale i wystarczające do wykluczenia. Po pierwsze – w art. 45 ust. 2 lit. g) nie ma mowy o intencjach w ogólności ani o zamiarze, lekkomyślności lub niedbalstwie w szczególności, a co dopiero o skonkretyzowaniu tych pojęć. Ponadto art. 45 ust. 2 jedynie określa podstawowe przesłanki, zgodnie z którymi prawo Unii stwarza możliwość wykluczenia oferentów, odsyłając wprost do prawa krajowego w celu określenia warunków wykonania, co mogłoby się wiązać na przykład z pojęciami niedbalstwa lub zamiaru w przepisach prawa krajowego. Po drugie – nie można uznać za dające się praktycznie zastosować rozwiązanie, aby organ administracji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, często działający pod ogromną presją czasu, zmuszony zając się dużą liczbą obszernych złożonych dokumentów, wnikał w zamiar spółki i ustalał go. Po trzecie – nawet gdyby był w stanie to uczynić, nie byłoby to w rzeczywistości użyteczne, gdyż na ogół oczekuje się od wykonawców uczestniczących w przetargach dochowania należytej staranności, przyjmując domniemanie, że podmiot trudniący się zawodowo daną działalnością potrafi działać z należytą ostrożnością. Co sugeruje, że oprócz zamiaru prawdopodobnie uwzględniono by również różne postacie niedbalstwa. Gdyby było tak istotnie, to intencja faktycznie nie stanowiłaby żadnego autentycznego wyróżniającego kryterium. Resumując, doszedł do konkluzji, że przesłanka skutku jest warunkiem sine qua

non, jak również jest sama w sobie wystarczająca do zastosowania art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy.

Dodać należy, że powyższe rozważania odnośnie interpretacji przesłanek wprowadzenia w błąd i winy wykonawcy pozostają aktualne w kontekście art. 57 ust. 4 lit. h obowiązującej od 18 kwietnia 2016 r. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65), który również operuje kategorią wykonawcy winnego poważnego wprowadzenia w błąd, jak sprecyzowano dalej, przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów potwierdzających.

Odnotować można, że w ramach implementacji powyższego przepisu dyrektywy 2014/24/UE do porządku krajowego w ustawie pzp wprowadzono nowy przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Reasumując, w stanie prawnym obowiązującym dla przedmiotowego postępowania dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od podmiotu trzeciego.

Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc 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. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Reasumując, Izba podtrzymała w pełni stanowisko uprzednio wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 11 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 177/15), które zostało również podzielone w uzasadnieniach wyroków wydanych: 27 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 491/15), 13 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 2809/15), 26 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 1/16), 17 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 673/15) czy 24 czerwca 2016 r. (sygn. akt KIO 1010/16).

Jak już ustalono powyżej – nie zostało wykazane, że P. G. dysponuje co najmniej 5-letnim doświadczeniem na stanowisku kierowniczym, a tym samym Konsorcjum Mera przedstawiło na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu informacje, które nie odpowiadają prawdzie.

Izba zważyła, że do zamknięcia rozprawy Zamawiający, ani Przystępujący nie podjęli żadnej inicjatywy dowodowej, aby odeprzeć poparte dowodami twierdzenia Odwołującego, choć na mocy art. 190 ust. 1 zd. 2 pzp winni to uczynić. Zamiast tego Zamawiający ograniczył się do doszukiwania się wątpliwości interpretacyjnych tam, gdzie ich nie było po

stronie wykonawców, w tym Konsorcjum Mera. Względnie snucia przypuszczeń, że może P. G. pełnił takie stanowisko poza okresami zatrudnienia wykazanymi przez Odwołującego. Z kolei Przystępujący bezpodstawnie dopatrywał się pełnienia takiego stanowiska przez tę osobę w dowodach zgłoszonych przez Odwołującego, w sposób oczywiście sprzeczny z tym, co z tych dokumentów rzeczywiście wynika.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że powyżej zidentyfikowane nieprawdziwe informacje miały wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż dotyczyły jedynej osoby wskazanej przez Konsorcjum Mera na potwierdzenie spełniania jednego z obowiązujących w tym postępowaniu warunku udziału dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Po trzecie, Izba uznała, że Konsorcjum Mera jako grupa przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia co najmniej nie dołożyło należytej staranności profesjonalisty przy składaniu Zamawiającemu powyższych informacji, a wręcz dopuściło się rażącego niedbalstwa przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Skoro Przystępujący nie był w stanie, pomimo wezwania Zamawiającego, wykazać prawdziwości złożonych przez siebie informacji, nie może domagać się, aby Zamawiający wziął pod uwagę uzupełnienie dokumentów, jakiego samorzutnie dokonał wraz z wyjaśnieniami, choć nie był wzywany w tym zakresie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Nie podzielono stanowiska Zamawiającego, jakoby brak zawinienia po stronie Przystępującego, względnie brak wpływu nieprawdziwej informacji na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, należało rozpatrywać przez pryzmat faktu, że Konsorcjum Mera z własnej inicjatywy zaproponowało w miejsce osoby, której doświadczenie zakwestionowano, inną osobę, której doświadczenie nie jest kwestionowane.

Zamawiający nie miał prawa uwzględnić takiego uzupełnienia, *de facto* odstępując w ten sposób od stwierdzenia, że w stosunku do Konsorcjum Mera zachodzi przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Z odpowiedzi na odwołanie wynika wręcz, że Zamawiający dodatkowo wezwał Konsorcjum Mera do uzupełnienia informacji, czy nowo wskazana osoba jest jego potencjałem własnym (dysponuje nim bezpośrednio), czy też została oddana do jego dyspozycji przez inny podmiot. Z kolei ze wskazania w odpowiedzi przez Konsorcjum Mera pierwszej z tych możliwości Zamawiający wywiódł na rozprawie, jakoby było to równoznaczne z brakiem woli wprowadzenia w błąd Zamawiającego, przy braku jakichkolwiek podstaw faktycznych do takiego twierdzenia. Należy zauważyć, że zasób własny oznacza li tylko, że wykonawca dysponuje nim

bezpośrednio, a nie pośrednio, czyli, może to być zarówno zatrudniany przez wykonawcę pracownik, jak i osoba, która nawet ustnie wyraziła zgodę, że w razie uzyskania przez wykonawcę zamówienia będzie uczestniczyła w wykonywaniu przez niego zamówienia.

Wobec niemalże nieograniczonej w rozpatrywanym stanie prawnym możliwości uzupełniania dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, czyli w tym przypadku zastępowania jednych osób innymi, prezentowana przez Zamawiającego interpretacja prowadziła do niczym nieskrępowanej możliwości obchodzenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 26 ust. 3 pzp. Choć formalnie P. G. nie stanowi zasobu własnego, ponieważ został udostępniony przez Mera Systemy sp. z o.o., czyli wyłącznego udziałowca Mery Post sp. z o.o., nie budzi żadnych wątpliwości, że Konsorcjum Mera mogło dysponować tą osobą na upływ terminu składania ofert. Odmiennie niż w przypadku drugiej osoby, choć według oświadczenia stanowi ona zasób własny, nie wiadomo skąd pojawiła się, gdy okazało się, że zostały złożone nieprawdziwe informacje odnośnie osoby pierwotnie zgłoszonej. Na marginesie należy zauważyć, że nie wiadomo również, na jakiej postawie Zamawiający stwierdził, że Konsorcjum Mera wskazując nową osobę w wyjaśnieniach wykazało tym samym spełnianie warunku udziału nie później niż na dzień upływu terminu składania ofert.

Odnośnie stosowania art. 26 ust. 3 pzp w kontekście podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp skład orzekający Izby w pełni podziela stanowisko, wyrażone uprzednio wielokrotnie w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można w trybie art. 26 ust. 3 pzp zastępować inną informacją, choćby była prawdziwa i również wskazywała na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca przedstawia nieprawdziwe informacje, które są podstawą pozytywnej weryfikacji, nie można jednocześnie twierdzić, że wymagają one uzupełnienia. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna czy błędna. Tymczasem przesłanką zastosowania art. 26 ust. 3 pzp jest sytuacja, w której oświadczenia lub dokumenty zawierają tego rodzaju błędy, że z ich treści nie wynika potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Należy ponadto zauważyć, że ustawa pzp w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie zawsze musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków, co również wskazuje na to, że wyłącznie w tym drugim przypadku konieczne jest uprzednie wezwanie do uzupełnienia dokumentów, jeżeli z

treści pierwotnie złożonych nie wynika takie potwierdzenie.

Stanowisko przeciwne oznaczałoby, że w ramach przesłanki wpływu na wynik postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej wykładni normy art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wyłącznie wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku.

Zdaniem Izby taka interpretacja wpływu na wynik postępowania (poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego) jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia naczelnych zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp, zgodnie z którym zamawiający ma przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Prowadziłoby to również do odmiennego traktowania wykonawców, którzy są winni poważnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, w zależności od tego, czy dotyczyło to treści oferty, czy też warunków udziału w postępowaniu, względnie potwierdzenia zgodności dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego. Wyłącznie w tym drugim przypadku mogłoby dojść do zastąpienia nieprawdziwej informacji zupełnie inną ale prawdziwą informacją, gdyż co do zasady zmiana treści oferty nie jest dopuszczalna w ogóle.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2- 6 i 10 listy zarzutów}

Spośród licznie wyliczonych zarzutów kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia ma ten, który dotyczy braku umocowania osoby, która podpisała ofertę, do działania w imieniu jednego z członków Konsorcjum Mera.

Nie ma wątpliwości, że gdy 19 października 2016 r. Mera Post udzielała umocowania M. M., dysponowała tylko umocowaniem do reprezentacji siebie oraz Mery Serwis SGL, bo umocowanie od THC SPV8 uzyskała dopiero 20 października 2016 r. 24 października 2016 r. M. M. w imieniu Konsorcjum Mera podpisał ofertę (w tym wszystkie zawarte w niej dokumenty i oświadczenia, o których mowa szczegółowo w pozostałych zarzutach).

Izba zważyła, że z prawidłowo ustalonych okoliczności faktycznych Odwołujący

wywodzi błędne wnioski co do tego, że tak podpisaną ofertę podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Wskazując jako podstawę tej nieważności art. 104 kc, który stanowi, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania.

Odwołujący przechodzi do porządku dziennego nad faktem, że gdy M. M. podpisywał ofertę istniał już kompletny ciąg umocowania, gdyż każda z trzech spółek udzieliła Merze Post umocowania do reprezentowania Konsorcjum Mera. Nie można więc stwierdzić, że złożenie oferty podpisanej przez M. M. w imieniu Konsorcjum Mera stanowi jednostronną czynność prawną dokonaną w cudzym imieniu bez umocowania.

Ponadto Izba ustaliła, że w ofercie Konsorcjum Mera na str. 7-9 dokumentów oferty znajduje się umowa konsorcjum z 17 października 2016 r. zawarta pomiędzy wszystkimi trzema spółkami wchodzącymi w jego skład, które w jej treści ustanowiły Merę Post pełnomocnikiem do reprezentowania w postępowaniu i zawarciu umowy, który jest jednocześnie umocowany do udzielania dalszych pełnomocnictw.

Podniesione przez Odwołującego zarzut co do złożenia tej umowy w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika, którego umocowanie ma wykazywać, nie został zawarty w odwołaniu, a zatem z mocy art. 190 pzp nie podlegał kognicji Izby.

Tym samym niezasadne są wszystkie pozostałe zarzuty zasadzające się na podnoszeniu okoliczności, że M. M. nie był upoważniony do działania w imieniu jednej ze spółek wchodzących w skład Konsorcjum Mera.

W konsekwencji niezasadny jest również alternatywny zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa czy dokumentów w odniesieniu do spółki THC SPV8 na potwierdzenie spełnienia warunków udziału, braku podstaw do wykluczenia z postępowania lub innych wymagających potwierdzenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 7 i 10 listy zarzutów}

Zamawiający w rozdziale VII pkt 2 ppkt 1 lit. a s.i.w.z. określił, że stwierdzi spełnianie

przez wykonawcę warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli wykaże on, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wdrożył i uruchomił system elektronicznej karty miejskiej (biletu elektronicznego) w transporcie zbiorowym w mieście lub aglomeracji miejskiej nie mniejszej niż 150 000 mieszkańców lub wdrożył, uruchomił oraz utrzymywał lub utrzymuje system elektronicznej karty miejskiej (biletu elektronicznego) w transporcie zbiorowym w mieście lub aglomeracji miejskiej nie mniejszej niż 150 000

Izba ustaliła, że do oferty Konsorcjum Mera wraz załącznikami 30 i 31, wskazującymi i potwierdzającymi należyte wykonanie w Olsztynie przez R&G PLUS sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu {dalej również: „R&G”} usługi odpowiadającej pierwszej z powyższych alternatyw warunku, załączono podpisane przez tę ostatnią spółkę 21 października 2016 r. oświadczenie. Zgodnie z jego treścią oddała ona Konsorcjum Mera do dyspozycji na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, wiedzę i doświadczenie nabyte przy realizacji powyższego zamówienia, określając, że w ramach współpracy udostępni Konsorcjum Mera know-how oraz wytworzy, dostarczy i uruchomi istotne elementy sprzętowe lub programistyczne systemu elektronicznej karty miejskiej, przy czym w tym ostatnim zakresie zostanie zawarta umowa podwykonawstwa, a w pozostałym zakresie wdrożenia i uruchomienia systemu elektronicznej karty miejskiej będą świadczone usługi doradcze.

W sprawie zastosowanie ma art. 26 ust. 2b pzp 2b {*Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.*}, który musi być interpretowany z uwzględnieniem obowiązującego już w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania obowiązywał art. 63 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18 {dalej również: „nowa dyrektywa klasyczna” lub „dyrektywa 2014/24”}, który przewiduje, że wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów „tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne”.

W ocenie Izby Konsorcjum Mera wykazało, że może polegać na wiedzy i doświadczeniu R&G, gdyż w razie uzyskania zamówienia spółka ta będzie jego podwykonawcą, który wytworzy, dostarczy i uruchomi istotne elementy sprzętowe oraz programistyczne systemu elektronicznej karty miejskiej, czyli zrealizuje zakres przedmiotowego zamówienia, do którego wykonania niezbędna jest wiedza i doświadczenie nabyte przy okazji osobistego wykonywania tego typu czynności. Jedynie w pozostałym zakresie udział podmiotu trzeciego będzie miał charakter pośredni, polegający na przekazaniu know-how oraz świadczeniu usług doradczych.

Izba nie dostrzega w użyciu określenia „istotne elementy” zagrożenia dowolnego kształtowania przez R&G zakresu swojego bezpośredniego udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia, również z tego względu, że Odwołujący nie skonkretyzował swojego zarzutu przez wskazanie konkretnych elementów, które jego zdaniem mogą podlegać takiej manipulacji ze strony podmiotu udostępniającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp nie potwierdził się, gdyż Konsorcjum Mera wykazało spełnianie opisanego na wstępie warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji niezasadny jest również alternatywny zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia tego warunku.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 8 i 9 listy zarzutów}

Pozostałe zarzuty mają charakter niesamoistny, stąd zasadność zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 pzp i art. 7 ust. 3 pzp jest po prostu konsekwencją potwierdzenia się zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum Mera z postępowania.

Odmienne jednak należy rozstrzygnąć zarzut naruszenia art. 7 ust 1 pzp, gdyż odwołanie zawiera żadnych okoliczności wskazujących na to, że Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3, a w konsekwencji również art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych miało istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: