

Sygn. akt KIO 2114/18
KIO 2130/18

WYROK
z dnia 19 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Adam Skowroński
Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 oraz 16 listopada 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 15 października 2018 r. przez wykonawcę (Odwołującego): Betacom Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2114/18),
- B. w dniu 15 października 2018 r. przez wykonawcę (Odwołującego): Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2130/18),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Katowice

przy udziale:

- 1) wykonawcy Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2114/18,
- 2) wykonawcy Smart In Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2114/18 oraz 2130/18,

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 2114/18:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Odwołującego na rzecz wykonawcy Smart In Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

II. Sygn. akt KIO 2130/18:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania przez wykonawcę Smart In Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach warunku udziału w Postępowaniu określonego w Części III pkt 15. 2). 3). lit. e) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwanie wykonawcy Smart In Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu osób w zakresie informacji dotyczących doświadczenia osób wskazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w Części III pkt 15. 2.) 3) lit. e) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w odniesieniu do projektów, w których uczestniczyły te osoby, tj. poprzez podanie informacji umożliwiających identyfikację tych projektów oraz informacji o źródłach (systemach), o których mowa w treści opisu warunku.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Smart In Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach, i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od wykonawcy Smart In Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2114/18

KIO 2130/18

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Katowice („Zamawiający”) prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa platformy służb odpowiedzialnych za bezpieczeństwo” (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 kwietnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 082-184491.

KIO 2114/18

I. W dniu 15 października 2018 r. Odwołujący – Betacom Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie („Odwołujący Betacom”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności Zamawiającego związane z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej podjęte w Postępowaniu.

Odwołujący Betacom zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy Smart in Sp. z o.o. Sp. K. [dalej jako „Wykonawca Smart In”, „spółka Smart In” lub „Przystępujący Smart In”] podlegającego wykluczeniu z Postępowania z powodu niewykazania przez tego Wykonawcę spełnienia warunku udziału w Postępowaniu poprzez niewykazanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia osób wskazanych w ofercie;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w Postępowaniu, tj. nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie Postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która w sytuacji niewykazania przez Wykonawcę (którego ofertę oceniono jako najkorzystniejszą, a następnie uznano za najkorzystniejszą) spełniania warunków udziału w Postępowaniu i konieczności jego wykluczenia, podlegała obligatoryjnemu odrzuceniu;

- 4) art. 25 ust. 1 w związku z ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 14 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - przez uznanie dokumentów, co do formy odpowiadającym dokumentom wymienionym w w/w rozporządzeniu.

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

- 1) dokonanie ponownej oceny ofert;
- 2) wykluczenie Wykonawcy Smart In z Postępowania;
- 3) odrzucenie oferty Wykonawcy Smart In;
- 4) ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący Betacom w szczególności wskazał, co następuje:

Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia dotyczył m.in.:

- 1) specjalisty, który będzie pełnił rolę Kierownika projektu w zakresie zarządzania projektami posiadający Certyfikat PRINCE lub równoważny oraz w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania oferty uczestniczył w roli Kierownika Projektu w co najmniej jednym projekcie o wartości powyżej 1 000 000 PLN i trwającym co najmniej pół roku obejmującym wdrożenie oprogramowania sprzętu komputerowego;
- 2) minimum 2 programistów i minimum 1 architekta, z których każdy posiada: minimum jeden z certyfikatów wymienionych w punkcie 4 oraz doświadczenie w co najmniej dwóch projektach (realizowanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosku) polegających na budowaniu rozwiązań w środowisku IBM IOC o wartości każdego projektu co najmniej 300 000 PLN.

Dowód: SIWZ (w aktach sprawy);

Ze złożonej przez Wykonawcę Smart In oferty wynika, że warunek wskazany powyżej nie został spełniony. Zgodnie z Protokołem nr 21 z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 21 sierpnia 2018 r. oferta, która otrzymała największą liczbę punktów została złożona przez Wykonawcę Smart In. Na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwał Wykonawcę Smart in do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp:

- a) w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej - zgodnie z zapisem części X pkt 49 SIWZ,

- b) w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej - zgodnie z zapisem części X pkt 50 SIWZ - wykaz osób,
- c) w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z udziału w Postępowaniu Wykonawca winien przedłożyć dokumenty i oświadczenia - zgodnie z zapisem części X pkt 52 SIWZ, również w odniesieniu do innych podmiotów na zdolnościach lub sytuacji których polega Wykonawca na zasadach określonych w art. 22 a ustawy Pzp - zgodnie z zapisem części X pkt 54.1 SIWZ.

Zgodnie z treścią Protokołu nr 21 z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 06 września 2018 r. powzięto wątpliwość odnośnie doświadczenia poszczególnych osób wskazanych przez Wykonawcę Smart In do wykonania zamówienia, w szczególności polegającej na braku informacji o projektach, w których uczestniczyły te osoby, co uniemożliwia weryfikację czy projekty te zostały zrealizowane w okresie ostatnich 5 lat a także informacji o wartości poszczególnych projektów. W związku z tym, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pismem z dnia 07 września 2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę Smart In do złożenia wyjaśnień do wykazu osób, które będą uczestniczyć w zamówieniu oraz do uzupełnienia wykazu o niezbędne informacje (zgodnie ze wzorem sporządzonym przez Zamawiającego).

Następnie, na posiedzeniu Komisji przetargowej z dnia 14 września 2018 r. i analizie dokumentacji przedstawionej w dniu 12 września 2018 r. przez Wykonawcę Smart In powzięto wątpliwość co do doświadczenia osób wskazanych w projekcie „Wdrożenie Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu Miejskiego IM3”. W konsekwencji, celem zweryfikowania wątpliwości pismem z dnia 17 września 2018 r. Zamawiający wysłał zapytanie do Miasta Mysłowice m.in. celem ustalenia: czy w ramach realizowanego przez Miasto Mysłowice projektu „Wdrożenie Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu Miejskiego IM3” osoby takie jak: Pan M.K. (okres od 08.2017 do 05.2018), Pan R.G. (okres od 08.2017 do 05.2018), Pan Z.G. (okres od 08.2017 do 05.2018) wykonywały zamówienie oraz czy wskazane terminy wykonywania przez nich czynności zostały podane prawidłowo. Poproszono o wskazanie czy firma QUMAK S. A. wykonywała to zamówienie, a jeżeli tak to czy Wykonawca projektu firma QUMAK S. A. wykonywała to zamówienie osobami takimi jak: Pan M.K., Pan R.G., Pan Z.G.. Nadto, poproszono o podanie zasad na podstawie których firma QUMAK S. A. dysponowała w/w osobami, szczególnie w okresie od 08.2017 r. do 05.2018 (czy były to osoby podwykonawcy czy na podstawie zawartej z tymi osobami umowy).

W odpowiedzi Miasta Mysłowice z dnia 18 września 2018 r. wskazano, że w dokumentacji przetargowej i w umowie osoby wskazane przez Zamawiającego nie występują. Okoliczność ta była podstawą do wezwania w trybie art 26 ust. 4 ustawy Pzp spółki Smart In do złożenia

wyjaśnień celem rozstrzygnięcia zaistniałej sytuacji. Pismem z dnia 26 września 2018 r. spółka Smart In złożyła informację, iż w projekcie realizowanym przez Miasto Mysłówice pn. „Wdrożenie Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu Miejskiego IM3” spółka Smart In była podwykonawcą spółki QUMAK S.A. Nadto, oświadczyła iż Panowie: R.G., M.K. i Z.G. stanowili potencjał osobowy i brali udział w realizacji przedmiotu zamówienia w ramach współpracy ze spółką Smart In. Do pisma załączono dwa zaświadczenia spółki QUMAK S. A., każde z dnia 12 września 2018 r. Z pierwszego z nich wynika, że Pan R.G. (programista) i Pan Z.G. (architekt/programista) brali udział w realizacji projektu „Wdrożenie Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu Miejskiego IM3” (ZP. 271.1.2.2017. JS) dla Zamawiającego Gmina Miasto Mysłówice. Z drugiego zaś można wywieść zapewnienie, iż osoby takie jak: Pan M.K., Pan R.G. i Pan Z.G. posiadają doświadczenie polegające na budowaniu rozwiązań w środowisku IBM IOC o wartości projektu co najmniej 300 000 PLN. Nadto, złożono pismo Gminy Miasta Mysłówice z dnia 28 września 2018 r. informujące, że Pan Z.G. uczestniczył w otwarciu Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu Miejskiego IM3 i był przedstawiany jako architekt rozwiązań monitoringu z firmy QUMAK S. A. Powyżej opisane czynności podjęte przez spółkę Smart In skłoniły Zamawiającego do uznania, iż spółka ta wykazała, iż wskazane osoby, tj. Pan M.K., Pan R.G. i Pan Z.G. posiadają wymagane doświadczenie zawodowe, co skutkowało wyborem spółki Smart In do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Dowody:

- Protokół nr 21 z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 21 sierpnia 2018 r. (w aktach sprawy),
- pismo Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2018 r. (w aktach sprawy),
- Protokół nr 22 z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 06 września 2018 r. (w aktach sprawy),
- pismo Zamawiającego z dnia 07 września 2018 r. (w aktach sprawy),
- Protokół nr 24 z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 14 września 2018 r. (w aktach sprawy),
- pismo Zamawiającego do Gminy Miasta Mysłówice z dnia 17 września 2018 r. (w aktach sprawy),
- pismo Miasta Gminy Mysłówice z dnia 18 września 2018 r. (w aktach sprawy),
- Protokół nr 25 z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 24 września 2018 r. (w aktach sprawy),
- pismo Zamawiającego z dnia 25 września 2018 r. (w aktach sprawy),
- pismo Smart In Sp. z o. o. Sp. k. z dnia 26 września 2018 r. wraz z załączonymi do pisma:

- zaświadczeniem QUMAK S.A. z dnia 12 września 2018 r. dot. osoby Pana M.K., Pana R.G., Pana Z.L.,
- zaświadczenie QUMAK S.A. z dnia 12 września 2018 r. dot. osoby Pana Z.L. (architekta/programisty), Pana R.G. (programisty) (wszystkie w aktach sprawy),
- pismo Miasta Gminy Mysłowice z dnia 28 września 2018 r. (w aktach sprawy),
- Protokół nr 26 z posiedzenia Komisji przetargowej z dnia 02 października 2018 r. (w aktach sprawy),
- ogłoszenie z dnia 04 października 2018 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty (w aktach sprawy).

Jak zostało podkreślone, Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ustalił, że spełnianie warunku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi nastąpić poprzez wykazanie przez Wykonawcę ubiegającego się o zamówienie publiczne doświadczenia osób wskazanych w ofercie na realizację zamówienia pn. „Budowa platformy służb odpowiedzialnych za bezpieczeństwo”. Odwołujący Betacom wskazuje, iż Wykonawca Smart in nie spełnił warunku SIWZ polegającego na posiadaniu minimum 2 programistów i minimum 1 architekta, z których każdy posiada: minimum jeden z certyfikatów wymienionych w punkcie 4 oraz doświadczenie w co najmniej dwóch projektach (realizowanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosku) polegających na budowaniu rozwiązań w środowisku IBM IOC o wartości każdego projektu co najmniej 300 000 PLN.

W powyższym kontekście Odwołujący Betacom zwraca uwagę, iż po pierwsze z przedstawionych przez Wykonawcę zaświadczeń firmy QUMAK S. A. nie wynika w żaden sposób, aby potwierdzono spełnienie przez osoby wskazane do realizacji zamówienia przez Wykonawcę Smart In podstawowych warunków posiadania doświadczenia w co najmniej dwóch projektach (realizowanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosku) oraz polegających na budowaniu rozwiązań w środowisku IBM IOC i to o wartości każdego projektu co najmniej 300 000 PLN. W szczególności należy wskazać, iż z przedmiotowych dokumentów nie wynika, iż każda z osób (architekt i dwóch programistów) budowała rozwiązania w środowisku IBM IOC o wartości każdego projektu co najmniej 300 000 PLN. W zaświadczeniach widnieje zbiorcza wartość projektu bez przypisania osób do poszczególnych projektów i ich wartości.

Ponadto, zaświadczenie spółki QUMAK S. A. nie może być uwzględnione w procedurze podmiotowego badania zdolności Wykonawcy i spełniania przez niego warunków udziału w Postępowaniu albowiem kwestionując poprawność i prawidłowość informacji zawartych na obu zaświadczeniach z dnia 12 września 2018 r. to nade wszystko Odwołujący Betacom zwraca uwagę na ich sporządzenie w sposób niezgodny z zasadami reprezentacji panującymi w spółce QUMAK S.A. skutkującymi wyłączeniem niniejszych zaświadczeń poza margines

badania prowadzonego przez Zamawiającego. Zgodnie z informacją wynikającą z odpisu pełnego z rejestru przedsiębiorców pobranego dla spółki QUMAK S.A. zarejestrowanej pod numerem KRS 0000019455 do składania oświadczeń i podpisywania w imieniu spółki uprawnieni są dwaj członkowie zarządu łącznie albo jeden członek zarządu łącznie z prokurentem, a zaświadczenie zostało podpisane przez jednego członka Zarządu.

Dowód: odpis pełny z rejestru przedsiębiorców spółki QUMAK S. A.

W konsekwencji zaświadczenie sporządzone i podpisane niezgodnie z zasadami reprezentacji spółki – tj. wyłącznie przez jednego członka Zarządu w osobie wiceprezesa Pana K.P. jest nieprawidłowe, wadliwe i nieskuteczne w stopniu uniemożliwiającym (szczególnie na aktualnym etapie procedury) konwalidację. Tym samym, do obowiązków profesjonalnego podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego należy dbałość, aby przedstawiane dokumenty i oświadczenia spełniały warunki wymagane przez powszechnie znane przepisy prawa.

Odwołujący Betacom powołał się na stanowisko Izby przedstawione w wyrokach: z dnia 10 stycznia 2018 r. KIO 2686/17, z dnia 19 stycznia 2018 r. KIO 44/18 oraz z dnia 4 kwietnia 2018 r. KIO 508/18.

Mając to na uwadze Odwołujący Betacom stwierdził, iż pomimo wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia przez Wykonawcę Smart In aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, a następnie wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia, uzupełnienia, poprawienia oświadczeń lub dokumentów, czy też do udzielenia wyjaśnień we wskazanym terminie, Wykonawca Smart In takich dokumentów nie przedstawił - co skutkuje brakiem wykazania zdolności technicznej lub zawodowej dyskwalifikującej tego Wykonawcę z przedmiotowej procedury.

Zważywszy na treść art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp spółka Smart In jako wykonawca, który nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu i nie wykazał braku podstaw wykluczenia, winien zostać zgodnie z zapisami ustawy Pzp wykluczony, zaś złożona przez niego oferta odrzucona. Nie jest jednocześnie dopuszczalne ponowne wezwanie tego Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym samym zakresie, w jakim był już raz wzywany do ich uzupełnienia.

Ponadto Odwołujący Betacom wskazał, że zgodnie z § 14 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia

publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą. Dokumenty dotyczące podwykonawców (podmiotów trzecich) zostały poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, co jest niezgodne z w/w rozporządzeniem (m.in. dokumenty stanowiące wypis z KRK IBM Polska Sp. z o.o., zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami, zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS, inne zaświadczenia i dokumenty złożone przez wykonawcę a dotyczące podmiotów trzecich). Powyższe stanowisko potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt: KIO 2037/10, gdzie wskazano, iż *„wykładnia literalna w/w przepisu pozwala na stwierdzenie, iż w przypadku składania dokumentów w formie kopii, w zależności od okoliczności, czy dotyczą samego wykonawcy czy też są to dokumenty dotyczące podmiotów trzecich, z zasobów których wykonawca korzysta, muszą być odpowiednio poświadczane „za zgodność z oryginałem” przez wykonawcę, jeśli dotyczą wykonawcy, przez podmiot trzeci, jeśli dotyczą podmiotu trzeciego”*.

Na zakończenie Odwołujący Betacom stwierdził, iż mając na uwadze treść uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2018 r., KIO 226/18, z którego wynika że *„Interpretacja warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna być dokonywana z uwzględnieniem celu, jakiemu te warunki służą, a jest nim zapewnienie wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia”* (Legalis, Numer 1765463), konieczność zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także całokształt przedstawionych okoliczności faktycznych i prawnych naruszeń, niniejsze odwołanie jest zasadne i winno zostać uwzględnione.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 23 października 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, z której wynikało, że uwzględnia zarzuty odwołania. Stanowisko to zostało podtrzymane przez Zamawiającego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 18 października 2018 r. wykonawca Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 19 października 2018 r. wykonawca Smart In Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 26 października 2018 r. Wykonawca Smart In wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Stanowisko to

zostało podtrzymane przez Wykonawcę Smart In na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania. Pisemne stanowisko w sprawie zostało przez Wykonawcę Smart In przedstawione w piśmie procesowym z dnia 29 października 2018 r., w którym między innymi wniósł o odrzucenie odwołania w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

KIO 2130/18

I. W dniu 15 października 2018 r. Odwołujący – Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie („Odwołujący Comparex”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Smart In jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne skierowanie do Wykonawcy Smart In wezwania o uzupełnienie dokumentów z dnia 7 września 2018 roku;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Smart In z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w Części III pkt 15 ppkt 3) lit. e) SIWZ,

a w konsekwencji naruszenie

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania;

a także:

- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Smart In do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w sytuacji, gdy w dniu 30 sierpnia 2018 roku Wykonawca Smart In poinformował Zamawiającego o zbędności przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w takim zakresie, w jakim odnoszą się do Pana Z.L., w zakresie jakim Z.G. udostępnił Wykonawcy Smart In zasoby wiedzy i doświadczenia na które Wykonawca Smart In powołał się we wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący Comparex wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty Wykonawcy Smart In,
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy Smart In,
- 3) ewentualnie w stosunku do żądania z pkt 2) nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy Smart In do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w takim zakresie, w jakim odnoszą się do Pana Z.L. w zakresie jakim Z.G. udostępnił Wykonawcy Smart In zasoby wiedzy

i doświadczenia na które Wykonawca Smart In powołał się we wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu,

- 4) nakazanie Zamawiającemu ukończenia procedury oceny ofert, a w konsekwencji dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej

Odwołujący Comparex wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności wskazane przy okazji powołania każdego z dowodów. Ponadto, Odwołujący Comparex wniósł o zobowiązanie Zamawiającego w trybie art. 248 § 1 k.p.c. w związku z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp do przedłożenia na rozprawie opisu przedmiotu zamówienia pn. *Zaprojektowanie oraz wykonanie systemu monitoringu i analizy dla zadania inwestycyjnego pn.: „Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy”*.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący Comparex wskazał w szczególności, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Po złożeniu ofert ostatecznych, w dniu 21 sierpnia 2018 roku Zamawiający w trybie art. 26 ust. 2 ustawy wezwał Wykonawcę Smart In do przedłożenia dokumentów wymienionych w Rozdziale X pkt 49, 50, 52, 54 pkt 1) SIWZ /dowód: wezwanie z dnia 21 sierpnia 2018 roku - w aktach Postępowania – na okoliczność treści wezwania z dnia 21 sierpnia 2018 roku/. Wymaga podkreślenia, iż uprzednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Wykonawca Smart In załączył wykaz osób uczestniczących w realizacji Zamówienia, wskazując jako specjalistę „analityka” Panią D.P., a jako specjalistę „architekta” Pana M.S. /dowód: wniosek Wykonawcy Smart In o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu - w aktach sprawy na okoliczność personaliów pierwotnie wskazanych specjalistów/. W odpowiedzi Wykonawca Smart In w dniu 30 sierpnia 2018 roku złożył Zamawiającemu szereg pism stanowiących odpowiedź na powyższe wezwanie. Między innymi:

1/ pismem z dnia 30 sierpnia 2018 roku Wykonawca Smart In wskazał, iż dysponuje specjalistą „analitykiem” Panem R.S. zamiast Pani D.P.,

2/ pismem z dnia 30 sierpnia 2018 roku Wykonawca Smart In wskazał, iż dysponuje specjalistą „architektem” Panem J.B. zamiast Pana M.S.,

3/ złożył wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia obejmujący Pana R.G. oraz M.S. pełniących funkcje odpowiednio „analityka” i „architekta”.

/dowód: pisma jw. wykaz osób - w aktach Postępowania - na okoliczność ustosunkowania się Wykonawcy Smart In do treści wezwania/

W konsekwencji Wykonawca Smart In z własnej inicjatywy dokonał zmiany dwóch osób objętych pierwotnych wykazem załączonym do wniosku o dopuszczenie do Postępowania. Zamawiający wezwaniem z dnia 7 września 2018 roku wezwał Wykonawcę Smart In do wyjaśnień w przedmiocie projektów w jakich uczestniczyli specjaliści wymienieni w wykazie osób, albowiem Zamawiający powziął wątpliwości co do tego czy osoby te legitymują się wymaganym doświadczeniem /dowód: pismo Zamawiającego z dnia 7 września 2018 roku — w aktach Postępowania/. Wypada zauważyć, iż zgodnie z Rozdziałem III. 1.3 ppkt 1 ppkt 3 lit e) Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał, cyt.: „e) *min 1 analityk oraz min 1 architekt posiadający doświadczenie w co najmniej jednym projekcie polegającym na budowaniu rozwiązań obejmujących korelacje danych z różnych systemów oraz obejmujących tworzenie prognoz i scenariuszy sytuacyjnych w oparciu o dane uzyskane z minimum 3 źródeł z wymienionych w podpunktach od a) do d)*”

a punkty a) do d) brzmiały:

„a) min 1 programista posiadający co najmniej jeden z certyfikatów wymienionych w pkt 4 oraz doświadczenie w co najmniej jednym projekcie polegającym na budowaniu rozwiązań obejmujących korelacje danych z systemów analityki wideo.

b) min 1 programista posiadający co najmniej jeden z certyfikatów wymienionych w pkt 4 lub doświadczenie w co najmniej jednym projekcie polegającym na budowaniu rozwiązań obejmujących korelacje danych z systemów monitoringu pogody zintegrowany w IOC,

c) min 1 programista posiadający co najmniej jeden z certyfikatów wymienionych w pkt 4 lub doświadczenie w co najmniej jednym projekcie polegającym na budowaniu rozwiązań obejmujących korelacje danych z systemów monitoringu zanieczyszczeń powietrza zintegrowany w IOC,

d) min 1 programista posiadający co najmniej jeden z certyfikatów wymienionych w pkt 4 oraz doświadczenie w co najmniej jednym projekcie polegającym na budowaniu rozwiązań obejmujących korelacje danych z systemów monitoringu miejskiego ruchu drogowego”

/dowód: ogłoszenie o zamówieniu - w aktach Postępowania/.

Identyczne warunki uczestnictwa w Postępowaniu określa Rozdział III pkt 15 pkt 3) e) SIWZ /dowód: Rozdział III pkt 15 pkt 3) e) SIWZ w aktach Postępowania/.

W wykazie z dnia 30 sierpnia 2018 roku Wykonawca Smart In wskazał następujące doświadczenie Pana R.G. i Pana J.B.: *„doświadczenie w co najmniej jednym projekcie polegającym na budowaniu rozwiązań obejmujących korelacje danych z różnych systemów oraz obejmujących tworzenie prognoz i scenariuszy sytuacyjnych w oparciu o dane uzyskane z minimum 3 źródeł”* - lecz opis doświadczenia nie wskazywał na rodzaj źródeł w relacji do

wyżej powołanych pkt a) - d) co uniemożliwiało Zamawiającemu weryfikację czy doświadczenie to jest zgodne z wymaganiami /dowód: wykaz osób Wykonawcy Smart In z dnia 30 sierpnia 2018 roku - w aktach Postępowania/.

Zamawiający oparł wezwanie z dnia 7 września 2018 roku na art. 26 ust.3 ustawy Pzp. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, Wykonawca Smart In w dniu 12 września 2018 roku złożył wyjaśnienia, w tym poprzez złożenie nowego wykazu w formacie oczekiwanym przez Zamawiającego gdzie oświadczył, iż:

1/ w zakresie specjalista „analityk” opierać się będzie na J.B., czyli tej samej osobie co w wykazie z dnia 30 sierpnia 2018 roku,

2/ w zakresie specjalista „architekt” opierać się będzie na Z.L., czyli innej osobie niż „architekt” z wykazu załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu i innej niż „architekt” z wykazu 30 sierpnia 2018 roku

/dowód: wykaz osób Wykonawcy Smart In z dnia 12 września 2018 roku - w aktach Postępowania/.

Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wezwanie o uzupełnienie dokumentów z art. 26 ust.3 ustawy Pzp, Zamawiający może wystosować w danym aspekcie tylko raz. Jednocześnie także Wykonawca z własnej inicjatywy może dokonać uzupełnienia dokumentów tylko raz. Odwołujący Comparex powołał się na stanowisko Izby przedstawione w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej wydanych w sprawach KIO 2706/17 oraz KIO 2356/17.

Jak wyżej podniesiono wykaz złożony przez Wykonawcę Smart In z dnia 30 września 2018 roku był trzecim wykazem osób złożonym w Postępowaniu, zatem po złożeniu drugiego wykazu z dnia 30 września 2018 roku Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Wykonawcy Smart In do uzupełnienia wykazu, w związku z tym wezwanie z dnia 7 września 2018 roku nastąpiło z naruszeniem art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego w wykazie uzupełnionym w dniu 12 września 2018 roku Smart In zawarł oświadczenie, iż doświadczenie specjalisty „analityka” i specjalisty „architekta” wynikało z uczestnictwa w zamówieniu pod nazwą „*Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy*”, który był realizowany przez Zamawiającego w okresie marzec 2014 do wrzesień 2016. Postępowanie w sprawie powyższego zamówienia prowadzone było pod nazwą „*Zaprojektowanie oraz wykonanie systemu monitoringu i analizy dla zadania inwestycyjnego pn.: „Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy*”. Zamówienie to obejmowało zadania obejmujące korelacje danych z systemów monitoringu miejskiego ruchu drogowego oraz z korelacje danych z systemów analityki wideo a więc jedynie 2 z 4 systemów wymienionych

Rozdziale III. 1.3 ppkt 1 ppkt 3 lit e) Ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale III pkt 15 pkt 3) e) SIWZ /dowód: ogłoszenie o zamówieniu „Zaprojektowanie oraz wykonanie systemu monitoringu i analizy dla zadania inwestycyjnego pn.: „Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy” (w załączeniu); opis przedmiotu zamówienia dla powyższego postępowania/.

Analiza ogłoszenia i opisu przedmiotu zamówienia pozwala na stwierdzenie, iż podane w wykazie z dnia 12 września 2018 roku doświadczenie specjalistów Wykonawcy Smart In „architekt” i „analityk” nie odpowiada sformułowanym przez Zamawiającego warunkom uczestnictwa w Postępowaniu, co na obecnym etapie Postępowania z uwagi na argumentację powyższą (wyczerpanie możliwości uzupełnienia dokumentów przez Wykonawcę Smart In) stanowi podstawę do wykluczenia Wykonawcy Smart In z Postępowania i odrzucenia oferty Wykonawcy Smart In. Należy także zauważyć, iż oświadczenia IBM Polska Sp. z o.o. z dnia 12 września 2018 roku dołączone do wyjaśnień Wykonawcy Smart In z dnia 12 września 2018 roku dotyczące doświadczenia R.G., Z.L. oraz J.B. (3 dokumenty) wskazują jedynie na doświadczenie w projekcie opartym na korelacji danych z 3 systemów ale bez wskazywania rodzajów tych systemów w świetle ich rodzajowości narzuconej przez warunki udziału w Postępowaniu. Dokumenty te nie stanowią zatem potwierdzenia nabycia doświadczenia przez kwestionowanych specjalistów Wykonawcy Smart In. Wypada także podkreślić, iż stanowisko Komisji przetargowej do spełnienia przez Wykonawcę Smart In warunków udziału w Postępowaniu nie było jednolite, albowiem inżynier kontraktu zgłosił zdanie odrębne /dowód: protokół komisji przetargowej nr 26, załącznik do protokołu Postępowania zawierający zdanie odrębne inżyniera Kontraktu - w aktach Postępowania na okoliczność treści zdania odrębnego inżyniera kontraktu/.

Naruszenie art. 26 ust.3 Ustawy.

Niezależnie od wyżej omówionych zarzutów Odwołujący Comparex podnosi, iż w wezwaniu z dnia 21 sierpnia 2018 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę Smart In do przedłożenia w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. Z uwagi na fakt, iż we wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Wykonawca Smart In powołał się na zasoby wiedzy i doświadczenia jakimi dysponował Pan Z.G. i jakie użyczył Wykonawca Smart In. Wykonawca Smart In wskazał Pana Z.L. jako podwykonawcę, przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą INTELIT Z.G., który zapewniał swoją osobę jako specjalistę o określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia kwalifikacjach, będących warunkiem udziału w Postępowaniu /dowód: wniosek Wykonawcy Smart In o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu - w aktach sprawy/.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca Smart In odmówił przekazania dokumentów dotyczących podwykonawcy INTELIT Z.G. twierdząc, iż w dniu złożenia oferty i dacie złożenia odpowiedzi (tj. 30 sierpnia 2018 roku) Pan Z. odpowiednio był i jest pracownikiem Wykonawcy Smart In. /dowód: pismo Wykonawcy Smart In w dnia 30 sierpnia 2018 roku - w aktach Postępowania – na okoliczność odmowy przedstawienia dokumentów i motywów odmowy/.

Odwołujący podnosi, iż wezwanie Zamawiającego oparte na art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp zmierza do weryfikacji prawdziwości wstępnego oświadczenia jakie wykonawca i podmiot udostępniający złożyli w dokumentach, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp tj. dokumentach JEDZ dołączonych do wniosku. W takim stanie prawnym wykonawca jest obowiązany do przedstawienia zamawiającemu tych dokumentów, które pozostają adekwatne do treści oświadczeń złożonych przez wykonawcę i udostępniającego w JEDZ na dzień złożenia tych oświadczeń. Nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zmiana roli podmiotu udostępniającego zasoby z podwykonawcy na pracownika zwalnia Zamawiającego z badania prawdziwości oświadczeń złożonych na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Celem składania tych wstępnych oświadczeń jest tylko oszczędność procesowa polegająca na czasowym przyjęciu domniemania braku podstaw wykluczenia i przesunięcia badania wystąpienia ewentualnych podstaw wykluczenia na etap późniejszy, jakkolwiek nie zmienia to zasady, iż badanie prowadzi się w odniesieniu do stanu z dnia złożenia oświadczeń. Zarówno wykonawca jak i udostępniający składają wstępne oświadczenia w określonym stanie faktycznym i rolach jakie przyjmują w postępowaniu i te oświadczenia są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu. Czynność Zamawiającego polegająca na weryfikacji oświadczeń nie zmienia swego przedmiotu jakim są okoliczności opisane we wstępnych oświadczeniach, lecz tylko czynność ta ulega przesunięciu w czasie na późniejszy etap postępowania. Gdyby hipotetycznie uznać, iż zmiana ról podmiotu udostępniającego zasoby zwalnia Zamawiającego z obowiązku badania prawdziwości złożonych oświadczeń będących jedynie wstępnymi oświadczeniami, to oznaczałoby to niemożność realizacji funkcji oświadczeń z art 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji prowadziłyby to do sanacji faktu, iż złożono wstępne oświadczenia o nieprawdziwej treści. Jeżeli hipotetycznie założymy, iż podmiot udostępniający posiadał zaległości podatkowe w dacie złożenia ofert a wykonawca przedłożył wstępne oświadczenie udostępniającego o braku takich zaległości, to zmiana roli podmiotu udostępniającego na pracownika wykonawcy nie może prowadzić do pozbawienia Zamawiającego uprawnienia do zweryfikowania uprzednio złożonego oświadczenia, gdyż właśnie wstępne oświadczenia udostępniającego stało się podstawą do niedokonania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Orzecznictwo Krajowej Izby wskazuje, iż o ile aktualność oświadczeń

składanych na podstawie art. 26 ustawy Pzp jest wymagana na datę ich złożenia, to treść tych oświadczeń odnosić się winna do stanu faktycznego aktualnego na dzień składania ofert. Skoro przesłanki braku podstaw wykluczenia mają związek z określoną rolą składającego oświadczenie, to weryfikacja dotyczy właśnie treści oświadczenia w kontekście roli jaką składający oświadczenia odgrywał w Postępowaniu. Celem badania podstaw wykluczenia jest także ustalenie, czy oświadczenia złożone we wstępnych oświadczeniach są prawdziwe pod kątem wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp jako sui generis sankcje za złożenie nieprawdziwych oświadczeń.

Odwołujący Comparex powołał się na stanowisko Izby przedstawione w wyrokach w sprawie KIO 65/18 i KIO 2720/17.

Reasumując Odwołujący Comparex stwierdził, iż Zamawiający był obowiązany wezwać Wykonawcę Smart In w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w takim zakresie w jakim odnoszą się do Pana Z.L. w zakresie w jakim Z.G. udostępnił Wykonawcy Smart In zasoby wiedzy i doświadczenia, na które Wykonawca Smart In powołał się we wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 23 października 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie stwierdzając, iż odwołanie podlega oddaleniu, za wyjątkiem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który to zarzut podlega odrzuceniu. W związku z nieuwzględnieniem przez Izbę wniosku o odrzucenie ww. odwołania w zakresie ww. zarzutu, Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania złożył oświadczenie o uwzględnieniu tego zarzutu.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 19 października 2018 r. wykonawca Smart In Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 26 października 2018 r. Wykonawca Smart In działając z ostrożności procesowej złożył oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego jakichkolwiek zarzutów odwołania. W związku z nieuwzględnieniem przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a następnie uwzględnieniem odwołania w tej części przez Zamawiającego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania Wykonawca Smart In wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w ww. zakresie. Pisemne stanowisko w sprawie

Wykonawca Smart In przedstawił w pismach procesowych z dnia 29 października 2018 r. oraz z dnia 16 listopada 2018 r. W piśmie procesowym z dnia 29 października 2018 r. wniósł o częściowe odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

KIO 2114/18

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego Smart In o odrzucenie odwołania w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż oceny zasadności ww. wniosku Izba dokonywała na gruncie postanowień ogłoszenia o zamówieniu, a następnie postanowień SIWZ, określonych przez Zamawiającego i wyznaczających ramy prowadzenia Postępowania, a w szczególności samego przebiegu Postępowania w odniesieniu do przywołanej przez Przystępującego Smart In podstawy częściowego odrzucenia odwołania. Izba nie dokonywała oceny ww. postanowień pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy Pzp w odniesieniu do wybranego przez Zamawiającego trybu Postępowania, tj. negocjacji z ogłoszeniem, gdyż nie mogłoby to stanowić przedmiotu rozpoznania Izby na tym etapie prowadzenia Postępowania. Jak wynika zatem z ww. postanowień oraz przebiegu Postępowania, na etapie dokonywania oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Zamawiający dokonywał oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w Postępowaniu na podstawie ich oświadczenia złożonego w Jednolitym Dokumencie. Żadne z postanowień zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu nie przewidywało obowiązku złożenia odrębnego wykazu osób. W formularzu wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Zamawiający zawarł m. in. wzór następującego oświadczenia: „1. Oświadczenie, że podmiot który reprezentuję nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu zostało złożone na formularzu JEDZ przesłanym drogą elektroniczną. Na formularzu JEDZ zostały wskazane również wszystkie osoby, którymi dysponuję, tj. zarówno te, którymi dysponowanie stanowiło warunek udziału w postępowaniu, a jak również dodatkowe osoby, za które Zamawiający będzie przyznawał punkty w ramach kryteriów selekcji (w celu wybrania wykonawców zaproszonych

do składania ofert wstępnych)". Za wystarczające na tym etapie Postępowania było wskazanie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia wraz z określeniem w odniesieniu do którego z punktów (roli w zespole) wymienionych w ramach opisu warunku wskazywane są dane osoby oraz oświadczeniem o spełnieniu przez daną osobę konkretnych wymogów w ramach każdego z tych punktów (roli w zespole). Nie było wymagane podawanie konkretnych nazw projektów, w których uczestniczyły te osoby, a Zamawiający nie dokonywał w tym zakresie weryfikacji. Potwierdza to m.in. okoliczność, iż pozostali wykonawcy, którzy takich informacji nie podali, nie byli wzywani przez Zamawiającego do uzupełnienia w tym zakresie Jednolitych Dokumentów. Powyższe znajduje również potwierdzenie w treści protokołu Komisji przetargowej z dnia 11 czerwca 2018 r. (protokół nr 10), w którym stwierdzono między innymi: *„Wykonawca, firma Smart In Sp. z o.o. Sp. k. (Wniosek nr 3) uzupełnił swój wniosek o informacje dotyczące doświadczenia osób przeznaczonych do wykonywania zamówienia potwierdzające, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wszyscy wykonawcy w odniesieniu do doświadczenia osób oświadczyli, że osoby te posiadają wymagane doświadczenie jakie Zamawiający wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu, nie podając nazw projektów, w których wskazane osoby zdobyły doświadczenie.”* W związku z powyższym, skoro informacje o konkretnych projektach nie były wymagane na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, Zamawiający nie dokonywał ich badania i oceny, nie można pozostałym wykonawcom (w tym Odwołującemu Betacom) stawiać zarzutów zaniechania złożenia odwołania na tamtym etapie Postępowania. W związku z dokonaną przez Zamawiającego oceną złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, w których – za wyjątkiem wniosku Przystępującego Smart In - nie wskazano nazw projektów i w konsekwencji uznaniem, że wszyscy wykonawcy spełniają warunki udziału w Postępowaniu, pozostałym wykonawcom została w ten sposób przekazana przez Zamawiającego informacja, iż informacje co do konkretnych projektów nie były wymagane i nie były weryfikowane na etapie badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Tym samym nie można mówić o powzięciu wiadomości albo o niedochowaniu przez tych wykonawców należytej staranności, o czym mowa w przepisie art. 182 ust. 3 ustawy Pzp, na który to przepis powoływał się Przystępujący Smart In składając wniosek o odrzucenie w części odwołania – skoro chodzi o informacje, które nie były wymagane i weryfikowane na wcześniejszym etapie Postępowania, a zatem na późniejszym etapie mogły podlegać zmianom.

Izba stwierdziła, że Odwołujący Betacom jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W

ocenie Izby Odwołujący Betacom wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Comparex Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do postępowania odwoławczego po stronie Odwoływającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Smart In Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania, której kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem została przekazana przez Zamawiającego oraz dokumenty złożone na rozprawie, tj. przez Odwoływającego: umowa z dnia 7 sierpnia 2017 r. nr BP.032.29.2017RP wraz z aneksem nr 6 do tej umowy z dnia 2 sierpnia 2018 r.[kopia] (DOB1 – oznaczenia nadane w aktach sprawy) oraz przez Przystępującego Smart In: pełnomocnictwo [kopia] z dnia 31 sierpnia 2018 r. udzielone Panu K.P. wraz z informacją z KRS (DPb1), ogłoszenie o zamówieniu (DPb2), pismo [kopia] Przystępującego Smart In kierowane do Qumak S.A. z dnia 21 sierpnia 2017 r. (DPb3), wydruki korespondencji emailowej (DPb4 – DPb6), pismo [kopia] z dnia 6 listopada 2018 r. zawierające potwierdzenie umocowania - pełnomocnictwo podpisane przez R.G. (DPb7) oraz pismo [kopia] z dnia 6 listopada 2018 r. zawierające potwierdzenie umocowania - pełnomocnictwo podpisane przez M.K. wraz z załącznikami w postaci kopii dokumentów dotyczących ww. osoby złożonych w Postępowaniu przez Przystępującego Smart In (DPb8).

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka pana Z.L. na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi postępowanie, które jest przeprowadzane w oparciu o dokumenty obowiązujące i składane w tym postępowaniu. W związku z tym okoliczności mające znaczenie w postępowaniu winny być potwierdzane w ten właśnie sposób, tj. poprzez dokumenty składane przez wykonawców, a nie poprzez dowody z zeznań świadków. Reguła ta znajduje odpowiednie zastosowanie w postępowaniu przed Krajową Izba Odwoławczą. Tym samym dowód z zeznań świadków znajduje wyjątkowo zastosowanie w postępowaniu odwoławczym przed Izbą, w szczególności w celu wykazania okoliczności innych niż te, które winny być potwierdzone na podstawie dokumentów. W świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego przeprowadzenie dowodu z zeznań ww. świadka Izba uznała za zbędne, co w konsekwencji skutkowało uznaniem, iż stanowiłoby to nieuzasadnioną zwłokę postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego oraz Przystępującego Smart In o odrzucenie odwołania w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż oceny zasadności ww. wniosku Izba dokonywała na gruncie postanowień ogłoszenia o zamówieniu, a następnie postanowień SIWZ, określonych przez Zamawiającego i wyznaczających ramy prowadzenia Postępowania, a w szczególności samego przebiegu Postępowania w odniesieniu do przywołanej podstawy częściowego odrzucenia odwołania. Izba nie dokonywała oceny tych postanowień pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy Pzp w odniesieniu do wybranego przez Zamawiającego trybu postępowania, tj. negocjacji z ogłoszeniem, gdyż nie mogłoby to stanowić przedmiotu rozpoznania Izby na tym etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Jak wynika z ww. postanowień oraz przebiegu Postępowania, na etapie dokonywania oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Zamawiający dokonywał oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w Postępowaniu na podstawie ich oświadczenia złożonego w Jednolitym Dokumencie. Żadne z postanowień zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu nie przewidywało obowiązku złożenia odrębnego wykazu osób. W formularzu wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Zamawiający zawarł m. in. wzór następującego oświadczenia: *„1. Oświadczenie, że podmiot który reprezentuję nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu zostało złożone na formularzu JEDZ przesłanym drogą elektroniczną. Na formularzu JEDZ zostały wskazane również wszystkie osoby, którymi dysponuję, tj. zarówno te, którymi dysponowanie stanowiło warunek udziału w postępowaniu, a jak również dodatkowe osoby, za które Zamawiający będzie przyznawał punkty w ramach kryteriów selekcji (w celu wybrania wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępnych)”. Za wystarczające na tym etapie Postępowania było wskazanie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia wraz z określeniem w odniesieniu do którego z punktów (roli w zespole) wymienionych w ramach opisu warunku wskazywane są dane osoby oraz oświadczeniem o spełnieniu przez daną osobę konkretnych wymogów w ramach każdego z tych punktów (roli w zespole). Nie było wymagane podawanie konkretnych nazw projektów, w których uczestniczyły te osoby oraz źródeł, o których mowa w punktach III.1.3) 1.3 lit. a) - d) [w odniesieniu do wymagań wskazanych w punktach III.1.3) 1.3 lit. a) - d)], a Zamawiający nie dokonywał w tym zakresie weryfikacji. Potwierdza to m.in. okoliczność, iż pozostali wykonawcy, którzy takich informacji nie podali, nie byli wzywani przez Zamawiającego do uzupełnienia w tym zakresie Jednolitych Dokumentów. Powyższe znajduje również potwierdzenie w treści protokołu Komisji przetargowej z dnia 11 czerwca 2018 r. (protokół nr 10), w którym stwierdzono między innymi:*

„Wykonawca, firma Smart In Sp. z o.o. Sp. k. (Wniosek nr 3) uzupełnił swój wniosek o informacje dotyczące doświadczenia osób przeznaczonych do wykonywania zamówienia potwierdzające, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wszyscy wykonawcy w odniesieniu do doświadczenia osób oświadczyli, że osoby te posiadają wymagane doświadczenie jakie Zamawiający wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu, nie podając nazw projektów, w których wskazane osoby zdobyły doświadczenie.” W związku z powyższym, skoro informacje o konkretnych projektach i źródłach nie były wymagane na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, Zamawiający nie dokonywał ich badania i oceny, nie można pozostałym wykonawcom (w tym Odwołującemu Comparex) stawiać zarzutów zaniechania złożenia odwołania na tamtym etapie Postępowania. W związku z dokonaną przez Zamawiającego oceną złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, w których – za wyjątkiem wniosku Przystępującego Smart In - nie wskazano nazw projektów oraz źródeł i w konsekwencji uznaniem, że wszyscy wykonawcy spełniają warunki udziału w Postępowaniu, pozostałym wykonawcom została w ten sposób przekazana przez Zamawiającego informacja, iż informacje co do konkretnych projektów oraz źródeł nie były wymagane i nie były weryfikowane na etapie badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Tym samym nie można mówić o powzięciu wiadomości albo o niedochowaniu przez tych wykonawców należytej staranności, o czym mowa w przepisie art. 182 ust. 3 ustawy Pzp, na który to przepis powoływał się Przystępujący Smart In składając wniosek o odrzucenie w części odwołania – skoro chodzi o informacje, które nie były wymagane i weryfikowane na wcześniejszym etapie Postępowania, a zatem na późniejszym etapie mogły podlegać zmianom.

Izba stwierdziła, że Odwołujący Comparex jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący Comparex wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Smart In Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania, której kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem została przekazana przez Zamawiającego oraz dokumenty złożone na rozprawie, tj. przez Odwołującego Comparex: wydruk ogłoszenia o zamówieniu pn. „Zaprojektowanie oraz wykonanie systemu monitoringu i analizy” dla

zadania inwestycyjnego „Katowicki inteligentny system monitoringu i analizy” opublikowanego w dniu 14 listopada 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 220-389271 (DOC1 – oznaczenia nadane w aktach sprawy), wydruk ze strony internetowej Miasta Katowice zawierającej informacje dotyczące projektu „Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy” (DOC2), Program funkcjonalno – użytkowy „Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy” – Załącznik nr 8 do SIWZ w postępowaniu na „Zaprojektowanie oraz wykonanie systemu monitoringu i analizy” dla zadania inwestycyjnego pn. „Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy” (DOC3) oraz przez Przystępującego Smart In: wyciąg z dokumentacji powykonawczej zadania inwestycyjnego pn. „Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy” (DPc1), opinia techniczna dotycząca integracji produktu IOC z różnymi źródłami danych z 15 listopada 2018 r. (DPc2) oraz „Stanowisko w odniesieniu do zapytania zgłoszonego przez firmę Smart In Sp. z o.o. Sp. K., ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice” z dnia 15 listopada 2018 r. (DPc3).

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka pana Z.L. na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi postępowanie, które jest przeprowadzane w oparciu o dokumenty obowiązujące i składane w tym postępowaniu. W związku z tym okoliczności mające znaczenie w postępowaniu winny być potwierdzane w ten właśnie sposób, tj. poprzez dokumenty składane przez wykonawców, a nie poprzez dowody z zeznań świadków. Reguła ta znajduje odpowiednie zastosowanie w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Tym samym dowód z zeznań świadków znajduje wyjątkowo zastosowanie w postępowaniu odwoławczym, w szczególności w celu wykazania okoliczności innych niż te, które winny być potwierdzone na podstawie dokumentów. W ocenie Izby jest rzeczą nieprawdopodobną, aby taki projekt jak KISMiA obejmował korelacje danych z systemu monitoringu pogody i okoliczności tej nie można było wykazać za pomocą dokumentów, lecz konieczne było przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka. Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż przeprowadzenie ww. dowodu stanowiłoby nieuzasadnioną zwłokę postępowania odwoławczego. Izba nie uwzględniła wniosków Odwoływającego oraz Przystępującego o zobowiązanie Zamawiającego do przekazania wnioskowanych dokumentów (OPZ oraz dokumentacja powykonawcza projektu KISMiA), gdyż jak wynikało z przebiegu rozprawy dokumenty te zostały już udostępnione ww. podmiotom przez Zamawiającego.

KIO 2114/18 oraz KIO 2130/18

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izb ustaliła w szczególności, co następuje:

W ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunków zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych został opisany w następujący sposób (pkt III.1.3) ogłoszenia oraz część III - pkt 15 2.) SIWZ):

„1. Zamawiający wymaga aby wykonawca dysponował zespołem składającym się z osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadającymi kwalifikacje i doświadczenie j.n.:

1) Specjalista, który będzie pełnił rolę Kierownika projektu w zakresie zarządzania projektami posiadający Certyfikat PRINCE lub równoważny oraz w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania oferty uczestniczył w roli Kierownika Projektu w co najmniej jednym projekcie o wartości powyżej 1 000 000 PLN i trwającym co najmniej pół roku obejmującym wdrożenie oprogramowania i sprzętu komputerowego,

2) Minimum 2 programistów i minimum 1 architekt, z których każdy posiada: min jeden z certyfikatów wymienionych w punkcie 4 oraz doświadczenie w co najmniej dwóch projektach (realizowanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosku) polegających na budowaniu rozwiązań w środowisku IBM IOC o wartości każdego projektu co najmniej 300 000 PLN.

3) Specjalistami posiadającymi kwalifikacje i doświadczenie w budowaniu rozwiązań obejmujących korelacje danych ze źródeł opisanych niżej:

a) min 1 programista posiadający co najmniej jeden z certyfikatów wymienionych w pkt 4 oraz doświadczenie w co najmniej jednym projekcie polegającym na budowaniu rozwiązań obejmujących korelacje danych z systemów analityki wideo,

b) min 1 programista posiadający co najmniej jeden z certyfikatów wymienionych w pkt 4 lub doświadczenie w co najmniej jednym projekcie polegającym na budowaniu rozwiązań obejmujący korelacje danych z systemów monitoringu pogody zintegrowany w IOC,

c) min 1 programista posiadający co najmniej jeden z certyfikatów wymienionych w pkt 4 lub doświadczenie w co najmniej jednym projekcie polegającym na budowaniu rozwiązań obejmujący korelacje danych z systemów monitoringu zanieczyszczeń powietrza zintegrowany w IOC,

d) min 1 programista posiadający co najmniej jeden z certyfikatów wymienionych w pkt 4 oraz doświadczenie w co najmniej jednym projekcie polegającym na budowaniu rozwiązań obejmujący korelacje danych z systemów monitoringu miejskiego ruchu drogowego,

e) min 1 analityk oraz min 1 architekt posiadający doświadczenie w co najmniej jednym projekcie polegającym na budowaniu rozwiązań obejmujących korelacje danych z różnych

systemów oraz obejmujących tworzenie prognoz i scenariuszy sytuacyjnych w oparciu o dane uzyskane z minimum 3 źródeł z wymienionych w podpunktach od a) do d)

f) min 1 programista posiadający co najmniej jeden z certyfikatów wymienionych w pkt 4 lub doświadczenie w co najmniej jednym projekcie polegającym na budowaniu rozwiązań obejmujący wdrażanie standardowych procedur operacyjnych (SOP) w środowisku IOC

g) min 1 programista posiadający doświadczenie w co najmniej jednym projekcie polegającym na budowaniu rozwiązań polegającym na integracji platformy IOC w technologii IBM Integration Bus zarówno w oparciu o technologię szyny integracyjnej oraz o Rest API.

Uwaga: Zamawiający dopuszcza, że specjaliści wymienieni w punkcie 3) mogą występować w kilku rolach jednocześnie ale sumaryczna liczba programistów nie może być mniejsza niż 4 oraz dodatkowo minimum 1 analityk i 1 architekt.

4) Certyfikaty o których mowa w ppkt 3: *IBM Intelligent Operation Center Certified Implementation Professional lub IBM Command Center Technical Mastery.*”

Sposób przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został opisany w Części VI. 3) ogłoszenia. Zgodnie z punktem 1.2.1) wraz z wnioskiem wykonawca zobowiązany był złożyć aktualne oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z Postępowania oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu w formie jednolitego dokumentu – JEDZ/ESPD.

W formularzu wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Zamawiający zawarł m. in. wzór następującego oświadczenia: „1. Oświadczenie, że podmiot który reprezentuję nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu zostało złożone na formularzu JEDZ przesłanym drogą elektroniczną. Na formularzu JEDZ zostały wskazane również wszystkie osoby, którymi dysponuję, tj. zarówno te, którymi dysponowanie stanowiło warunek udziału w postępowaniu, a jak również dodatkowe osoby, za które Zamawiający będzie przyznawał punkty w ramach kryteriów selekcji (w celu wybrania wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępnych)”.

Dokumenty wymagane od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona zostały określone w pkt III.1.3) ogłoszenia oraz w Części X SIWZ. Zgodnie z pkt 50 SIWZ: „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający wymaga od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona przedłożenia:

1) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrole jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych

do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.”

W treści wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Przystępujący Smart In złożył oświadczenia między innymi w następującym zakresie:

W wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia zostały wskazane następujące osoby:

- *W.M. – Specjalista, który będzie pełnił rolę Kierownika projektu w zakresie zarządzania projektami posiadający Certyfikat PRINCE lub równoważny oraz w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert uczestniczył w roli Kierownika Projektu w co najmniej jednym projekcie o wartości powyżej 1 000 000 PLN i trwającym co najmniej pół roku obejmującym wdrożenie oprogramowania i sprzętu komputerowego [umowa o pracę]*
- *D.P. – Analityk posiadający certyfikat IBM Certified Implementation Professional – Intelligent Operations Center oraz doświadczenie w co najmniej dwóch projektach (realizowanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosku) polegających na budowaniu rozwiązań w środowisku IBM IOC o wartości każdego projektu co najmniej 300 000 PLN [umowa o pracę]*
- *Z.G. – Architekt/programista specjalista ds. Prac integracyjnych i budowania rozwiązań popartych certyfikatami IBM Certified Implementation Professional – Intelligent Operations Center oraz IBM Intelligent Operations Center Technical Professional [podwykonawstwo]*
- *R.G. - Architekt/programista specjalista ds. WebSphere Application Sever Developer oraz oprogramowania Intelligent Operations Center [podwykonawstwo]*
- *M.S. – Programista specjalista ds. WebSphere Application Sever Developer [podwykonawstwo]*
- *M.K. - Architekt/programista specjalista ds. oprogramowania IBM Intelligent Operations Center [podwykonawstwo]*
- *J.B. - Architekt/programista i specjalista ds. oprogramowania IBM Intelligent Operations Center [podwykonawstwo]*
- *G.S. - Architekt/programista i specjalista ds. WebSphere Application Sever Developer oraz oprogramowania Intelligent Operations Center [podwykonawstwo].*

Wraz z wnioskiem został złożony między innymi dokument zawierający oświadczenie Pana Z.L. reprezentującego INTELIT Z.G. o oddaniu niezbędnych zdolności. Wraz z wnioskiem został złożony również dokument JEDZ tego podmiotu (ITNELIT Z.G.).

Pismem z dnia 4 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego Smart In na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia złożonego wniosku. W treści ww. wezwania Zamawiający wskazał między innymi, że:

- w zakresie pkt III.1.3) 1.2) ogłoszenia - został wskazany tylko jeden programista,
- w zakresie pkt III.1.3) 1.3e) ogłoszenia – w wykazie nie wskazano ani analityka ani architekta, który posiada doświadczenie wskazane w tym postanowieniu SIWZ.

Pozostałe braki dotyczyły pkt III.1.3) 1.3 lit. a), d) oraz g).

W związku z powyższym Zamawiający wezwał Przystępującego Smart In do uzupełnienia złożonego wniosku „o oświadczenie, z którego będzie wynikało, że osoby które będą wykonywać zamówienie spełniają warunki udziału w postępowaniu takie jakie to były określone w ogłoszeniu o zamówieniu.”

Odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący Smart In udzielił pismem z dnia 6 czerwca 2018 r., w treści którego oświadczył między innymi, że:

- wymagania pkt III.1.3) 1.2) ogłoszenia spełniają:
 - *Z.G. – architekt i programista z doświadczeniem w projektach IOC: KISMiA, Tauron, Mysłowice,*
 - *J.B. - architekt i programista; doświadczenie w projektach IOC: KISMiA, Veolia – IBM,*
 - *R.G. – programista; doświadczenie w projektach IOC: KISMiA, Veolia – IBM, Mysłowice, Tauron,*
 - *M.K. – programista; doświadczenie w projektach IOC: KISMiA, Veolia – IBM, Mysłowice, Tauron,*
 - *M.S. – programista; doświadczenie w projektach IOC: Veolia – IBM, Mysłowice.*
- wymagania pkt III.1.3) 1.3e) ogłoszenia spełniają:
 - *D.P. – analityk z doświadczeniem w projektach IOC:*
 - *KISMiA korelujących dane z systemów: monitoringu ruchu drogowego, analityki wideo*
 - *projekt WKŚ – (32 czujniki zanieczyszczeń powietrza)*
 - *Z.G. – architekt i programista z doświadczeniem w projektach IOC:*
 - *KISMiA korelujących dane z systemów: monitoringu ruchu drogowego, analityki wideo*
 - *Tauron monitoring pogody i zanieczyszczeń powietrza (systemy p.poż. temperatura i czujki dymu)*
 - *projekt WKŚ – (32 czujniki zanieczyszczeń powietrza)*
 - *R.G. - programista z doświadczeniem w projektach IOC:*
 - *KISMiA korelujących dane z systemów: monitoringu ruchu drogowego, analityki wideo*
 - *Tauron monitoring pogody i zanieczyszczeń powietrza (systemy p.poż. temperatura i czujki dymu)*

- *Veolia – IBM – integracja systemów automatyki przemysłowej, pomiary ciśnienia i temperatury (monitoring pogody)*
- *J.B. - architekt i programista z doświadczeniem w projektach IOC*
 - *KISMiA korelujących dane z systemów: monitoringu ruchu drogowego, analityki wideo*
 - *Veolia – IBM – integracja systemów automatyki przemysłowej, pomiary ciśnienia i temperatury (monitoring pogody).*

W podobny sposób oświadczenia zostały złożone także w stosunku do pozostałych wymagań określonych w punktach: III.1.3) 1.3 lit. a), d) oraz g) ogłoszenia.

W protokole Komisji przetargowej z dnia 11 czerwca 2018 r. (protokół nr 10) stwierdzono między innymi: *„Wykonawca, firma Smart In Sp. z o.o. Sp. k. (Wniosek nr 3) uzupełnił swój wniosek o informacje dotyczące doświadczenia osób przeznaczonych do wykonywania zamówienia potwierdzające, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wszyscy wykonawcy w odniesieniu do doświadczenia osób oświadczyli, że osoby te posiadają wymagane doświadczenie jakie Zamawiający wymagał w ogłoszeniu o zamówieniu, nie podając nazw projektów, w których wskazane osoby zdobyły doświadczenie.”*

Pismem z dnia 20 czerwca 2018 r. Zamawiający zaprosił wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, do złożenia oferty wstępnej.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2018 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał Przystępującego Smart In do przedłożenia dokumentów wymienionych w Rozdziale X pkt 49, 50, 52, 54 pkt 1) SIWZ.

W ramach dokumentów stanowiących odpowiedź na ww. wezwanie Przystępujący Smart In złożył między innymi następujące oświadczenia:

- W piśmie z dnia 30 sierpnia 2018 r. Przystępujący Smart In oświadczył o wskazaniu zamiast p. D.P. – p. R.G. (w zakresie doświadczenia odpowiedniego analitykowi).
- W piśmie z dnia 30 sierpnia 2018 r. Przystępujący Smart In oświadczył o wskazaniu zamiast p. W.M. – p. Z.R. w zakresie pkt III.1.3) 1.2) ogłoszenia.
- W piśmie z dnia 30 sierpnia 2018 r. Przystępujący Smart In oświadczył o rezygnacji ze wskazywania p. M.S. (Przystępujący Smart In oświadczył, iż takie same kwalifikacje posiadają p. R.G. i p. J.B.).
- W piśmie z dnia 30 sierpnia 2018 r. Przystępujący Smart In oświadczył o samodzielnym spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca ten powoływał się na zasobu podmiotu trzeciego, tj. INTELIT Z.G. (który w chwili składania

tego oświadczenia jak i w chwili składania ofert był pracownikiem Przystępującego Smart In).

- W wykazie osób wskazano następujące osoby w odniesieniu do warunków określonych w punktach III.1.3) 1.2 oraz III.1.3) 1.3e) ogłoszenia:
 - Z.G. – Programista/architekt [III.1.3) 1.2)]
 - R.G. – Programista/architekt [III.1.3) 1.2)]
 - R.G. – Analityk [III.1.3) 1.3e)]
 - J.B. – Architekt [III.1.3) 1.3e)]

W dniu 7 września 2018 r. Zamawiający wystosował do Przystępującego Smart In wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający sformułował wezwanie w następujący sposób: *„Na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień do wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, według załączonego wzoru. W toku analizy złożonego przez Wykonawcę wykazu Zamawiający powziął wątpliwości odnośnie doświadczenia poszczególnych osób wskazanych do wykonania zamówienia, w szczególności polegające na barku informacji o projektach, w których uczestniczyły te osoby, co uniemożliwia weryfikację czy projekty te zostały zrealizowane w okresie ostatnich 5 lat, a także informacji o wartości poszczególnych projektów.”*

Odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący Smart In udzielił za pismem z dnia 11 września 2018 r., w którym stwierdził: *„W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 7 września 2018 roku, przedstawiamy w załączeniu wyjaśnienia do wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, według przesłanego przez Zamawiającego wzoru. Dodatkowo załączamy kopię wymaganych certyfikatów i oświadczenie IBM Polska Sp. z o.o. dotyczące doświadczenia zawodowego wskazanych osób w realizacji projektów w oparciu o środowisko IBM IOC.”* W wykazie sporządzonym według wzoru określonego przez Zamawiającego Przystępujący Smart In wskazał następujące osoby w odniesieniu do warunków określonych w III.1.3) 1.2 oraz III.1.3) 1.3e) ogłoszenia:

- pkt III.1.3) 1.2 ogłoszenia:
 - Programista nr 1 - M.K., projekty: Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy [projekt 1] oraz Wdrożenie Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu Miejskiego IM3 [projekt 2];
 - Programista nr 2 – R.G., projekty: Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy [projekt 1] oraz Wdrożenie Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu Miejskiego IM3 [projekt 2];
 - Architekt – Z.G., projekty: Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy [projekt 1] oraz Wdrożenie Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu Miejskiego IM3 [projekt 2];

– Pkt III.1.3) 1.3e) ogłoszenia:

- Analityk – J.B., projekt: Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy;
- Architekt – Z.G., projekt: Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy.

Pismem z dnia 17 września 2018 r. Zamawiający zwrócił się do Gminy Miasta Mysłowice z następującym zapytaniem:

„1. Czy w ramach realizowanego przez Miasto Mysłowice projektu „Wdrożenie Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu Miejskiego IM3”, wskazane niżej osoby wykonywały zamówienie oraz czy wskazane terminy wykonywania przez nich czynności zostały podane prawidłowo:

- a) Pana M. K. w okresie od 08.2017 do 05.2018*
- b) Pana R.G. w okresie od 08.2017 do 05.2018*
- c) Pana Z.L. w okresie od 08.2017 do 05.2018*

2. Jeżeli Wykonawca zamówienia publicznego – projektu „Wdrożenie Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu IM3” – Qumak S.A. wykonywał to zamówienie osobami wskazanymi wyżej (w szczególności w okresie od 08.2017 do 05.2018) to proszę o informacje na jakich zasadach wykonawca nimi dysponował tj. czy były to osoby podwykonawcy czy na podstawie zawartej z tymi osobami umowy.

3) Kiedy projekt „Wdrożenie Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu IM3” został zakończony?”.

Odpowiedź na ww. zapytanie została udzielona przez Urząd Miasta Mysłowice pismem z dnia 18 września 2018 r., w którym stwierdzono: *„Wydział Bezpieczeństwa Publicznego i Reagowania Kryzysowego Urzędu Miasta Mysłowice informuje, że w dokumentacji przetargowej oraz umowie BP.032.29.2017RP z dnia 07 sierpnia 2017 r. wskazane osoby nie występują. Projekt Wdrożenia Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu IM3 nie został zakończony, ponieważ jego realizacja jest wieloletnia.”*

Pismem z dnia 25 września 2018 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego Smart In na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień w odniesieniu do zaistniałych w ww. zakresie wątpliwości.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący Smart In udzielił za pismem z dnia 26 września 2018 r., w którym stwierdzono: *„W odpowiedzi na pismo z dnia 25.09.2018 informuje, że w projekcie wdrożenia Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu IM3, Smart In Sp. z o.o. Sp.k. był podwykonawcą Qumak S.A. Panowie R.G., M.K., Z.G. stanowili potencjał osobowy i brali udział w realizacji przedmiotu zamówienia w ramach współpracy z firmą Smart In Sp. z o.o. Sp.k. W załączeniu przedkładamy zaświadczenie głównego wykonawcy projektu*

Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu IM3, tj. Qumak S.A. potwierdzające, że w/w osoby posiadają wymagane doświadczenie zdobyte przy realizacji w/w projektu:

- *R.G. – programista*
- *M.K. – programista*
- *Z.G. – architekt*.

Do ww. pisma zostały załączone dwa zaświadczenia z dnia 12 września 2018 r. wystawione w imieniu Qumak S.A.

Ponadto w aktach Postępowania znajduje się pismo Urzędu Miasta Mysłowice skierowane do Przystępującego Smart In, w którym stwierdzono: „*W odpowiedzi na pismo z dnia 27.09.2018 r., Wydział Bezpieczeństwa Publicznego i Reagowania Kryzysowego Urzędu Miasta Mysłowice informuje, że Pan Z.G. uczestniczył w otwarciu Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu IM3 i był przedstawiony jako architekt rozwiązań monitoringu z firmy Qumak S.A.*”

Pismem z dnia 4 października 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego Smart In.

Izba zważyła, co następuje:

KIO 2114/18

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Na wstępie, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 54/12 należy wskazać, iż "Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu

Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11)."

Ponadto, jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w trakcie postępowania odwoławczego to odwołujący kwestionuje podjęte przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą wynikającą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to na odwołującym, w pierwszej kolejności, ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych opisanego w pkt III.1.3) ogłoszenia oraz część III - pkt 15 2.) SIWZ) Zamawiający żądał złożenia wstępnego oświadczenia (obejmującego wskazanie osób, którymi dysponuje wykonawca) w dokumencie JEDZ, a następnie – od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona – oświadczenia w postaci *wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrole jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami*. W toku Postępowania Przystępujący Smart In złożył ww. oświadczenia, w tym, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp – oświadczenie w postaci wykazu osób. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący Betacom stawiając zarzut, w treści którego kwestionował informacje zawarte w oświadczeniach złożonych przez Przystępującego Smart In odnośnie udziału wskazanych przez niego osób w realizacji projektu „Wdrożenie Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu Miejskiego IM3, obowiązany był te twierdzenia udowodnić. Odwołujący Betacom obowiązany był zatem przedstawić dowody potwierdzające, iż wskazane przez Przystępującego Smart In osoby nie brały udziału w realizacji ww. projektu. W ocenie Izby Odwołujący Betacom nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu, co skutkowało uznaniem, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu,

Na potwierdzenie ww. zarzutu Odwołujący Betacom złożył na rozprawie dowód w postaci umowy z dnia 7 sierpnia 2017 r. nr BP.032.29.2017RP wraz z aneksem nr 6 do tej umowy z dnia 2 sierpnia 2018 r. [kopie] (DOB1). Odnosząc się do tego dowodu, należy wskazać, iż sama okoliczność niewymienienia określonej osoby w treści umowy nie oznacza, iż osoba ta nie brała udziału w jej realizacji. Nawet jeśli w treści umowy została wymieniona jedna osoba, biorąca udział w realizacji projektu w określonym charakterze (np. jako architekt) nie oznacza

to, iż w projekcie tym nie uczestniczyła również inna osoba w tym samym charakterze. W przypadku realizacji umów o bardzo złożonym i skomplikowanym przedmiocie wskazywanie wszystkich osób uczestniczących w ich realizacji można uznać za wręcz niewykonalne. W treści umowy mogą być wymienione przy zastosowaniu określonego kryterium wyłącznie niektóre osoby. Jak wyjaśnił na rozprawie Przystępujący Smart in w treści ww. umowy z dnia 7 sierpnia 2018 r. zostały wymienione wyłącznie osoby wskazywane na etapie postępowania na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Znajduje to potwierdzenie w treści postanowienia zawartego w § 6 ust. 6 umowy [(...) *Zamawiający nie wyrazi zgody na zmianę, jeżeli osoba wprowadzona w miejsce dotychczasowej nie posiada kwalifikacji zawodowych, wymaganych wcześniej przez Zamawiającego (...)*] oraz w treści pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu (dokument złożony przez Przystępującego Smart In). Wymaga przy tym zauważenia, iż warunek udziału w Postępowaniu, w zakresie w jakim odnosił się do niego przedmiotowy zarzut, dotyczył doświadczenia wymaganych osób w projektach określonych w opisie tego warunku [*doświadczenie w co najmniej dwóch projektach (realizowanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosku) polegających na budowaniu rozwiązań w środowisku IBM IOC o wartości każdego projektu co najmniej 300 000 PLN*] - bez szczegółowego określenia sposobu udziału w realizacji tego projektu. Z treści opisu warunku wynika zatem, że udział określonej osoby w realizacji projektu nie musiał być powiązany z wymienieniem jej w postanowieniach umowy zawartej na realizację tego projektu. Tym samym, przedmiotowy warunek udziału w Postępowaniu mógł zostać uznany za spełniony także w przypadku dysponowania osobami spełniającymi wymogi postawione przez Zamawiającego, w tym w odniesieniu do doświadczenia, nawet jeżeli osoby te nie zostały wymienione w umowie na realizację projektu spełniającego ww. wymóg doświadczenia.

W ocenie Izby również znajdujące się w dokumentacji Postępowania pismo Urzędu Miasta Mysłowice z dnia 18 września 2018 r., na którego treść powoływał się Odwołujący Betacom, nie stanowi dowodu potwierdzającego, iż osoby wskazane przez Przystępującego Smart In nie brały udziału w realizacji projektu „Wdrożenie Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu Miejskiego IM3”. Z pisma tego wynika jedynie to, co zostało w nim stwierdzone, tj. że osoby, których dotyczyło zapytanie Zamawiającego w dokumentacji przetargowej oraz umowie BP.032.29.2017RP z dnia 07 sierpnia 2017 r. nie występują. Okoliczność braku wskazania ww. osób na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w treści zawartej umowy nie może być podstawą twierdzenia, iż z pewnością osoby te nie brały udziału w realizacji przedmiotu umowy. Jak już była o tym mowa powyżej, ze złożonych dowodów wynika, iż w treści umowy wymienione były jedynie osoby wskazane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. W odniesieniu do treści zaświadczeń z dnia 12 września 2018 r. wystawionych w imieniu Qumak S.A. należy wskazać,

iż w żaden sposób nie pozostają one w sprzeczności z oświadczeniem Przystępującego Smart In złożonym w postaci wykazu osób, tylko treść tego oświadczenia potwierdzają. Trzeba w tym miejscu przypomnieć, iż to właśnie oświadczenie składane w postaci wykazu osób jest dokumentem wymaganym od wykonawcy w toku Postępowania, natomiast to Odwołujący Betacom jako zaprzeczający treści tego oświadczenia poprzez postawienie zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego Smart In z Postępowania uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu winien przedstawić dowody na potwierdzenie swoich twierdzeń.

Odnosząc się natomiast do zarzutu Odwołującego Betacom, iż ze złożonych przez Przystępującego Smart In dokumentów nie wynika, aby każda z osób objętych przedmiotowym warunkiem (architekt i dwóch programistów) budowała rozwiązania w środowisku IBM IOC o wartości każdego projektu co najmniej 300 000 PLN należy wskazać, iż zgodnie z pkt III.1.3) 1.2) ogłoszenia osoby, o których mowa w tym warunku miały posiadać „doświadczenie w co najmniej dwóch projektach (realizowanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosku) polegających na budowaniu rozwiązań w środowisku IBM IOC o wartości każdego projektu co najmniej 300 000 PLN”. Treścią przedmiotowego warunku objęte zatem było m.in. doświadczenie wskazanych osób w realizacji projektów o wartości co najmniej 300 000 złotych, a zatem wartość 300 000 złotych dotyczyła samego projektu, a nie udziału danej osoby w tym projekcie. Odwołujący Betacom nie przedstawił żadnych dowodów, które miałyby potwierdzać, iż wartość projektów, w których realizacji uczestniczyły osoby wskazane przez Przystępującego Smart In na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu była niższa niż 300 000 złotych.

Podsumowując należy stwierdzić, iż Przystępujący Smart In w toku Postępowania złożył na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych w zakresie wskazanym w pkt 15 2.) 2) SIWZ wykaz osób stanowiący oświadczenie wymagane przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami ogłoszenia oraz postanowieniami SIWZ na potwierdzenie spełnienia ww. warunku. Stawiając zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Odwołujący Betacom podważał treść złożonego przez Przystępującego Smart In oświadczenia w zakresie udziału wskazanych przez Przystępującego Smart In osób w realizacji projektu „Wdrożenie Inteligentnego Mysłowickiego Monitoringu Miejskiego IM3”. Odwołujący Betacom obowiązany był udowodnić postawiony w odwołaniu zarzut. Kierując się przedstawioną powyżej argumentacją Izba stwierdziła, iż Odwołujący Betacom nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu, co skutkowało uznaniem, iż ww. zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 w związku z ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 14 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Należy podkreślić, iż składając odwołanie na czynności lub zaniechania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący obowiązany jest do precyzyjnego określenia zarzutów. Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W konsekwencji na odwołującego został nałożony obowiązek precyzyjnego określenia zarzutów w treści odwołania. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej *norma wyrażona w art. 192 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi i skonkretyzowanymi, przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw - prawnej oraz faktycznej. Tym samym to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2018 r. KIO 433/18). *Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. W przeciwnym razie doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający, o tym jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2018 r. KIO 2749/18). Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż w przypadku gdy odwołujący podnosi zarzut odnoszący się do konkretnych dokumentów złożonych w postępowaniu przez innego wykonawcę, to obowiązany jest do dokładnego wskazania tych dokumentów. Zbiorcze wskazanie dokumentów czy też ich przykładowe wymienienie jest niewystarczające. Dotyczy to także sytuacji, w której kierując się twierdzenia zawartymi w odwołaniu istnieje możliwość zidentyfikowania takich dokumentów. Niezależnie bowiem od wskazywanej okoliczności braku możliwości późniejszego uzupełnienia zarzutów odwołania, w takim przypadku podmiotem będącym autorem zarzutu odwołania nie byłby wyłącznie odwołujący się wykonawca, lecz również skład orzekający Izby, co z oczywistych względów należy uznać za bezwzględnie niedopuszczalne. Ponadto, w opisaney sytuacji doszłoby w istocie do uzupełnienia zarzutu nie tyle o treść zakładaną przez odwołującego na etapie składania odwołania (wiedzę co do której posiada wyłącznie ten wykonawca), lecz o treść o jaką zarzut winien zostać uzupełniony, aby w ocenie składu orzekającego mógł zostać uznany za zasługujący na uwzględnienie.

W treści odwołania dokumenty, do których odnosił się zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 w związku z ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 14 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Odwołujący Betacom wskazał w sposób ogólny, tj. jako dokumenty dotyczące podwykonawców (podmiotów trzecich), a następnie w sposób przykładowy, tj. *„m.in. dokumenty stanowiące wypis z KRK IBM Polska Sp. z o.o., zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami, zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS, inne zaświadczenia i dokumenty złożone przez wykonawcę a dotyczące podmiotów trzecich”*. Na rozprawie Odwołującemu Betacom zostało zadane pytanie o zakres dokumentów objętych tym zarzutem, na co Odwołujący Betacom odpowiedział, iż jest to oświadczenie o spełnianiu warunków i o oddaniu niezbędnych zasobów podmiotu WMB Expert z dnia 28.08.2018r. Z dokumentacji Postępowania wynika, iż ten dokument (oświadczenie o oddaniu niezbędnych zasobów) został złożony w oryginale i nie wymagał potwierdzenia za zgodność z oryginałem. Z kolei w odniesieniu do dokumentów IBM Polska Sp. z o.o. został w Postępowaniu złożony dokument pełnomocnictwa (w oryginale), w treści którego udzielono Przystępującemu Smart In upoważnienia do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących IBM Polska Sp. z o.o.

Dodatkowo Izba wskazuje na niepełną podstawę prawną przedmiotowego zarzutu (brak przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) oraz brak wniosku (żądania) co do nakazania Zamawiającemu dokonania określonej czynności w związku z uwzględnieniem ww. zarzutu. Jeżeli natomiast wnioskiem o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Przystępującego Smart In z Postępowania został objęty także omawiany zarzut, to należałoby poczynić uwagę o nieprawidłowym wniosku odwołania z uwagi na fakt, iż w odniesieniu do dokumentów dotyczących podmiotów trzecich nie była w Postępowaniu uruchamiana procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wymaga w tym miejscu zauważenia, iż niespełnienie niektórych wymogów proceduralnych nie musi jeszcze przesądzać o nieuwzględnieniu zarzutu. Niekiedy możliwe jest wywiedzenie podstawy prawnej zarzutu z okoliczności faktycznych opisanych w treści odwołania. Ponadto Izba nie jest związana żądaniami odwołania i może orzec inaczej aniżeli wnoszący (tak np. Izba w wyroku z dnia 26 stycznia 2018 r. KIO 45/18). Możliwość dokonania powyższego (zarówno w odniesieniu do podstawy prawnej jak i wniosków (żądań) odwołania) warunkowana jest między innymi precyzyjnym opisaniem okoliczności faktycznych w treści odwołania. Niemniej jednak, w niniejszej sprawie Izba doszła do przekonania, iż zakres braków stwierdzonych w odniesieniu do omawianego zarzutu uniemożliwia jego uwzględnienie.

Izba uznała bowiem, iż nie ma możliwości uwzględnienia zarzutu odwołania w sytuacji, gdy to na Izbę Odwołujący Betacom przerzucił obowiązek dokonania analizy dokumentacji Postępowania w odniesieniu do złożonych przez Przystępującego Smart in dokumentów podmiotów trzecich, ustalenia spośród nich tych, które nie zawierają prawidłowego poświadczenia, następnie uzupełnienia wskazanej podstawy prawnej zarzutu, a ostatecznie sformułowania za Odwołującego wniosku co do nakazania Zamawiającemu wykonania określonej czynności w Postępowaniu, co wymagałoby precyzyjnego wymienienia dokumentów, czego zaniechał Odwołujący. Wymaga bowiem wskazania, iż w sytuacji, gdy Izba nakazuje Zamawiającemu wystosowanie określonego wezwania, koniecznym staje się precyzyjne określenie dokumentów, których to wezwanie ma dotyczyć. W konsekwencji w niniejszej sprawie określenie tych dokumentów spoczywałoby na Izbie nie tylko na płaszczyźnie podstawy faktycznej zarzutu, ale również na gruncie samego żądania co do nakazania Zamawiającemu dokonania określonych czynności. Trzeba przy tym zauważyć, iż ewentualny zakres dokumentów objętych treścią wyroku musiałby być sprzeczny z oświadczeniem złożonym przez Odwołującego Betacom na rozprawie, skoro dokument wskazany przez Odwołującego Betacom na rozprawie jako objęty przedmiotowym zarzutem, został złożony w oryginale i nie wymagał potwierdzenia za zgodność z oryginałem.

Mając zatem na uwadze zakres i ilość czynności, jakie musiałyby zostać wykonane przez Izbę, co oznaczałoby wyręczenie w tych obowiązkach Odwołującego Betacom przez skład orzekający Izby i stanowiłoby naruszenie zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 w związku z ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 14 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji uznania za niezasadne dwóch wcześniej omówionych zarzutów, Izba stwierdziła, iż również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 2 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

KIO 2130/18

Odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadnienie dotyczące ww. zarzutów zostanie przedstawione łącznie, w związku z tym, iż zarzuty te odwołują się do powiązanych ze sobą okoliczności faktycznych, a ocena dokonana przez Izbę w odniesieniu do pierwszego z zarzutów miała znaczenie w kontekście treści rozstrzygnięcia zapadłego w odniesieniu do drugiego z zarzutów.

W ramach ww. zarzutów Odwołujący Comparex kwestionował wykazanie przez Przystępującego Smart In warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych określonego w Części III pkt 15. 2). 3). lit. e) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i jednocześnie wskazując na brak możliwości wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu (wykazu osób) na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wobec nie tylko wyczerpania możliwości zastosowania tej instytucji, lecz wręcz zastosowania jej w większym zakresie niż na to zezwalają przepisy ustawy Pzp – wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Przystępującego Smart In z Postępowania. Rozpoznając ww. zarzuty Izba uznała, iż potwierdził się zarzut dotyczący niewykazania (w obecnym stanie Postępowania) przez wykonawcę Smart In warunku udziału w Postępowaniu określonego w Części III pkt 15. 2). 3). lit. e) SIWZ. Izba stwierdziła, iż dokumenty (oświadczenia) złożone przez Przystępującego Smart In w Postępowaniu, w świetle oświadczeń i dokumentów złożonych w toku postępowania odwoławczego, nie potwierdzają spełniania przez niego ww. warunku. Mając jednak na uwadze to, iż Izba dokonała odmiennej od Odwołującego Comparex oceny przebiegu Postępowania w zakresie wezwań kierowanych do Przystępującego Smart In, tj. Izba nie tylko nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, lecz uznała, iż możliwość skorzystania z tej instytucji nie została wyczerpana w odniesieniu do wykazu składanego na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp – w sentencji zapadłego w niniejszej sprawie wyroku Izba nie nakazała Zamawiającemu wykluczenia Przystępującego Smart In z Postępowania, lecz nakazała wezwanie do uzupełnienia wykazu osób na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przedstawiając szczegółowe uzasadnienie w odniesieniu do ww. zarzutów należy wskazać, co następuje:

Dokonując oceny wezwań, jakie zostały wskazane przez Odwołującego Comparex w treści odwołania, Izba stwierdziła, iż pierwsze wezwanie Zamawiającego z dnia 4 czerwca 2018 r. było wezwaniem do uzupełnienia Jednolitego Dokumentu. Na tym etapie Postępowania Zamawiający nie żądał złożenia wykazu jako odrębnego dokumentu, lecz ocena spełnienia warunków udziału w Postępowaniu miała być dokonywana na podstawie wstępnego oświadczenia składanego w formie Jednolitego Dokumentu. Żadne z postanowień zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu nie przewidywało obowiązku złożenia odrębnego wykazu osób. W formularzu wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Zamawiający zawarł m. in. wzór następującego oświadczenia: „1. Oświadczenie, że podmiot który reprezentuję nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu zostało złożone na formularzu JEDZ przesłanym drogą elektroniczną. Na formularzu JEDZ zostały wskazane również wszystkie osoby, którymi dysponuję, tj. zarówno te, którymi dysponowanie stanowiło warunek udziału w postępowaniu, a jak również dodatkowe osoby, za które Zamawiający będzie przyznawał punkty w ramach kryteriów selekcji (w celu wybrania wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępnych)”. Za wystarczające na tym etapie Postępowania było wskazanie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia wraz z określeniem w odniesieniu do którego z punktów (roli w zespole) wymienionych w ramach opisu warunku wskazywane są dane osoby oraz oświadczeniem o spełnieniu przez daną osobę konkretnych wymogów w ramach każdego z tych punktów (roli w zespole). Nie było wymagane podawanie konkretnych nazw projektów, w których uczestniczyły te osoby oraz źródeł, o których mowa w punktach III.1.3) 1.3 lit. a) - d) [w odniesieniu do wymagań wskazanych w punktach III.1.3) 1.3 lit. a) - d)], a Zamawiający nie dokonywał w tym zakresie weryfikacji. Zawarcie informacji dotyczących osób wskazywanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu w formie odrębnego wykazu załączonego do Jednolitego Dokumentu nie stanowiło wypełnienia wymogu Zamawiającego, lecz wynikało z decyzji Przystępującego Smart In co do przyjętej formy przedstawienia ww. informacji. Decyzją tego wykonawcy było również zawarcie w nim większego zakresu informacji niż wymagany na tym etapie Postępowania, co nie może stanowić podstawy do ponoszenia przez tego wykonawcę negatywnych konsekwencji. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie, o którym mowa w tym przepisie, zamawiający obowiązany jest wystosować do wykonawcy m.in. w przypadku, gdy złożony w postępowaniu Jednolity Dokument jest niekompletny i wymaga uzupełnienia. Wezwanie dotyczące informacji, które powinny zostać przedstawione w Jednolitym Dokumentcie, a które zostały zawarte w załączniku do Jednolitego Dokumentu, pozostaje wezwaniem do uzupełnienia Jednolitego Dokumentu. Wezwanie to nie może być

kwalfikowane jako wezwanie do uzupełnienia dokumentu, który miał być złożony dopiero na późniejszym etapie postępowania. Prowadziłoby to naruszenia podstawowej zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Jednakże, nawet gdyby podzielić stanowisko Odwołującego Comparex (które Izba uważa za niezasadne z powodów wskazanych powyżej) i przyjąć, że wezwanie z dnia 4 czerwca 2018 r. stanowiło wezwanie do uzupełnienia wykazu osób traktowanego jako odrębny dokument, to i tak mając na uwadze ustalony przez Zamawiającego zakres dokonywania oceny podmiotowej na tamtym etapie, należałoby uznać, iż wezwanie to nastąpiło w odniesieniu do innego zakresu informacji niż wymagany na późniejszym etapie Postępowania, wszczynanego na podstawie wezwania z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Jak była o tym mowa powyżej, w ramach oceny dokonywanej na pierwszym etapie Postępowania nie było konieczności przedstawiania szczegółowych informacji na temat doświadczenia poszczególnych osób, w tym informacji dotyczących konkretnych projektów w realizacji których uczestniczyły te osoby (oraz źródeł). Poczynione w tym zakresie ustalenia stanowiły także podstawą uznania przez Izbę, iż żadne z zarzutów podniesionych zarówno w sprawie KIO 2114/18 oraz KIO 2130/18 nie podlegają odrzuceniu. Tym samym wezwanie z dnia 4 czerwca 2018 r. nie mogło dotyczyć zakresu informacji, jaki nie był wymagany na tym etapie Postępowania, nawet jeżeli Przystępujący Smart In zdecydował się takie informacje przedstawić. W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący Smart In udzielił Zamawiającemu odpowiedzi, a następane wezwanie było do tego wykonawcy wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (jest to całkowicie odrębna kategoria wezwania nie podlegająca kwalifikacji na gruncie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Na podstawie przepisu art. 26 ust. 1 (omyłkowo wskazano ust. 2) Zamawiający wezwał Przystępującego Smart In między innymi do złożenia wykazu osób, o którym mowa w przepisie § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 50 SIWZ. Wykaz osób, o którym mowa w ww. przepisie rozporządzenia w sprawie dokumentów, stanowi dokument składany na potwierdzenie uprzednio złożonego oświadczenia (w tym zawartego w Jednolitym Dokumentcie) co do spełniania określonego warunku udziału w Postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący Smart In złożył m. in. wykaz osób. Następnie Zamawiający wystosował do Przystępującego Smart In wezwanie z dnia 7 września 2018 r., w treści którego Zamawiający wskazał, iż wzywa ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do wezwania z dnia 7 września 2018 r. należy wskazać, iż po pierwsze na tym etapie Postępowania Zamawiający był (i wciąż pozostaje) uprawniony do wezwania Przystępującego Smart In do uzupełnienia wykazu, a z pewnością w zakresie w jakim nie nastąpiło to w odniesieniu do Jednolitego Dokumentu, tj. w odniesieniu do tych informacji,

które nie były wymagane na tamtym etapie Postępowania, a zatem między innymi w zakresie podania informacji dotyczących projektów na potwierdzenie posiadania przez wskazane osoby wymaganego doświadczenia oraz źródeł, o których mowa w opisie warunku. Należy zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym przez Odwołującego Comparex, iż w świetle poglądów wyrażanych zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie obowiązuje zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia określonego dokumentu, co jednak należy rozumieć w ten sposób, iż nie jest dopuszczalne powtórzenie wezwania w odniesieniu do tego samego dokumentu w tym samym zakresie, tj. w odniesieniu do tego samego braku lub tej samej nieprawidłowości stwierdzonej przez zamawiającego. W konsekwencji, skoro wezwanie z dnia 4 czerwca 2018 r. stanowiło wezwanie do uzupełnienia Jednolitego Dokumentu, to po stronie Zamawiającego, po zastosowaniu wezwania z dnia 26 ust. 1 ustawy Pzp, w odpowiedzi na które Przystępujący Smart In obowiązany był m.in. do złożenia wykazu osób, występował zarówno obowiązek jak i uprawnienie do wystosowania do ww. wykonawcy ewentualnego wezwania do uzupełnienia wykazu osób. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż także przyjmując stanowisko Odwołującego Comparex, iż wezwanie z dnia 4 czerwca 2018 r. stanowiło wezwanie do uzupełnienia wykazu osób, to i tak po uruchomieniu wezwania z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp na Zamawiającym spoczywał obowiązek wystosowania do Przystępującego Smart In ewentualnego wezwania do uzupełnienia wykazu osób w odniesieniu do informacji, które nie były wymagane na wcześniejszym etapie postępowania (tj. na etapie składania Jednolitego Dokumentu).

Niezależnie od powyższego, dokonując oceny wezwania z dnia 7 września 2018 r., Izba uznała, iż nie powinno ono zostać zakwalifikowane jako wezwanie do uzupełnienia wykazu osób (lecz jako wezwanie do złożenia wyjaśnień), a w szczególności nie powinno zostać potraktowane jako wypełniające uprawnienie wykonawcy do otrzymania jednego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przed podjęciem przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu go z postępowania. Przede wszystkim w treści wezwania z dnia 7 września 2018 r. Zamawiający wprost stwierdził, iż wzywa do wyjaśnień a nie do uzupełnienia dokumentu. Ponadto w treści tego wezwania Zamawiający wprawdzie wskazał na brak informacji o projektach, jednakże informację tą połączył wyłącznie ze stwierdzeniem braku możliwości weryfikacji czy projekty zostały zrealizowane w okresie ostatnich 5 lat, a nadto Zamawiający wskazał na brak informacji o wartości poszczególnych projektów. Obydwie ww. okoliczności (brak możliwości weryfikacji co do okresu realizacji projektu oraz co do jego wartości) mogły dotyczyć wyłącznie dwóch pierwszych warunków co do wymaganych osób wskazanych w Części III pkt 15. 2) [1) i 2)], a nie pozostałych warunków, w tym określonego w Części III pkt 15. 2). 3). lit. e) i objętego zarzutem odwołania. Trzeba również zauważyć, iż

w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mowa jest nie tylko o uzupełnianiu, ale również o wyjaśnianiu dokumentów.

Ponadto należy wskazać, iż w orzecznictwie Izby podkreśla się konieczność precyzyjnego formułowania wezwania do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji podjęcie przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania może mieć miejsce wyłącznie w przypadku uprzedniego wystosowania wystarczająco precyzyjnego wezwania do uzupełnienia dokumentu z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w którym w sposób jednoznaczny wskazano zarówno braki dokumentu jak i zakres jego uzupełnienia. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 25 września 2017 r. KIO 1884/17 *wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), winno być szczegółowe i jasno określać, jakie dokumenty lub oświadczenia powinny być uzupełnione, jakie są, zdaniem zamawiającego, niekompletne, jakie zawierają błędy lub budzą wskazane wątpliwości*. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 8 sierpnia 2017 r. KIO 1583/17 *faktem jest, że w utrwalonym orzecznictwie Izby przyjmuje się jednorazowy charakter wezwania do uzupełnienia oznaczonego braku określonego dokumentu, usankcjonowany normą art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), ale przy zachowaniu warunków, że treść wezwania jest jednoznaczna i jasna. Zignorowanie takiego wezwania przez wykonawcę, nie daje możliwości ponownego wezwania „o to samo”. Nie ma natomiast zakazu, aby zamawiający kilkakrotnie zwracał się do tego samego wykonawcy o uzupełnienie braków dokumentów oferty, które kolejno ujawnił. Niedorzecznością byłoby wiązanie jednorazowej możliwości uzupełniania tego samego dokumentu, np. Wykazu robót, bez względu na zakres wymaganych do uzupełnienia informacji lub dokumentów. Wykonawca nie może być obarczany skutkami np. nieudolnego działania zamawiającego w procesie weryfikacji składnych ofert*. W wyroku z dnia 14 lipca 2017 r. KIO 1340/17 Izba stwierdziła, że *należy mieć na uwadze, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) z jednej strony statuuje po stronie zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy złożone dokumenty są wadliwe, z drugiej zaś strony kształtuje po stronie wykonawcy uprawnienie do umożliwienia mu takiego uzupełnienia. Aby to uprawnienie zostało prawidłowo zrealizowane, zamawiający musi zakomunikować wykonawcy, jak ocenił złożone dokumenty, jakie błędy w nich dostrzegł i w jakim zakresie konieczna jest ich poprawa lub uzupełnienie*. Natomiast zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Izbę w wyroku z dnia 4 kwietnia 2018 r. KIO 508/18 *artykuł 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) wyznacza obowiązek zamawiającego polegający na wezwaniu wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, m.in. w*

sytuacji, gdy uprzednio złożone oświadczenia lub dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania bez umożliwienia mu uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, za pomocą których wykaże on, że spełnia opisane warunki. Wykluczenie wykonawcy z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, z pominięciem obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, tj. z pominięciem obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, powoduje, że wykluczenie staje się przedwczesne i bezzasadne. Zamawiający, pomijając bowiem procedurę przewidzianą w ww. przepisie, nie posiada wiedzy, czy wykonawca rzeczywiście nie spełnia warunków. Tym samym zamawiający nie ma podstaw do stwierdzenia, że wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych.

Podsumowując powyższe: Izba uznała, iż wezwanie z dnia 7 września 2018 r. stanowiło wezwanie do złożenia wyjaśnień, a nie wezwanie do uzupełnienia dokumentu. Niezależnie od powyższego, ww. wezwanie - nawet w sytuacji potraktowania go jako wezwanie do uzupełnienia dokumentu – nie mogłoby zostać zakwalifikowane jako wezwanie, do którego otrzymania uprawniony jest wykonawca na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przed podjęciem decyzji o wykluczeniu go z postępowania, tj. z uwagi na brak spełnienia wymogu co do precyzyjnego i jednoznacznego stwierdzenia braków i zakresu ich uzupełnienia.

W dalszej kolejności należy wskazać, iż w ocenie Izby potwierdził się zarzut odnoszący się do braku spełnienia przez projekt KISMIA wymogów Zamawiającego co do projektu zawartych w opisie warunku określonego w Części III pkt 15. 2). 3). lit. e) SIWZ. Zgodnie z opisem tego warunku wykonawca miał potwierdzić dysponowanie następującymi osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia: „e) *min 1 analityk oraz min 1 architekt posiadający doświadczenie w co najmniej jednym projekcie polegającym na budowaniu rozwiązań obejmujących korelacje danych z różnych systemów oraz obejmujących tworzenie prognoz i scenariuszy sytuacyjnych w oparciu o dane uzyskane z minimum 3 źródeł z wymienionych w podpunktach od a) do d)*”. Źródła, o którym mowa in fine opisu warunku to wskazane wcześniej kategorie systemów. Wynika to z podpunktów a) do d), gdzie zostały wskazane następujące systemy: (a) system analityki video, (b) system monitoringu pogody zintegrowany w IOC, (c) system monitoringu zanieczyszczeń powietrza zintegrowany w IOC oraz (d) system monitoringu miejskiego ruchu drogowego. W ocenie Izby z treści opisu tego warunku wynika, iż dotyczył on osób posiadających doświadczenie w realizacji projektu, co do którego musiał być spełniony wymóg objęcia nim korelacji danych z co najmniej z trzech kategorii systemów określonych jako źródła i wskazanych w punktach a do d (tak też rozumiał ten warunek Przystępujący Smart In – pismo procesowe z dnia 16 listopada 2018 r., str. 5). Sam Przystępujący Smart In potwierdził w ramach stanowiska ustnego na rozprawie, że „*żeby*

stworzyć prognozy z 3 źródeł muszą być one ze sobą skorelowane” [protokół rozprawy z dnia 16 listopada 2018 r., str. 8]. Tymczasem jak wynika z oświadczenia złożonego przez Zamawiającego projekt KISMiA obejmował korelacje danych tylko z dwóch kategorii systemów. Jak stwierdził Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie: „Zamawiający potwierdza, że zamówienie pn. „Zaprojektowanie oraz wykonanie systemu monitoringu i analizy dla zadania inwestycyjnego pn. „Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy”, obejmowało zadania obejmujące korelacje danych tylko z dwóch systemów spośród źródeł z wymienionych w podpunktach od a) do d) pkt pkt III.1.3 1.3 e) ogłoszenia o zamówieniu, tj.: - z systemów monitoringu miejskiego ruchu drogowego – systemów analityki video a więc jedynie 2 z 4 systemów wymienionych”. Oświadczenie Zamawiającego ma w tym zakresie istotne znaczenie, skoro to właśnie Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia na ten projekt i na jego rzecz został on zrealizowany. Wprawdzie w ramach wypowiedzi ustnej na rozprawie Zamawiający stwierdził, iż w zależności od sposobu rozumienia pojęcia system monitoringu pogody można by uznać, iż miał on miejsce w ramach projektu KISMiA, jednakże następnie w odpowiedzi na pytanie Izby Zamawiający wyjaśnił, iż wyrażając taki pogląd miał na myśli czujniki sprawdzające temperaturę i wilgotność wewnątrz skrzynki i informujące o przekroczeniu temperatury urządzenia w skrzynce, których celem jest zapobieganie przegrzania się urządzenia. Tego rodzaju czujniki zdaniem Izby nie mogą być uznane za system monitoringu pogody i wobec tego Izba uznała, iż nie doszło do zmiany stanowiska Zamawiającego w tym zakresie, co również zostało stwierdzone przez samego Zamawiającego w trakcie przedstawienia końcowego stanowiska na rozprawie. Uzupełniająco w odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż, po pierwsze, nie odwołując się nawet do specjalistycznej wiedzy w tym zakresie nie ulega żadnym wątpliwościom, iż pojęcie „pogody” odwołuje się do zjawisk występujących na zewnątrz, a nie wewnątrz – np. skrzynki telekomunikacyjnej. Nie mówimy o pogodzie w budynku, lecz np. o temperaturze w budynku. Po drugie, potwierdza to definicja zawarta w opinii zatytułowanej „Stanowisko w odniesieniu do zapytania zgłoszonego przez firmę Smart In Sp. z o.o. Sp. K., ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice” z dnia 15 listopada 2018 r. (DPc3), złożonej przez Przystępującego Smart In. Zgodnie z opinią tam zawartą: „Pogoda to stan atmosfery w danym miejscu i czasie, określony zespołem elementów i zjawisk meteorologicznych, określanych zarówno jakościowo jak i ilościowo w trakcie obserwacji i pomiarów meteorologicznych.” Zgodnie z definicją zawartą w internetowym wydaniu Encyklopedii PWN (<https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/pogoda;3959060.html>) pogoda to stan atmosfery w danym miejscu i czasie, określony zespołem elementów i zjawisk meteorologicznych, do których należą: temperatura i wilgotność powietrza, ciśnienie atmosferyczne, prędkość, kierunek i porywistość wiatru, zachmurzenie oraz wielkość i rodzaj opadu. Jest rzeczą nie wymagającą

żadnych wyjaśnień, iż w skrzynce telekomunikacyjnej nie występują takie zjawiska jak prędkość, kierunek i porywistość wiatru, zachmurzenie oraz wielkość i rodzaju opadu. Możemy zatem mówić o temperaturze czy wilgotności wewnątrz skrzynki telekomunikacyjnej, ale nie o pogodzie wewnątrz tej skrzynki. W konsekwencji można mówić o monitorowaniu temperatury czy wilgotności wewnątrz skrzynki, ale nie o monitorowaniu pogody wewnątrz skrzynki. Ponadto, Odwołujący Comparex złożył na rozprawie między innymi dowody w postaci: wydruku ogłoszenia o zamówieniu pn. „Katowicki inteligentny system monitoringu i analizy” opublikowanego w dniu 14 listopada 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 220-389271 (DOC1) oraz Programu funkcjonalno – użytkowego „Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy” – Załącznik nr 8 do SIWZ w postępowaniu na „Zaprojektowanie oraz wykonanie systemu monitoringu i analizy” dla zadania inwestycyjnego pn. „Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy” (DOC3). Są to podstawowe dokumenty dla zamówienia na realizację projektu KISMIA. Przystępujący Smart In w żaden sposób nie zakwestionował ww. dowodów, a w szczególności nie wskazał żadnych fragmentów, które potwierdzałyby jego stanowisko, iż projekt KISMIA obejmował również korelacje danych z systemu monitoringu pogody – za wyjątkiem postanowień pkt 3 na stronie strona 132 PFU. Jednakże wskazany przez Przystępującego Smart In fragment dotyczy wyłącznie szafek teletechnicznych i monitorowania temperatury urządzeń wewnątrz szafek, a zatem nie może być mowy o żadnym systemie monitoringu pogody. Mając na uwadze w szczególności stanowisko przedstawione przez Zamawiającego, a także dowody na które powoływał się Odwołujący Comparex, należało stwierdzić, iż obowiązek w zakresie ciężaru dowodu przeszedł na Przystępującego Smart In, czemu jednak w ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący Smart In nie sprostął. Jako dowód w sprawie Przystępujący Smart In złożył między innymi wyciąg z dokumentacji powykonawczej zadania inwestycyjnego pn. „Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analizy” (DPc1). Jednocześnie Przystępujący Smart In stwierdził, iż w skrzynkach telekomunikacyjnych umieszczone są zarówno czujniki, które mierzą temperaturę i wilgotność wewnątrz skrzynki, jak i takie czujniki, które mierzą wyżej wymienione parametry na zewnątrz. Następnie Przystępujący Smart In wyjaśnił, iż informacje o czujnikach monitorujących dane na zewnątrz zostały opisane w karcie technicznej, stanowiącej załącznik do dokumentacji powykonawczej, który to dokument nie został złożony jako dowód w sprawie. Tym samym ww. wyciąg z dokumentacji powykonawczej stanowi jedynie dowód tego, iż w ramach przedmiotowego projektu zostały zainstalowane czujniki mierzące temperaturę i wilgotność wewnątrz skrzynki telekomunikacyjnej (potwierdził to sam Przystępujący Smart In na rozprawie), do których Izba odniosła się powyżej uznając, iż nie mogą być one zakwalifikowane jako system monitoringu pogody. Przystępujący Smart In nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających okoliczność występowania w ramach

projektu KISMiA czujników monitorujących zewnętrzne parametry, a w konsekwencji również dowodów potwierdzających, iż czujniki te tworzą system monitoringu pogody, a w ramach projektu KISMiA miała miejsce realizacja zadań obejmujących korelacje danych z tego systemu.

Opinia techniczna dotycząca integracji produktu IOC z różnymi źródłami danych z 15 listopada 2018 r. (DPc2) została przez Przystępującego Smart In złożona na okoliczność, iż integracja źródeł danych w ramach systemu KISMiA następuje niezależnie od ilości korelowanych źródeł danych, jak i parametrów korelowanych w ramach poszczególnych źródeł danych. W ocenie Izby ww. okoliczność, na którą powołany był ten dowód nie ma istotnego znaczenia dla niniejszej sprawy, albowiem w odniesieniu do warunku określonego w Części III pkt 15. 2). 3). lit. e) SIWZ wykonawca miał wykazać dysponowanie osobami posiadającymi doświadczenie w co najmniej jednym projekcie, co do którego musiał być spełniony wymóg korelacji danych z co najmniej z trzech systemów określonych jako źródła i wskazanych w punktach a do d. Na stwierdzenie spełniania tego warunku nie ma wpływu okoliczność w jaki sposób następuje integracja źródeł danych w ramach danego systemu (projektu), w tym – czy odbywa się ona niezależnie od ilości korelowanych źródeł danych.

Jeżeli natomiast chodzi o kwestię montażu 32 czujników zanieczyszczenia, to po pierwsze w tym zakresie Przystępujący stwierdził jedynie iż taki montaż miał miejsce, po drugie nie zostało to powiązane z twierdzeniem, iż czujniki te tworzą system monitoringu zanieczyszczeń powietrza, a projekt KISMiA obejmuje korelacje danych z tego systemu, a po trzecie jak wynika ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie umowa na ten przedmiot została zrealizowana po złożeniu wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, czemu Przystępujący Smart In nie zaprzeczył.

Podsumowując, Izba uznała, iż Przystępujący Smart In nie wykazał, iż doświadczenie w realizacji projektu KISMiA odpowiada wymogom dotyczącym niezbędnego doświadczenia osób określonym w Części III pkt 15. 2). 3). lit. e) SIWZ. Jednocześnie Izba zgodziła się z Przystępującym Smart In iż przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania zamawiający obowiązujący jest wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu w określonym precyzyjnie i jednoznacznie zakresie. Mając na uwadze powyższe, Izba doszła do przekonania, iż nie jest możliwe nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Przystępującego Smart in z Postępowania w sytuacji braku wystosowania do niego wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Na poprzednim etapie Postępowania Przystępujący Smart In został wezwany do uzupełniania Jednolitego Dokumentu w odniesieniu do osób wskazywanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Uzupełnienie Jednolitego Dokumentu nastąpiło w wyniku udzielenia przez Przystępującego Smart In odpowiedzi na

wezwanie z dnia 4 czerwca 2018 r. (odpowieź Przystępującego Smart In z dnia 6 czerwca 2018 r., gdzie w odniesieniu do warunku określonego w pkt III.1.3) 1.3e) ogłoszenia wskazano następujące osoby: D.P., Z.G., R.G., J.B., z tym że w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nastąpiła rezygnacja z pierwszej z ww. osób). Na etapie Postępowania, do którego odnosiły się zarzuty odwołania, zaistniała potrzeba uzupełnienia informacji złożonych przez Przystępującego Smart In w wykazie osób z dnia 30 sierpnia 2018 r. co do konkretnych projektów, w których uczestniczyły te osoby oraz źródeł, o których mowa w przedmiotowym warunku. Wprawdzie w ww. wykazie Przystępujący Smart In wskazał nazwy projektów, jednakże poza projektem KISMIA, który został uznany za niespełniający wymogów SIWZ, został jeszcze w tym zakresie wskazany projekt „Veolia – IBM”. Sposób wskazania tego projektu uniemożliwia jego jednoznaczną identyfikację, a w szczególności brak jest informacji o źródłach (systemach), o których mowa w opisie przedmiotowego warunku. Informacje w tym zakresie były wymagane dopiero na etapie Postępowania obejmującym weryfikację z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym Izba uznała, że przed podjęciem ewentualnej decyzji o wykluczeniu Przystępującego Smart In z Postępowania Zamawiający obowiązany jest w sposób jednoznaczny i precyzyjny wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia złożonego wykazu we wskazanym powyżej zakresie, albowiem takie wezwanie – w ocenie Izby – jeszcze nie miało miejsca.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Smart In do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie w jakim Pan Z.G. udostępnił Wykonawcy Smart In zasoby wiedzy i doświadczenia, na które wykonawca ten powołał się we wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu.

Izba uznała, iż zarzut ww. nie potwierdził się. Izba stwierdziła, iż w obecnym stanie, gdy ww. osoba stanowi zasób własny wykonawcy, przeprowadzanie w odniesieniu do niej badania jak w odniesieniu do podmiotu trzeciego należy uznać za zbędne. Przedstawiając szczegółowe uzasadnienie w odniesieniu do ww. zarzutu należy wskazać, co następuje.

Na gruncie stanu faktycznego, do którego odnosi się przedmiotowy zarzut oraz stanowiska przedstawionego w tym zakresie przez Odwołującego Comparex, możemy wyodrębnić dwa zagadnienia, tj. po pierwsze zagadnienie zmiany w zakresie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, a po drugie zagadnienie aktualności oświadczeń i dokumentów składanych na wezwanie zamawiającego z art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do pierwszego z ww. zagadnień należy powołać się na treść art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja

ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1 tego artykułu, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1. W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia dokładnie z sytuacją uregulowaną w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, lecz z sytuacją, której oceny na gruncie przepisów ustawy Pzp należy dokonywać poprzez odwołanie się do zasady wyrażonej w ww. uregulowaniu. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, gdy wykonawca powoływał się w trakcie postępowania na zdolności lub sytuację tzw. podmiotu trzeciego na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej lub warunku dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. W przypadku uznania przez zamawiającego, że zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa ww. podmiotu nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający zwraca się do wykonawcy z żądaniem, o którym mowa w tym przepisie. Na podstawie treści żądania, jaka wynika z ww. przepisu, należy wyciągnąć wniosek, iż wykonawcy przysługuje w takiej sytuacji uprawnienie do zastąpienia uprzednio wskazanego podmiotu innym podmiotem lub zobowiązania się osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, pod warunkiem wykazania samodzielnego spełnienia określonego warunku. Z regulacji tej wynika zatem zasada dopuszczalności zmiany w zakresie wskazanego przez wykonawcę podmiotu trzeciego na inny podmiot lub samego wykonawcę – w odniesieniu do wykazywania spełnienia określonego warunku udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie mamy natomiast do czynienia z sytuacją, w której na etapie składania wstępnego oświadczenia wykonawca - w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego, natomiast na etapie przeprowadzania badania w wyniku wezwania z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykazywanie spełnienia tego warunku następuje samodzielnie przez wykonawcę w związku z faktem, iż obecnie ww. podmiot trzeci stanowi jego zasób własny. W zakresie wykazywania spełnienia tego warunku doszło zatem do zmiany – z podmiotu trzeciego na samego wykonawcę. Taką zmianę należy uznać za dopuszczalną. Skoro została ona uznana za dopuszczalną na gruncie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w sytuacji stwierdzenia przez zamawiającego braku potwierdzenia spełnienia warunku, to tym bardziej należy uznać ją za dopuszczalną w przypadku, gdy nie ma miejsca dokonanie przez zamawiającego negatywnej oceny podmiotowej, lecz do zmiany tej dochodzi automatycznie – w związku ze zmianą charakteru danego zasobu, który z zasobu podmiotu trzeciego staje się zasobem

własnym. Zmiana taka jak miała miejsce w niniejszej sprawie pozostaje zatem w zgodności z zasadą wynikającą z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Jednakże pomiędzy tą sytuacją a sytuacją objętą ww. przepisem występują również różnice, z których wynikają dalsze konsekwencje prawne. Zmiana dotycząca zasobów podmiotów trzeciego w przypadku przepisu art. 22a ust. 6 jest wynikiem stwierdzenia przez zamawiającego braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub występowania podstaw wykluczenia i z tego powodu dochodzi do niej w odpowiedzi na żądanie skierowane do wykonawcy przez zamawiającego. Natomiast w stanie faktycznym niniejszej sprawy do zmiany dochodzi automatycznie w związku ze zmianą charakteru danego zasobu. Nie jest zatem konieczne wystosowanie przez Zamawiającego żądania, jak ma to miejsce na gruncie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Nie dochodzi bowiem do stwierdzenia niewykazania spełnienia warunku lub występowania podstaw wykluczenia. Ocena w tym zakresie pozostaje taka sama, a jedynie następuje zmiana co do charakteru zasobu.

Pozostaje zatem do rozstrzygnięcia kwestia dokumentów, jakie w takim przypadku powinny podlegać badaniu, a dokładnie rzecz ujmując dokumenty dotyczące którego podmiotu – wykonawcy czy tzw. podmiotu trzeciego, który na etapie dokonywania weryfikacji wszczętej na skutek wezwania z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp utracił już taki status w postępowaniu. Odnosząc się do tej kwestii należy wskazać na obowiązującą na gruncie aktualnych przepisów ustawy Pzp zasadę, iż warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już na dzień składania ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i muszą trwać przez cały okres prowadzenia postępowania, natomiast dokumenty składane na potwierdzenie tych warunków mają być aktualnego na dzień ich składania. To samo należy odnieść do braku podstaw wykluczenia. Powyższe wynika wprost z przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (podobnie w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp), zgodnie z którym zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa 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. Badanie na gruncie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp następuje zatem w odniesieniu do dokumentów aktualnych na dzień ich złożenia, a nie aktualnych na dzień złożenia wstępnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu czy braku podstaw wykluczenia. Przykładowo, wystarczające jest złożenie aktualnej informacji z KRK, nie ma potrzeby składania także takiego dokumentu obowiązującego na dzień składania oświadczenia wstępnego w JEDZ. Dochodzi tu zatem do przyjęcia domniemania polegające na tym, iż złożenie dokumentu potwierdzające spełnienie warunku czy brak podstaw do wykluczenia, aktualnego na dzień złożenia dokumentu, potwierdza istnienie tych okoliczności przez cały czas trwania

postępowania. Możliwe jest oczywiście obalenie tego domniemania poprzez przedstawienie dowodów potwierdzających, że np. w chwili składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dany wykonawca nie spełniał warunku czy zachodziła w stosunku do niego podstawa do wykluczenia. Z powyższego wynika zatem, iż celem procedury z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp jest nie tyle weryfikacja prawdziwości wstępnego oświadczenia na dzień jego złożenia, co potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, na dzień udzielenia odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Kierując się celem tej regulacji należy stwierdzić, iż skoro na etapie przeprowadzania weryfikacji z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dany zasób stanowi zasób własny wykonawcy, to badanie oświadczeń i dokumentów w ramach tej procedury winno odbywać się w odniesieniu do wykonawcy, a nie podmiotu, który utracił już status podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 2 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. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: