

Sygn. akt: KIO 888/17

WYROK
z dnia 8 czerwca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadziś**

Członkowie: **Marzena Teresa Ordysińska**

Anna Packo

Protokolant: **Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniach 17, 25 i 29 maja 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2017 roku przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum K.O.I.T. - Krajowy Operator Infrastruktury Transportowej: (1) Kapsch Telematic Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (2) Kapsch TrafficCom AG Am Europlatz 2,1120, Wiedeń, Austria (3) Kapsch TrafficCom Transportation NA Inc. Plymouth MI, stan Michigan, 40600 Ann Arbor Rd. E. Suite 201, USA

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: FBSerwis B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Cintra Global Ltd z siedzibą w Oxfordzie, Anglia; Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia; Cintra Toll Services LLC z siedzibą w Wilmington USA zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 888/17 po stronie Zamawiającego,

- B. wykonawcy SkyToll a.s. z siedzibą w Bratysławie, Słowacja zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 888/17 po stronie Zamawiającego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie; Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie; BT Signaal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 888/17 po stronie Zamawiającego,
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Conduent State & Local Solutions Inc. z siedzibą w Fairfax, USA; Vitronic Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 888/17 po stronie Zamawiającego,
- E. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Nemzeti Utdíjizetési Szolgálat Zártkörűen működő Részvénytársaság z siedzibą w Budapeszcie, Węgry; i-Cell Mobilsoft Zártkörűen működő Részvénytársaság z siedzibą w Budapeszcie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 888/17 po stronie Zamawiającego,
- F. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Egis Projects S.A. z siedzibą w Saint Quentin –Yvelines Cedex, Francja; Egis Electronic Tool Collection Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; TK Telekom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 888/17 po stronie Zamawiającego,
- G. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum SKYWAYS: Leadville Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Strabag Motorway GmbH Ortenburgerstrasse 27 9800 Spittal an der Drau, Austria zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 888/17 po stronie Zamawiającego,
- H. wykonawcy Catterick Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 888/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:

- zarzutu zaniechania odtajnienia, z pisma z dnia 20 marca 2017 roku od wykonawcy Catterick Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do Zamawiającego, daty zakończenia projektu „Pasy szybkiego ruchu na autostradzie I-85 wraz z zapleczem technicznym”,

- zarzutu zaniechania odtajnienia nazw firm i odpisów z rejestrów handlowych podmiotów udostępniających swoje zasoby wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie: Leadville Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Strabag Motorway GmbH Ortenburgerstrasse 27 9800 Spittal an der Drau, Austria - Konsorcjum SKYWAYS

- zarzutu zaniechania odtajnienia ostatniej strony polskojęzycznej Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia podmiotu Vitronic Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy przedstawionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Conduent State & Local Solutions Inc. Z siedzibą w Fairfax, USA; Vitronic Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy.

2. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 21 kwietnia 2017 roku tj. zawiadomienia o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Krajowy System Poboru Opłat wraz z czynnościami związanymi z Poborem Opłaty Elektronicznej oraz czynnościami związanymi z Poborem Opłaty za Przejazd”.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności polegających na wezwaniu wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji podanych w jednolitych europejskich dokumentach zamówienia w celu oceny spełnienia warunków

udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności polegających na wezwaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Nemzeti Utdíjizetési Szolgáltatató Zártkörűen működő Részvénytársaság z siedzibą w Budapeszcie, Węgry; i-Cell Mobilsoft Zártkörűen működő Részvénytársaság z siedzibą w Budapeszcie do złożenia oświadczeń podanych w jednolitych europejskich dokumentach zamówienia w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia.

Nakazuje Zamawiającemu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, wezwanie wykonawców:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum SKYWAYS: Leadville Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Strabag Motorway GmbH Ortenburgerstrasse 27 9800 Spittal an der Drau, Austria,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie; Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie; BT Signaal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach,
- wykonawcy SkyToll a.s. z siedzibą w Bratysławie, Słowacja,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Nemzeti Utdíjizetési Szolgáltatató Zártkörűen működő Részvénytársaság z siedzibą w Budapeszcie, Węgry; i-Cell Mobilsoft Zártkörűen működő Részvénytársaság z siedzibą w Budapeszcie

do uzupełnienia oświadczeń podanych w jednolitych europejskich dokumentach zamówienia w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia.

Nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Conduent State & Local Solutions Inc. Z siedzibą w Fairfax, USA; Vitronic Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy do uzupełnienia podpisanego jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia spółki S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: FBSerwis B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Cintra Global Ltd z siedzibą w Oxfordzie, Anglia; Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia; Cintra Toll Services LLC z siedzibą w Wilmington USA do:

- uzupełnienia tłumaczenia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia spółki Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia podpisanego przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie,
- uzupełnienia tłumaczenia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia spółki Cintra Toll Services LLC z siedzibą w Wilmington USA podpisanego przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Nakazuje Zamawiającemu ujawnienie informacji przedstawionych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum SKYWAYS: Leadville Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Strabag Motorway GmbH Ortenburgerstrasse 27 9800 Spittal an der Drau, Austria tj. zobowiązań podmiotów udostępniających zasoby oraz jednolity europejski dokument zamówienia w części II i IV sekcja C podmiotów udostępniających zasoby w zakresie wykazanego przez te podmioty doświadczenia.

Nakazuje Zamawiającemu ujawnienie informacji przez podanie projektów, które zostały podane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie; Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie; BT Signaal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach a wskazanych przez Zamawiającego w pismach z dnia 13 marca 2017 roku na stronie 5 i 30 marca 2017 roku na stronie 2.

Nakazuje Zamawiającemu ujawnienie informacji przedstawionych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Conduent State & Local Solutions Inc. z

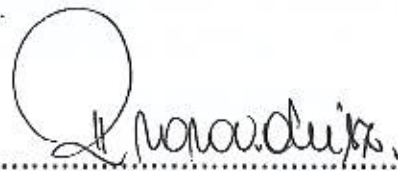
siedzibą w Fairfax, USA; Vitronic Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy tj. strony 119 do 159 złożonych dokumentów.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum K.O.I.T. - Krajowy Operator Infrastruktury Transportowej: (1) Kapsch Telematic Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (2) Kapsch TrafficCom AG Am Europlatz 2, 1120, Wiedeń, Austria (3) Kapsch TrafficCom Transportation NA Inc. Plymouth MI, stan Michigan, 40600 Ann Arbor Rd. E. Suite 201, USA tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Warszawie.

Przewodniczący:



Członkowie:





Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej

Magdalena Grabarczyk

Sygn. akt: KIO 888/17

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego pod nazwą: *„Krajowy System Poboru Opłat wraz z czynnościami związanymi z Poborem Opłaty Elektronicznej oraz z czynnościami związanymi z Poborem Opłaty za Przejazd”*

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 grudnia 2016 roku pod numerem 2016/S 242-441391.

2 maja 2017 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego:

- 1) Zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania:
 - a) Wykonawcy Catterick Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

- b) Konsorcjum SKYWAYS złożonego z Leadville Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Strabag Motorway GmbH z siedzibą w Spittal an der Drau, Austria,
- c) Konsorcjum złożonego z Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie; Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Bt Signaal Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,
- d) SkyToll a.s. z siedzibą w Bratysławie, Słowacja,
- e) Konsorcjum złożonego z S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, VITRONIC Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy; Xerox State & Local Solutions Inc. z siedzibą w Fairfax, Stany Zjednoczone,
- f) Konsorcjum złożonego z FBSEWIS B Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, CINTRA GLOBAL Ltd. z siedzibą w Oxford, Anglia; Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia; CINTRA TOLL SERVICES LLC z siedzibą w Austin oraz Wilmington, Stany Zjednoczone,
- g) Konsorcjum złożonego z Nemzeti Gtdijfizetesi Szolgaltató Zrtkoruen mukódó Részvenytársaság (National Toll Payment Services Pic.) z siedzibą w Budapeszcie, Węgry oraz i-Cell Mobilsoft Zrtkoruen mukódó Részvenytársaság (i-Cell Mobilsoft Zrt.) z siedzibą w Budapeszcie, Węgry.

z uwagi na to, iż wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia określonych w ogłoszeniu o zamówieniu i Instrukcji do dialogu konkurencyjnego (dalej: „Instrukcja do Dialogu” lub „IdD”) oraz wskazanych w uzasadnieniu odwołania;

- 2) ewentualnie zaniechanie czynności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia w stosunku do wykonawców, o których mowa w pkt 1 powyżej;
- 3) względnie zaniechanie czynności wezwania wykonawcy wskazanego w pkt 1 lit. f powyżej na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy do złożenia pełnomocnictw;
- 4) zaniechanie czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji informacji zawartych w dokumentach wskazanych w uzasadnieniu i w konsekwencji nieudostępnienie Odwołującemu całości załączników do protokołu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców;

- a) Catterick Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- b) Konsorcjum SKYWAYS złożonego z Leadville Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Strabag Motorway GmbH z siedzibą w Spittal an der Drau, Austria,
- c) Konsorcjum złożonego z Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie; Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Bt Signaal Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,
- d) SkyToll a.s. z siedzibą w Bratysławie, Słowacja,
- e) Konsorcjum złożonego z S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, VITRONIC Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy; Xerox State & Local Solutions Inc. z siedzibą w Fairfax, Stany Zjednoczone,
- f) Konsorcjum złożonego z FBSEWIS B Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, CINTRA GLOBAL Ltd. z siedzibą w Oxford, Anglia; Vialivre SA z siedzibą w Lizbonie, Portugalia; CINTRA TOLL SERVICES LLC z siedzibą w Austin oraz Wilmington, Stany Zjednoczone,
- g) Konsorcjum złożonego z Nemzeti Cldijfizetesi Szolgaltató Zrt. z siedzibą w Budapeszcie, Węgry oraz i-Cell Mobilsoft Zrt. z siedzibą w Budapeszcie, Węgry

- pomimo, że wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w Postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia określonych w ogłoszeniu o zamówieniu i Instrukcji do Dialogu oraz wskazanych w uzasadnieniu odwołania;

- 2) ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia przez wykonawców, o których mowa powyżej w pkt 1;
- 3) względnie art. 26 ust. 3a ustawy przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wezwania wykonawcy wskazanego w pkt 1 lit. f powyżej do złożenia pełnomocnictwa;
- 4) art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy przez ich niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji nieuzasadnione uznanie za skuteczne dokonane przez wykonawców, o których mowa w pkt 1 lit. a - c, e - f powyżej oraz Konsorcjum Egis Projects S.A. z siedzibą w Saint Quentin-en-Yvelines cedex, Egis Electronic Toll Collection Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i TK Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Egis”) zastrzeżenia jako niepodlegających ujawnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i wskutek czego nieudostępnienie całości załączników do protokołu Postępowania;

5) pozostałych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia oraz powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenia tej czynności,
- b) wykluczenia z postępowania wykonawców:
 - (i) Catterick Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Catterick”),
 - (ii) Konsorcjum SKYWAYS złożonego z Leadville Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Strabag Motorway GmbH z siedzibą w Spittal an der Drau, Austria SKYWAYS (dalej: „SKYWAYS”),
 - (iii) Konsorcjum złożonego z Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie; Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Bt Signaal Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Comarch”),
 - (iv) SkyToll a.s. z siedzibą w Bratysławie, Słowacja (dalej: „SkyToll”),
 - (v) Konsorcjum złożonego z S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, VITRONIC Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy; Xerox State & Local Solutions Inc. z siedzibą w Fairfax, Stany Zjednoczone (dalej: „S&T Services Polska”),
 - (vi) Konsorcjum złożonego z FBSEWIS B Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, CINTRA GLOBAL Ltd. z siedzibą w Oxford, Anglia; Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia; CINTRA TOLL SERVICES LLC z siedzibą w Austin oraz Wilmington, Stany Zjednoczone (dalej: „FBSEWIS B”),
 - (vii) Konsorcjum złożonego z Nemzeti Otdijfizetesi Szolgaltató Zártkörűen működő Reszvénytársaság (National Toll Payment Services Pic.) z siedzibą w Budapeszcie, Węgry oraz i-Cell Mobilsoft Zártkörűen működő Reszvénytársaság (i-Cell Mobilsoft Zrt.) z siedzibą w Budapeszcie, Węgry (dalej: „NTPS”),
- c) ewentualnie wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw wykluczenia w stosunku do wykonawców, o których mowa w pkt 2 lit. b od (i) do (v) powyżej
- d) względnie wezwania wykonawcy FBSEWIS B na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy do złożenia pełnomocnictwa,
- e) udostępnienia Odwołującemu stanowiących załączniki do protokołu postępowania dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy środki ochrony prawnej określone w tym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący przeszedł pozytywnie kwalifikację do udziału w dialogu, zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia. Wykluczenie wykonawców z udziału w postępowaniu i związane z tym ograniczenie kręgu konkurentów może spowodować zmniejszenie liczby ofert składanych w postępowaniu, co wpłynie dodatnio na szanse Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Gdyby jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy, który powinien podlegać wykluczeniu, Odwołujący utraciłby szansę na uzyskanie zamówienia. Jednocześnie w zakresie zarzutów dotyczących nieudostępnienia Odwołującemu załączników do protokołu wskazujemy, iż nieprzekazanie tych informacji skutkuje niemożnością kompletnej weryfikacji prawidłowości wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożonych przez pozostałych Wykonawców, przez co Odwołujący nie jest w stanie w terminie przewidzianym prawem sformułować wszystkich zarzutów w stosunku do konkurentów. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy powoduje, że Odwołujący może nie uzyskać zamówienia i tym samym ponieść szkodę wobec nie pozyskania kontraktu.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes wyraża się również w tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami prawa.

Odwołujący następująco uzasadniał

I. Wprowadzenie

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego, w ramach którego przedmiotem zamówienia jest Krajowy system poboru opłat wraz z czynnościami związanymi z poborem opłaty elektronicznej oraz z czynnościami związanymi z poborem opłaty za przejazd.

W dniu 21 kwietnia 2017 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wynika z niej, że warunki udziału w postępowaniu spełniają wszyscy wykonawcy (9), którzy w wyznaczonym terminie złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. W związku z faktem, że liczba wykonawców, którzy spełniają wymagane warunki udziału w Postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu jest równa liczbie określonej w Sekcji II 2.9) ogłoszenia o zamówieniu tj. 9, Zamawiający poinformował, że:

- odstąpił od przyznawania punktów w kryterium selekcji,
- zaprosi do dialogu konkurencyjnego - w późniejszym terminie - wszystkich Wykonawców.

Zamawiający wskazał Odwołujący, zaniechał wykluczenia z Postępowania następujących wykonawców: Catterick, SKYWAYS, Comarch, SkyToll, S&T Services Polska, FBSEWIS B i NTPS pomimo tego, że Wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia, ewentualnie Zamawiający zaniechał wezwania tych Wykonawców do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw wykluczenia, względnie zaniechał wezwania tych wykonawców do złożenia wymaganych pełnomocnictw.

W dniu 21 kwietnia 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyznaczeniu terminu na przekazanie protokołu postępowania wraz z załącznikami w postaci elektronicznej.

W dniu 24 kwietnia 2017 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu w postaci elektronicznej protokół z postępowania wraz z załącznikami. Należy zaznaczyć, że udostępnione Odwołującemu załączniki do protokołu były niekompletne, co zostało wykazane w dalszej części odwołania. Nadto pismem z 28 kwietnia 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż „*nie udostępnia dokumentów oznaczonych przez Wykonawców jako zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, a które Zamawiający już zweryfikował pod kątem skuteczności ich zastrzeżenia*”. Zamawiający zaniechał udostępnienia tych części wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które zostały zastrzeżone jako niepodlegające ujawnieniu informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pomimo że zawarte w tych dokumentach informacje nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa lub wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że w związku z tym złożenie odwołania stało się konieczne i uzasadnione.

II. Zarzuty odnośnie poszczególnych wniosków

Zarzuty dotyczące wniosku Catterick

1.

W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Catterick (dalej w pkt II: „Wykonawca”) polega wyłącznie na zasobach podmiotów trzecich, tj:

- Autostradę Tech S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Wiochy:
- w zakresie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej (warunek określony w pkt 111.1.2) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.2) IdD), w zakresie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru typu Free-Flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat (warunek określony w pkt III.1.3)a)II Ogłoszenia o zamówieniu oraz

pkt 3.1.3.a)II IdD),

- w zakresie warunków udziału w Postępowaniu dotyczących osób - Kierownika ds. wdrożenia, Eksperta ds. Wdrożenia IT, Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat oraz Eksperta ds. Utrzymania IT (warunki określone w pkt III.1.3)b.1, 3, 5 i 6 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.b)1, 3, 5 i 6 IdD),

- Electronic Transaction Consultants Corporation z siedzibą w Richardson, Stany Zjednoczone,

- w zakresie warunków określonych w pkt III.1.3)a)L1-5 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 3.1.3.a)I.1-5 IdD, tj. dotyczących:

- Usługi Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow,
- Usługi Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat z Miejscami Poboru Opłat,
- Usługi Manualnego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Manualnego Systemu Poboru Opłat,
- Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych,
- Usługi Udostępniania OBU, oraz

- w zakresie warunków udziału w Postępowaniu dotyczących osób - Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności, Kierownika ds. operacyjnych (warunki określone w pkt III.1.3)b.1, 3, 5 i 6 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.b)2 i 4 IdD).

Jednolite dokument sporządzone zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu Wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE (dalej: „JEDZ”) dotyczące podwykonawców, na których zasobach polega Wykonawca zostały złożone w języku angielskim wraz z ich tłumaczeniem przysięgłym na język polski.

Zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w języku polskim. Wprowadzić w myśl art. 9 ust. 3 ustawy w szczególnie uzasadnionych przypadkach Zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub w języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane. Jednakże Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wyraził zgody na złożenie JEDZ w języku angielskim. Na możliwość złożenia JEDZ w języku obcym nie wskazuje również § 16 ust. 1 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.,poz. 1126) [dalej: „Rozporządzenie w sprawie dokumentów”], zgodnie z którym dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.

JEDZ nie jest rodzajem dokumentu, jakiego może żądać zamawiający od wykonawcy, o którym mowa w tym rozporządzeniu, tym samym jego przepis § 16 ust. 1 nie ma zastosowania do JEDZ.

W konsekwencji Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim na ich potwierdzenie powołał się na zasoby udostępnione przez podwykonawców, ani że podmioty te nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

2.

W celu udowodnienia posiadania doświadczenia w zakresie Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych (wymóg określony w pkt 111.1.3) a) I.4. Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 3.1.3.a) I.4 IdD) Wykonawca powołał się w JEDZ dotyczącym Electronic Transaction Consultants Corporation na projekt „Pasy Szybkiego ruchu na autostradzie I-85 wraz z zapleczem technicznym” realizowany na rzecz Dyrekcji Dróg i Autostrad Płatnych Stanu Georgia. Przy tym, Wykonawca wskazał datę 31-08- 2014 r. jako datę zakończenia projektu (s. 243 oraz 285 Wniosku). Następnie w piśmie z dnia 20 marca 2017 r. Wykonawca skorygował datę zakończenia świadczenia usługi. Skorygowana w piśmie wykonawcy data zakończenia projektu została utajniona przez Zamawiającego (s. 2 wyjaśnień z 20 marca 2017 r.).

Zastrzeżenie przez Wykonawcę tej informacji jako niepodlegającej udostępnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezskuteczne. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp określona informacja może być zastrzeżona jako niejawną pod warunkiem, że wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzeże, że informacja nie może być udostępniana oraz wykaże, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. W niniejszym przypadku nie zaistniały przesłanki do utajnienia daty zakończenia projektu, mianowicie w dacie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Wykonawca nie zastrzegł, że informacja ta nie może być udostępniana oraz nie wykazał, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyjaśnieniach w sprawie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawca wskazał, że zastrzega jedynie dane osobowe pracowników, dane osób odpowiedzialnych za kontakt z wykonawcą ze strony klientów oraz dane dotyczące przychodów (s. 336 Wniosku).

Zarzuty dotyczące wniosku SKYWAYS

1.

Zamawiający pismem z 13 marca 2017 r. wezwał konsorcjum SKYWAYS (dalej w pkt III: „Wykonawca”) do złożenia wyjaśnień w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w Sekcji 111.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1. 3) a) i b) IdD. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że

ze złożonych wraz z wnioskiem dokumentów nie wynika spełnienie tego warunku, w szczególności.

1) odnośnie wymienionej w pkt I.2. pisma osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika ds. operacyjnych:

- (i) z opisu doświadczenia nie wynika na jakim stanowisku/ach osoba ta nabyła wskazane doświadczenie oraz czy doświadczenie zostało nabyte po stronie wykonawcy,
- (ii) z opisu doświadczenia wynika, że zdobyła ona doświadczenie „w pozycjach kierownika”, co nie przesądza jednoznacznie, że zajmowała stanowisko równoważne ze stanowiskiem kierownika/zastępcy kierownika projektu - odpowiedzialnego za realizację całości Usługi Elektronicznego Poboru Opłat typu free-flow,

2) odnośnie wymienionej w pkt I.2. pisma osoby wskazanej do pełnienia funkcji Eksperta ds. Utrzymania IT:

- (i) z opisu doświadczenia nie wynika na jakim stanowisku/ach ww. osoba nabyła wskazane doświadczenie oraz czy posiada doświadczenie w zakresie zarządzania utrzymaniem i eksploatacją systemów teleinformatycznych obsługujących ponad 50 000 użytkowników każdy,
- (ii) z opisu doświadczenia wynika, że ww. osoba zdobyła doświadczenie „w pozycjach kierownika”, co nie przesądza jednoznacznie, że zajmowała stanowisko równoważne ze stanowiskiem kierownika/zastępcy kierownika projektu,

3) odnośnie wymienionej w pkt I.3. pisma osoby wskazanej do pełnienia funkcji eksperta ds. Elektronicznego Systemu Poboru Opłat:

- (i) z opisu doświadczenia nie wynika, czy ww. osoba posiada 3 lata doświadczenia zawodowego przy Wdrożeniu co najmniej jednego Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu free-flow, oraz na jakim stanowisku/ach osoba ta nabyła wskazane doświadczenie,
- (ii) z opisu doświadczenia nie wynikają okresy, w których wskazana osoba wykonywała wykazane przez Wykonawcę usługi oraz pełniła funkcje,

4) odnośnie wymienionych w pkt I.4. pisma osób wskazanych do pełnienia funkcji Kierownika ds. operacyjnych oraz Eksperta ds. Utrzymania IT (pierwsza osoba) i Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności (druga osoba):

- (i) Zamawiający prosi o doprecyzowanie ogólnego oświadczenia stanowiącego przepisanie warunku udziału w postępowaniu dla ww. osób poprzez wskazanie danych referencyjnych projektów, kwalifikacji zawodowych, nazw projektów, okresów, w jakich dana osoba wykonywała usługi i pełnionych funkcji,

5) z opisu Usługi Udostępniania OBU nie wynika, że usługa ta była świadczona poprzez punkty udostępnienia w różnych regionach danego kraju.

Wykonawca pismem z 20 marca 2017 r. udzielił wymaganych wyjaśnień.

Pismo zostało podpisane przez p. Kamila Potrzuskiego, pełnomocnika Wykonawcy.

Wyjaśnienia zostały zawarte w osnowie pisma.

Wykonawca jednak nie załączył do pisma poprawionego/doprecyzowanego JEDZ.

Odwolujący zauważył, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia treści dokumentu, która nie została w nim zawarta. Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w dokumencie stanowią de facto - jego uzupełnienie.

Zgodnie z trafnym poglądem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyrok z dnia 25 sierpnia 2015 r. (KIO 1741/15) *Jo z treści dokumentów złożonych wraz z ofertą (bądź uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego) ma wynikać spełnienie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, natomiast wyjaśnienia o jakie może wzywać Zamawiający nie mają na celu zmiany oświadczenia złożonego w dokumentach"*

Jak zwrócił na to uwagę Zamawiający w cyt. piśmie z 13 marca 2017 r. treść oświadczeń JEDZ dotyczących podmiotów udostępniających zasoby nie w pełni potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenia JEDZ w swej pierwotnej wersji nie zawierały wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji, stąd były niekompletne lub zawierały błędy. Należy zwrócić uwagę, że w świetle art. 26 ust. 3 ustawy wyjaśnia się oświadczenia JEDZ „budzące wskazane przez zamawiającego wątpliwości”, natomiast oświadczenia JEDZ „niekompletne, zawierające błędy” podlegają „uzupełnieniu lub poprawieniu”. Zamawiający winien był zatem wezwać Wykonawcę do uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń JEDZ. Skoro tego nie uczynił, i skoro Wykonawca z własnej inicjatywy nie uzupełnił lub nie poprawił oświadczeń JEDZ dotyczących podmiotów udostępniających zasoby, zatem należy uznać, że Wykonawca, mimo złożenia wyjaśnień, formalnie nadal nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Nadto uzupełnienie JEDZ dotyczącego podmiotu udostępniającego zasoby powinno pochodzić od tego podmiotu, a nie od Wykonawcy. Tymczasem pismo z 20 marca 2017 r., obejmujące wyjaśnienia oświadczeń JEDZ, zostało podpisane przez p. Kamila Potrzuskiego, który nie miał umocowania do składania oświadczeń w imieniu podmiotów udostępniających zasoby.

W związku z powyższym uzupełnienie informacji zawartych w oświadczeniach JEDZ podmiotów udostępniających zasoby należy uznać za bezskuteczne, co w konsekwencji oznacza, że Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania Kierownikiem ds. operacyjnych, Ekspertem ds. Utrzymania IT, Ekspertem ds. Elektronicznego Systemu Poboru Opłat, Kierownikiem Zespołu ds. rozliczeń i płatności oraz doświadczeniem. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż Zamawiający jest uprawniony jedynie do jednorazowego w danym zakresie, wezwania do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy.

2.

Oświadczenia JEDZ dotyczące

- Asfinag Commercial Services GmbH,
- Asfinag Maut GmbH oraz
- Deutsche Telekom AG (podmioty udostępniające zasoby)

zostały złożone w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski (s. 203 - 289, 325-361 Wniosku).

Tłumaczenie na język polski nie zostało podpisane przez osobę umocowaną do reprezentacji odpowiednio Asfinag Commercial Services GmbH i Asfinag Maut GmbH.

Zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Wprawdzie w myśl art. 9 ust. 3 ustawy w szczególnie uzasadnionych przypadkach Zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub w języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane. Jednakże Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wyraził zgody na złożenie JEDZ w języku angielskim. Na możliwość złożenia JEDZ w języku obcym nie wskazuje również § 16 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, zgodnie z którym dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. JEDZ nie jest rodzajem dokumentu, o którym mowa w tym rozporządzeniu, tym samym jego przepis § 16 ust. 1 nie ma zastosowania do JEDZ.

W konsekwencji należy uznać, że Wykonawca nie wykazał skutecznie, iż może polegać na zasobach udostępnionych przez Asfinag Commercial Services GmbH, Asfinag Maut GmbH oraz Deutsche Telekom AG.

3.

Wykonawca dokonał zastrzeżenia jako niepodlegających ujawnieniu informacji stanowiących zdaniem Wykonawcy tajemnicę przedsiębiorstwa w następującym zakresie:

- a) zobowiązania Strabag AG, Efkon AG, Efkon South Africa, Autotesca Zagreb-Macej d.o.o., The Intolligent Ltd, Asfinag Commercial Services GmbH, Asfinag Maut GmbH, Satelic N.V. oraz Deutsche Telekom AG do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia,
- b) odpisów z rejestrów handlowych ww. podmiotów udostępniających Wykonawcy zasoby,
- c) dokumentów JEDZ dotyczące ww. podmiotów udostępniających zasoby w zakresie części II i IV, sekcja C,
- d) wyjaśnień dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jako uzasadnienie zastrzeżenia ww. informacji (s. 375-377 Wniosku) Wykonawca wskazał, że cyt.:

„Zastrzeżone informacje nie są w żaden sposób ujawnione do wiadomości publicznej. Wykonawca, a także Podmioty Trzecie nie udostępniają na swojej stronie internetowej, ani nie udostępniają ich są w żaden sposób”

„Doświadczenie wymienione w zastrzeżonych dokumentach stanowi istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy oraz Podmiotów Trzecich” ponieważ „zawierają one szczegółowe dane dotyczące

kontrahenta, charakteru wykonywania usług, a także ich wartości, a tym samym dają możliwość zapoznania się z aspektami i mechanizmami działalności danego podmiotu, prześledzenia m.in. jego aktywności gospodarczej czy też profilu odbiorców”. „Z analogicznych względów informacje o osobach zdolnych do wykonania zamówienia, z którymi Wykonawca czy też Podmioty Trzecie dysponują wraz z opisem ich kwalifikacji i doświadczenia na przykładzie konkretnych projektów, ma bardzo istotną i kluczową wartość gospodarczą”

- „Wykonawcy, jak również Podmioty Trzecie nie udostępniają osobom trzecim informacji dotyczących konkretnego doświadczenia wskazanych w poszczególnych zobowiązaniach do oddania zasobów oraz w części II i IV sekcja JEDZ dla Podmiotów Trzecich”

Co do twierdzenia, że informacje o podmiotach udostępniających zasoby nie są w żaden sposób ujawnione do wiadomości publicznej, to należy podkreślić, że Wykonawca mija się w tym zakresie z prawdą. Informacja o tych podmiotach została ujawniona m.in. na stronach 4 i 59 - 73 wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (w części jawnej), wobec czego jest ona ogólnie dostępna. Również informacje z rejestrów handlowych są ogólnie dostępne, co wynika z ich publicznego charakteru.

Natomiast jeżeli chodzi o zobowiązania do udostępnienia zasobów, to uzasadnienie zastrzeżenia zawiera wyłącznie argumenty odnoszące się do zawartych w tych dokumentach informacji o udostępnianych zasobach.

Tak więc pozostałe informacje zawarte w zobowiązaniach, dotyczące zwłaszcza samych podmiotów trzecich oraz treści i charakteru łączących Wykonawcę z nimi stosunków nie zostały skutecznie zastrzeżone. Już ten sam argument przemawia co najmniej za udostępnieniem zobowiązań w sposób uniemożliwiający identyfikację zrealizowanych projektów lub udostępnianego personelu (np. poprzez zaczernienie krytycznych informacji).

Jednakże to nie wyczerpuje wszystkich argumentów. Uzasadnienie zastrzeżenia danych dotyczących udostępnianych zasobów (kontrahenta, charakteru wykonywania usług, a także ich wartości) sporządzone przez Wykonawcę jest nad wyraz ogólne, lakoniczne, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę. Wykonawca w szczególności nie wyjaśnił na czym miałyby

polegać wartość gospodarcza informacji umożliwiających prześledzenie aktywności gospodarczej oraz o profilu odbiorców. Zwykle udostępnienie informacji o zrealizowanych projektach dodatnio wpływa na renomę przedsiębiorcy i w konsekwencji na zdolność konkurencyjności na rynku. Powody dla których w tym wypadku miałyby być inaczej nie zostały wyjaśnione w uzasadnieniu zastrzeżenia.

W szczególności należy powątpiewać, aby wartość gospodarczą posiadały informacje o byłych kontrahentach. Wobec tego zastrzeżenie zachowania w poufności informacji zawartych w zobowiązaniach oraz oświadczeniach JEDZ podmiotów udostępniających zasoby w zakresie części II i IV, sekcja C w odniesieniu do doświadczenia tych podmiotów, jest bezskuteczne.

Odnosząc się natomiast do braku udostępnienia pozostałych utajnionych części wniosku, to zwrócił Odwołujący uwagę, że ich udostępnienie powinno przyjąć postać przekazania Odwołującemu oświadczeń lub dokumentów zanonimizowanych.

Zarzuty dotyczące wniosku Konsorcjum Comarch:

1.

Zamawiający pismem z 13 marca 2017 r. wezwał konsorcjum Comarch (dalej w pkt IV: „Wykonawca”) do złożenia wyjaśnień w celu umożliwienia oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w Sekcji II 1.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1. 3) a) i b) IdD.

W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że ze złożonych wraz z wnioskiem dokumentów nie wynika spełnienie tego warunku, w szczególności:

- 1) odnośnie do Usługi wymienionej w pkt I.3. pisma brak daty rozpoczęcia i zakończenia Wdrożenia Usługi oraz daty rozpoczęcia i zakończenia świadczenia Usługi;
- 2) odnośnie do wszystkich osób, które zostały wskazane do pełnienia funkcji wymaganych przez Zamawiającego w Sekcji III. 1.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1. 3) b) IdD Zamawiający prosi o doprecyzowanie ogólnego oświadczenia stanowiącego przepisanie warunku udziału w postępowaniu dla ww. osób poprzez wskazanie danych referencyjnych projektów, kwalifikacji zawodowych, nazw projektów, okresów, w jakich dana osoba wykonywała usługi, pełnionych funkcji.

Wykonawca pismem z 20 marca 2017 r. złożył wyjaśnienia.

Odwołujący podkreślił, że Wyjaśnienia zostały złożone wyłącznie przez Wykonawcę, cytuję „W odpowiedzi na pismo z dnia 13 marca 2017 r., poniżej przedstawiamy wyjaśnienia Wykonawcy dotyczące wniosku złożonego w ww. postępowaniu.

Pomimo uzupełnienia informacji Zamawiający pismem z 30 marca 2017 r. ponownie zwrócił się do Wykonawcy o:

- 1) w odniesieniu do osób wskazanych do pełnienia funkcji Kierownika ds. Wdrożenia oraz do pełnienia funkcji Kierownika ds. Operacyjnych
 - podanie dokładnych dat (dzień/miesiąc/rok), w jakich osoby te nabyły doświadczenie we wskazanych w wyjaśnieniach projektach. Bez podania dokładnej daty Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować wymogu 3-lat doświadczenia;
- 2) w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji Eksperta ds. Wdrożenia IT
 - wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy informacjami o pełnionych funkcjach wskazanych w JEDZ na str. 225 Wniosku, a wskazanych w wyjaśnieniach wykonawcy na str. 17,
 - podanie dokładnych dat (dzień/miesiąc/rok), w jakich osoba ta nabyła doświadczenie we wskazanych w wyjaśnieniach projektach. Bez podania dokładnej daty Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować wymogu 3-lat doświadczenia.

Wykonawca pismem z 6 kwietnia 2017 r., złożył wyjaśnienia - jak poprzednio wyłącznie w imieniu Wykonawcy.

Odwołujący zauważył, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia treści dokumentu, która nie została w nim zawarta. Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w dokumencie stanowią *de facto* - jego uzupełnienie. Zgodnie z trafnym poglądem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyrok z dnia 25 sierpnia 2015 r. (KIO 1741/15) *Jo z treści dokumentów złożonych wraz z ofertą (bądź uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego) ma wynikać spełnienie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, natomiast wyjaśnienia o jakie może wzywać Zamawiający nie mają na celu zmiany oświadczenia złożonego w dokumentach*".

Jak wynika to z cyt. pisma z 13 marca 2017 r. treść oświadczeń JEDZ dotyczących podmiotów udostępniających zasoby nie w pełni potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Oświadczenia JEDZ w swej pierwotnej wersji nie zawierały więc wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji, stąd były niekompletne lub zawierały błędy. Zamawiający winien był zatem wezwać Wykonawcę do uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń JEDZ. Skoro tego nie uczynił, i skoro - jak można się domyślać (niestety załączniki do obu pism Wykonawcy zostały utajnione) - Wykonawca z własnej inicjatywy nie uzupełnił lub nie poprawił oświadczeń JEDZ, należy uznać że Wykonawca, mimo złożenia wyjaśnień, formalnie nadal nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Uzupełnienie oświadczeń JEDZ dotyczyło również JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, a zatem powinno pochodzić od tego podmiotu, a nie od Wykonawcy. Tymczasem jak już wyżej wspomniano, z treści wyjaśnień nie wynika, aby zostały złożone w imieniu podmiotów udostępniających zasoby. Należy zwrócić uwagę, że JEDZ jest formalnym oświadczeniem składanym z wykorzystaniem normatywnego wzorca. Z treści oświadczenia, a w konsekwencji również z treści jego uzupełnień, powinno w sposób wyraźny wynikać w

czym imieniu jest ono składane, aby nie budziło jakichkolwiek wątpliwości komu przypisać odpowiedzialność za złożenie nieprawdziwych informacji.

W związku z powyższym uzupełnienie informacji zawartych w oświadczeniach JEDZ należy uznać za bezskuteczne, co w konsekwencji oznacza, że Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (Usługa wymieniona w pkt I.3. pisma Zamawiającego z 13 marca 2017 r.) oraz dysponowania wszystkimi osobami, które zostały wskazane do pełnienia funkcji wymaganych przez Zamawiającego w Sekcji 111.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1. 3) b) IdD.

Jeżeli jednak Wykonawca z własnej inicjatywy dokonał uzupełnienia/poprawienia treści oświadczeń JEDZ składając nowe/uzupełnione/poprawione formularze JEDZ jako załączniki do wyjaśnień, to sytuacja przedstawia się zgoła inaczej. W takim wypadku należy uznać, że Wykonawca dwukrotnie uzupełnił oświadczenia JEDZ w tym samym zakresie. Praktyka taka pozostawałaby w sprzeczności z obowiązującą zasadą jednokrotnego uzupełniania dokumentów w tym samym zakresie, co powoduje, że drugie uzupełnienie JEDZ należałoby uznać za bezskuteczne.

W konsekwencji oznacza to, że Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania Kierownikiem ds. wdrożenia. Ekspertem ds. wdrożenia oraz Kierownikiem ds. operacyjnych.

2.

Z pisma Zamawiającego z dnia 13 marca 2017 r. wynika, że Wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa zadania realizowane na rzecz podmiotów publicznych wskazane na str. 5 tegoż pisma.

Ponadto z pisma Zamawiającego z dnia 30 marca 2017 r. wynika, że wykonawca powołał się na doświadczenie nabyte przy realizacji projektu stanowiącego koncesję wskazanego na s. 2 tego pisma. Oznacza to, że projekt był realizowany na rzecz podmiotu publicznego w trybie procedur udzielenia koncesji.

W związku z tym, że projekty te były realizowane w trybie zamówień publicznych a dokumenty związane z ich przeprowadzeniem i realizacją są jawne, objęcie tajemnicą wskazanych powyżej informacji, nie znajduje uzasadnienia. Każda osoba zainteresowana może je uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze.

Co zaś się tyczy braku udostępnienia pozostałych utajnionych części wniosku, to zwracamy uwagę, że ich udostępnienie powinno przyjąć postać przekazania Odwołującemu oświadczeń lub dokumentów zanonimizowanych.

Zarzuty dotyczące wniosku SkyToll:

W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru typu Free-Flow umożliwiającego świadczenie Usługi

Elektronicznego Poboru Opłat (wymóg określony w III.1.3)a)II Ogłoszenia o zamówieniu oraz 3.1.3.a)II IdD) w JEDZ dotyczącym spółki SkyTOLL a.s. Wykonawca wskazał dwa projekty:

- 1) „Wdrożenie Elektronicznego Systemu Opłat typu Free-flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat” wykonany na rzecz Narodna diaľničná spoločnosť a.s. (data rozpoczęcia: 01-01-2010, data zakończenia: 31-12-2022), oraz
- 2) Wdrożenie Elektronicznego Systemu Opłat typu Free-flow umożliwiającego świadczenie usługi elektronicznego poboru opłat na rozszerzonej sieci drogowej Republiki Słowackiej” wykonany na rzecz Narodna diaľničná spoločnosť a.s. (data rozpoczęcia: 01-01-2014, data zakończenia: 31-12-2022) (s. 18-19 wniosku).

Pismem z dnia 13 marca 2017 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień w zakresie dat rozpoczęcia i zakończenia ww. wdrożeń.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w piśmie z dnia 23 marca 2017 r. Wykonawca wyjaśnił, że wdrożenia wskazane w pkt (1) i (2) powyżej w istocie dotyczą tego samego Elektronicznego Systemu Poboru Opłat. Wdrożenie określone w pkt. (1) dotyczy Systemu Podstawowego, natomiast wdrożenie wskazane w pkt (2) - Systemu Rozszerzonego.

Jednocześnie, Wykonawca skorygował daty rozpoczęcia i zakończenia wdrożeń w następujący sposób:

- w odniesieniu do Systemu Podstawowego:

prawidłowa data rozpoczęcia wdrożenia to 13 stycznia 2009 r.; prawidłowa data zakończenia wdrożenia to 30 czerwca 2010 r.,

- w odniesieniu do Systemu Rozszerzonego:

prawidłowa data rozpoczęcia wdrożenia to 1 lipca 2011 r.; prawidłowa data zakończenia wdrożenia to 1 stycznia 2014 r.

Wdrożenia wskazane przez Wykonawcę nie spełniają wymagań dotyczących warunków udziału w postępowaniu.

Wdrożenie Systemu Podstawowego nie spełnia kryterium czasowego określonego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz IdD. Zgodnie z tymi dokumentami wdrożenie powinno zostać wykonane przez Wykonawcę w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. najwcześniej w dniu 20 lutego 2011 r. (wymóg określony w III. 1.3)a) Ogłoszenia o zamówieniu oraz 3.1.3.a) IdD).

Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 23 marca 2017 r. Wdrożenie Systemu Podstawowego zostało zakończone w dniu 30 czerwca 2010 r., tj. wcześniej niż 6 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wdrożenie Systemu Dodatkowego nie spełnia wymagań udziału w Postępowaniu określonych w definicji Wdrożenia na s. 7 IdD. Zgodnie z tą definicją:

„Jako Wdrożenie Zamawiający uzna należycie wykonane co najmniej następujące

czynności: zaprojektowanie, dostawę i instalację wszelkich niezbędnych urządzeń, oprogramowania i innych komponentów, przeprowadzenie testów i uruchomienie w środowisku produkcyjnym wraz ze stabilizacją w środowisku produkcyjnym Elektronicznego Systemu Poboru Opłat." (podkreślenia dodane przez pełnomocnika)

Z pisma Wykonawcy wynika, że Wdrożenie Systemu Dodatkowego miało charakter rozszerzenia. Cechą charakterystyczną rozszerzenia jest to, że polega ono na objęciu kolejnych odcinków dróg istniejącym już systemem poboru opłat. Rozszerzenie takie nie polega zatem na zaprojektowaniu od podstaw nowego systemu, a jedynie na dostawie i instalacji dodatkowej infrastruktury oraz, co najwyżej, dostosowaniu istniejącego oprogramowania do rozszerzonej infrastruktury. Ze swojej istoty wdrożenie rozszerzenia nie może obejmować „zaprojektowania, dostawy i instalacji (...) oprogramowania”, gdyż bazuje ono na oprogramowaniu wcześniej już istniejącym i funkcjonującym na podstawowej sieci drogowej. Wdrożenie rozszerzenia nie obejmuje zatem swoim zakresem wszystkich elementów definicji Wdrożenia przyjętej przez Zamawiającego i zawartej w IdD.

Niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Wykonawca nie może wykazać się doświadczeniem w tworzeniu od podstaw Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-Flow rozumianego jako rozwiązanie systemowe, w okresie 6 lat przed terminem składania wniosków. Wykonawca, w okresie 6 lat przed terminem składania wniosków, jedynie powielał wcześniej opracowane rozwiązanie na kolejnych odcinkach dróg. Podkreślić przy tym należy, że standardy rozwiązań wykorzystywanych w Elektronicznych Systemach Poboru Opłat typu Free-Flow wdrożone przed powołanym wyżej terminem, znacząco odbiegają od obecnie stosowanych standardów.

Powyższe wskazuje na to, że w przypadku wykonania jedynie rozszerzenia, Wykonawca nie zdobył doświadczenia we Wdrożeniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-Flow. Konsekwentnie, Wykonawca nie legitymuje się doświadczeniem potwierdzającym zdolność do należytego wykonania udzielanego zamówienia, ustalonym zgodnie z kryteriami określonymi przez Zamawiającego.

Reasumując Odwołujący wskazał, że oba wdrożenia przytoczone przez Wykonawcę na potwierdzenia spełnienia Warunku udziału w postępowaniu są niezgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W konsekwencji, Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku określonego w pkt III.1.3)a)II Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.a)II IdD.

Zarzuty dotyczące wniosku Konsorcjum S&T Services Polska:

1.

JEDZ S&T Services Polska Sp. z o.o. nie został podpisany przez prawidłowo umocowaną osobę, a jedynie opatrzony parafą (s. 52).

W opinii z dnia 6 marca 2017 r. biegli r.pr. Wioleta Bajda oraz r.pr. Anita Elżanowska przyjęły, że parafa złożona na JEDZ S&T Services Polska Sp. z o.o. może zostać uznana za podpis, gdyż w sposób wystarczający identyfikuje osobę, która ją złożyła, Pana Artura Łaszcza.

Nie można się jednak zgodzić z tezą przyjętą w opinii biegłych i należy uznać, że biegli się mylą. Parafa postawiona przez Pana Artura Łaszcza nie może zostać uznana za podpis, gdyż składający parafę nie miał zamiaru podpisania formularza JEDZ.

Zgodnie z art. 17 ustawy, „oświadczenia, w tym jednolity europejski dokument zamówienia, składa się zgodnie z wzorem standardowego formularza w formie pisemnej albo w postaci elektronicznej”

Prawo zamówień publicznych zarówno na poziomie ustawy jak i przepisów wykonawczych nie zawiera definicji dokumentu, nie definiuje pojęcia formy pisemnej, a co się z tym wiąże odrębnych wymagań formalnych związanych odnoszących się do dokumentów i ich formy. Co do zasady, wszelkie dokumenty, oświadczenia w tym formularz JEDZ składane są w oryginale. Zatem, wobec braku odpowiedniej specyficznej dla zamówień publicznych regulacji należy w tym zakresie posłkować się cywilistycznym rozumieniem terminu „forma pisemna” jaki wynika z art. 78 Kodeksu Cywilnego. Przepis art. 78 KC reguluje podstawowe zasady składania oświadczeń woli w zwykłej formie pisemnej. Zgodnie z treścią cytowanego artykułu do zachowania formy pisemnej wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie, który obejmuje określone sformułowane w nim oświadczenie woli. „Zachowanie formy pisemnej wymaga aby treść oświadczenia woli została wyrażona w języku pisanym” (Z.Radwański w System Prawa Pryw. T.2 str 128) W tym konkretnym przypadku pisemne oświadczenie ma specyficzną formę - jest bowiem sformatowane zgodnie z formatem i wymogami dotyczącymi treści formularza JEDZ.

Kluczowe znaczenie dla oceny prawidłowości składanego oświadczenia, kwestia podpisu.

Zgodnie z utrwaloną wykładnią art. 78 KC i orzecznictwem w tym zakresie „podpis stanowi niepowtarzalny znak graficzny, charakterystyczny dla danej osoby, indywidualizujący tę osobę w obrocie prawnym która go składa” i co do zasady „wywodzi się od imienia i nazwiska osoby która go składa (tak wyr. SA w Szczecinie z 13.9.2012, I ACA 480/12, Legalis post. SO w Gdańsku z 10.2.2010, III Ca 867/09, niepub; post SN z 17.6.2009, IVCSK 78/09 Legalis).

Zdaniem prof. Z. Radwańskiego „podpis to językowy znak graficzny, złożony własnoręcznie, zawierający co najmniej nazwisko (niekoniecznie imię) składającego usytuowany pod tekstem oświadczenia woli.” (Z.Radwański System PrPryw t2 ,2008 Nb 49 s.130).

Podpis ma określony cel. Jest potwierdzeniem złożonego oświadczenia i aby skutecznie takie potwierdzenie stanowić, musi spełniać podstawowy wymóg - musi pozwalać na identyfikację osoby, która bądź w imieniu własnym, bądź w imieniu reprezentowanego przez

siebie podmiotu określone oświadczenie woli złożyła. Szczególnie w tym drugim przypadku tożsamości osoby podpisującej oświadczenie ma dodatkowe znaczenie ze względu na konieczność weryfikacji zdolności osoby podpisującej do prawidłowej reprezentacji danego podmiotu. Oczywiście, nie można zaprzeczać, że istnieją orzeczenia, w których na tle specyficznych stanów faktycznych dopuszcza się przyznanie dokumentowi parafowanemu waloru dokumentu podpisanego ale tylko wtedy, gdy tak złożona parafa umożliwia jednoznaczną identyfikację osoby która ją złożyła.

Do rozważanego przypadku trzeba się odnieść na tle ostatnich zmian prawa zamówień publicznych wprowadzających jednolity europejski dokument zamówienia. Należy podkreślić zasadność, a wręcz konieczność odrzucenia części dotychczasowego orzecznictwa wytyczającego kierunek interpretacji zagadnień związanych z podpisem ze względu na inny charakter składanych wniosków, w związku z brakiem istnienia sformalizowanego formularza, co powodowało dowolność formułowania dokumentów, a co się z tym wiąże pewną dowolność z zakresie traktowania podpisu składanego pod takim dokumentem. Wprowadzenie formularza JEDZ zmienia diametralnie optykę w tym zakresie. Określa on bowiem jednoznacznie konieczność jego wypełnienia i podpisania w określony sposób, i w określonym miejscu, i przez określone osoby. Dodatkowo, co należy podkreślić, formularz zawiera w swojej treści - a wypełniony stanowi - oświadczenia uczestnika postępowania. Dla ważności i skuteczności tych oświadczeń niezbędne jest prawidłowe ich podpisanie tak aby można było stwierdzić prawidłowe ich złożenie w terminie wyznaczonym dla wszystkich uczestników postępowania. Należy podkreślić, że formularz zawiera instrukcję wypełnienia - unifikując i formalizując tym samym sposób jego wypełnienia w określonych polach mają się w nim znajdować określone treści. Dotyczy to także podpisu. Formularz zawiera instrukcję wyraźnie określającą miejsce i sposób jego podpisania: tak jest np. w instrukcji do JEDZ udostępnionej pod adresem: https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0015/32415/Jednolity-Europejski-Dokument-Zamowienia-instrukcja.pdf: *„Dokument łącznie z w/w w treści formularza oświadczeniami powinien być podpisany przez wykonawcę, podmiot trzeci, podwykonawcę, odpowiednio przez tego kogo dotyczy składany formularz JEDZ. Dla skutecznego złożenia oświadczenia formularz muszą podpisać właściwe, umocowane osoby, tj. uprawnione do reprezentacji albo upoważnione na podstawie odrębnie udzielonego pełnomocnictwa. W przypadku formularza składanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia formularz powinien podpisać każdy z wykonawców, który składa dany formularz.”*

W instrukcji nie ma mowy o „parafowaniu” czy „inicjowaniu” dokumentu - lecz wyraźnie o jego podpisaniu. W tym kontekście za bardzo trafne należy uznać stanowisko Z. Radwańskiego według którego „inicjałów (które mają postać parafy) nie można uznać za podpis ponieważ stanowią one zbyt wątplą podstawę do dokonania identyfikacji osoby” (Z.

Radwański, w System PrPryw, t.2, 2008, Nb 51, s. 130).

Podobnie Kodeks Cywilny. Komentarz 2016, wyd. 7 pod redakcją Gniewek/Strzebinczyk powołując się na A.K. Bieliński „Charakter podpisu” (s. 12-18) czy J. Janowski „Podpis elektroniczny” (s. 29- 31) J. Kaspryszyn „Podpis własnoręczny” , rozdział I1-V , czy W. Robaczyński, „Podpis własnoręczny w prawie cywilnym.”

Wszyscy wymienieni wyżej autorzy uznają podpis za konstytutywny element dokumentu mający zasadnicze pierwszorzędne znaczenie dla zachowania wymogu formy pisemnej. Dodatkowo wszyscy oni wymieniają następujące cechy charakteryzujące, podpis które muszą wystąpić jednocześnie:

- 1) powtarzalny znak graficzny;
- 2) znak postawiony własnoręcznie (chyba, że w ramach wyraźnie dozwolonych odstępstw);
- 3) treść podpisu powinna obejmować co najmniej nazwisko składającego, także w postaci skróconej niekoniecznie czytelnej lecz charakterystycznej dla podpisującego;
- 4) podpis powinien być w zasadzie usytuowany pod tekstem oświadczenia woli.

Natomiast parafowanie tekstu w przeważającej opinii teoretyków prawa cywilnego (por. J. Barej, Kilka uwag o podpisie, Nowy Przegląd Notarialny 2007, Nr 2 s.9; A.K Bieliński , Charakter podpisu, s.23-26; A. Jedliński, [w:] A.Kidyba (red.), KC Komentarz, 2009 s.493; a przede wszystkim Z. Radwański, [w:] SystemPrPryw, t. 2, s. 130-132 wraz z przytoczonym tam orzecznictwem oraz poglądami doktryny) jako niespełniające wymienionych powyżej kryteriów prawidłowego podpisu pod oświadczeniem woli, ma z reguły charakter znaku potwierdzającego sprawdzenie i potwierdzenie prawidłowości tekstu pod którym należy złożyć pełny podpis.

Z analizy s. 52 wniosku wynika, że Pan Artur Łaszcz, który złożył parafę na formularzu JEDZ nie miał intencji, by parafa stanowiła podpis pod JEDZ S&T Services Polska Sp. z o.o. Parafa została złożona w prawym dolnym rogu JEDZ, nie w miejscu dedykowanym na podpis składającego wniosek - pod datą i miejscem jego sporządzenia. W podobny sposób Pan Artur Łaszcz parafował każdą inną stronę wniosku.

2.

Dokument JEDZ złożony przez VITRONIC Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH został złożony w dwóch wersjach językowych: niemieckiej oraz polskiej.

Wersja niemiecka JEDZ została podpisana przez Pana Daniela Scholtz-Steina oraz Dr inż. Norberta Steina (s. 70).

Natomiast ostatnia strona wersji polskiej JEDZ (s. 88) została utajniona przez Konsorcjum. Odwołujący nie jest w stanie zweryfikować, czy formularz został prawidłowo podpisany przez osobę umocowaną do działania w imieniu VITRONIC Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH, a co za tym idzie, czy polska wersja formularza jest prawidłowo złożonym

oświadczeniem spółki czy jedynie tłumaczeniem niemieckiej wersji JEDZ.

Zgodnie z prawem zamówień publicznych JEDZ musi być złożony w języku polskim. W tym zakresie zastosowanie znajduje argumentacja prawna przedstawiona w pkt II.1 niniejszego Odwołania.

Jeżeli dokument JEDZ VITRONIC Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH rzeczywiście stanowi tłumaczenie na język polski niemieckiej wersji JEDZ tej spółki, to należy przyjąć że Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie, w jakim na ich potwierdzenie powołał się na projekty opisane w Części IV.C JEDZ VITRONIC Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH.

3.

W JEDZ XEROX State and Local Solutions, Inc. Wykonawca powołał się na projekt:

- Centrum Obsługi Klienta realizowany dla Texas Department of Operations, Toll Operations Division, wykonawca wskazał datę 02-06-2013 jako datę rozpoczęcia projektu oraz datę 01-06-2018 jako datę jego zakończenia.

Pismem z dnia 13 marca 2017 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień odnośnie kwestii, na spełnienie których warunków wykonawca przywołał projekty wskazane w JEDZ XEROX State and Local Solutions, Inc., w tym projekt Centrum Obsługi Klienta realizowany dla Texas Department of Operations, Toll Operations Division.

W piśmie z dnia 20 marca 2017 r. Wykonawca wskazał, że przywołał ww. projekt w celu wykazania spełnienia m.in. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru typu Free-Flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat (wymóg określony w 111.1.3)a)II Ogłoszenia o zamówieniu oraz 3.1.3.a)II IdD). W piśmie tym Wykonawca wskazał datę 02-06-2013 jako datę rozpoczęcia realizacji wdrożenia oraz 01-06-2018 jako datę jego zakończenia.

Pismem z dnia 30 marca 2017 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia kwestii dat rozpoczęcia i zakończenia m.in. wdrożenia systemu Centrum Obsługi Klienta realizowanego dla Texas Department of Operations, Toll Operations Division z uwagi na to, że zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu wdrożenie musi stanowić usługę zakończoną. Zamawiający wskazał datę 6 kwietnia 2017 r. jako termin udzielenia wyjaśnień przez Wykonawcę.

Wykonawca nie wskazał daty zakończenia wdrożenia systemu Centrum Obsługi Klienta realizowanego dla Texas Department of Operations, Toll Operations Division i nie wykazał, że usługa ta jest usługą zakończoną. Pismo Wykonawcy z dnia 5 kwietnia 2017 r. w ogóle nie odnosi się do powyższej kwestii.

Należy zatem uznać w ocenie Odwołującego, że Wykonawca nie wykazał więc, że wdrożenie systemu Centrum Obsługi Klienta realizowane dla Texas Department of Operations, Toll Operations Division spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w

111.1.3)a)II Ogłoszenia o zamówieniu oraz 3.1.3.a)II IdD.

4.

We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum zastrzegło całą sekcję dotyczącą podwykonawców udostępniających zasoby (s. 119-159) jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Konsorcjum utajniło również nazwy podwykonawców.

Utajnienie informacji dotyczących podmiotów, które udostępniły wykonawcy swoje zasoby jest bezskuteczne, ponieważ Konsorcjum nie wykazało, że informacja dotycząca podwykonawców posiada charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub ma inną wartość gospodarczą oraz że podwykonawcy, na których zasobach Wykonawca polega, pojęli niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji.

Art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią te informacje, które spełniają łącznie trzy przesłanki: (i) mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub stanowią inne informacje mające wartość gospodarczą, (ii) nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, (iii) podjęto względem nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zastrzeżenie przez Wykonawcę danych dotyczących podwykonawców przez Konsorcjum nie spełnia co najmniej dwóch z trzech powyższych przesłanek, tj. przesłanek określonych w pkt (i) i (iii) powyżej.

Po pierwsze, uzasadnienie zastrzeżenia danych przez Wykonawcę jest zbyt ogólne, aby wykazać, że zastrzeżone informacje dotyczące podwykonawców mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub stanowią inne informacje mające wartość gospodarczą.

Zgodnie z orzecznictwem KIO złożenie przez Wykonawcę ogólnikowych wyjaśnień, równoznacznych wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku uzasadnienia zastrzeżenia informacji, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem ustawy ochrony, co aktualizuje obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji po stronie Zamawiającego (np. wyrok KIO z dnia 30 marca 2016 r., sygn. akt KIO 371/16).

Zgodnie ze szczegółowym uzasadnieniem zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartym we wniosku Konsorcjum: *„Zastrzeżenie dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających zasoby Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, ma dla Wykonawcy szczególną wartość gospodarczą, bo stanowi o umiejętności dobierania partnerów biznesowych i nawiązywania współpracy z wieloma podmiotami na rynku, posiadającymi szczególne kwalifikacje lub posiadającymi określone konieczne zasoby. Zachowanie w tajemnicy tych informacji stanowi o naszej konkurencyjności i elastyczności w projektowaniu dedykowanych rozwiązań dla szerokiego spectrum klientów i spełniania nawet najsurowszych wymagań.* (s. 31)

Uzasadnienie to jest ogólnikowe, lakoniczne, w żaden sposób niewyjaśniające, jaką

rzeczywistą wartość gospodarczą posiadają dla Konsorcjum utajnione dane.

Po drugie, Wykonawca nie wykazał, że podwykonawcy, na których zasobach Wykonawca polega podjęli niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji.

Odnosnie przesłanki podjęcia względem zastrzeżonych informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności, wykonawca wyjaśnia we wniosku, że: „(...) *obowiązek zachowania ww. informacji w poufności wynika m.in. z umów zawartych pomiędzy Wykonawcą a podmiotami udostępniającymi zasoby; z których wynika obowiązek zachowania ich w poufności. Obowiązek zachowania informacji w poufności wynika również z polityki bezpieczeństwa S&T, dostosowanej do normy ISO 17799:2007*” (s. 31). Samo wskazanie, że w stosunkach pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcami udostępniającymi zasoby istnieje zobowiązanie do zachowania poufności nie jest wystarczające do wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji dotyczących podwykonawców. Twierdzenie Wykonawcy o takim obowiązku pozostaje w takiej sytuacji gołosłowne (podobnie wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2016 r., sygn. akt. KIO 34/16). W szczegółowym uzasadnieniu zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawca zaniechał przedstawienia umów, z których miałby wynikać rzekomy obowiązek zachowania poufności. Co więcej, nie sprecyzował on nawet, o jaki zakres informacji chodzi oraz na jakie umowy się powołuje.

Także wskazanie, że „*obowiązek zachowania informacji w poufności wynika również z polityki bezpieczeństwa S&T*” nie zmierza do wykazania, że podwykonawcy podjęli niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Wykonawca powołuje się bowiem na politykę bezpieczeństwa lidera Konsorcjum, nie na praktykę przyjętą przez podwykonawców.

5.

Wykonawca utajnił ostatnią stronę polskiej wersji JEDZ VITRONIC Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH (s. 88 wniosku).

Zastrzeżenie informacji podanych na tej stronie przez Wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezskuteczne. Wykonawca nie spełnił przesłanek określonych w art. 8 ust. 3 uoznk, opisanych w pkt VI.5 powyżej, gdyż nie przedstawił uzasadnienia w zakresie utajnienia podpisu osoby umocowanej do działania w imieniu YITRONIC Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH (s. 88 wniosku). Z układu formularza JEDZ wynika, że jedynymi informacjami uzupełnianymi na ostatniej JEDZ przez Wykonawcę są data i miejsce jego sporządzenia oraz podpis składającego.

Co zaś się tyczy braku udostępnienia pozostałych utajnionych części wniosku, to zwracamy uwagę, że ich udostępnienie powinno przyjąć postać przekazania Odwołującemu oświadczeń lub dokumentów zanonimizowanych.

Zarzuty dotyczące wniosku Konsorcjum FBSEWIS B

1.

W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego świadczenia Usługi Manualnego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Manualnego Systemu Poboru Opłat (warunek określony w III. 1.3)a)l.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz 3.1.3.a)l.3 IdD) Wykonawca wskazał w JEDZ Cintra Servicios De Infraestructuras S.A.:

- projekt „Kontrakt na świadczenie usług pomiędzy CINTRA oraz AUSOL”, w ramach koncesji administracyjnej na wybudowanie, konserwację i eksploatację Autopista del Costa del Sol; Odcinek Málaga-Estepona i Miejsc Obsługi Pasażerów znajdujących się na niej, na mocy Dekretu Królewskiego 1099/1999 z dnia 1 marca (DZ.I z dnia 15 marca 1996), jak i koncesji administracyjnej na wybudowanie, konserwację i eksploatację Autopista de la Costa del Sol; Odcinek Estepona-Guadiaro i Miejsc Obsługi Pasażerów znajdującej się przy niej na mocy Dekretu Królewskiego 1099/1999 z dnia 18 czerwca (Dz.U. Z dnia 1 czerwca 1999” świadczony na rzecz AUTOPISTA DEL SOL CONCESIONARIA ESPAÑOLA. S.A.

Projekt nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Po, pierwsze, Wykonawca nie wykazał, że usługa dotyczy manualnego systemu opłat składającego się z miejsc poboru opłat zdolnych do obsłużenia co najmniej 25 000 pojazdów na dobę.

Zamawiający definiuje w IdD Usługę Manualnego Poboru Opłat w sposób następujący:

Jako Usługę Manualnego Poboru Opłat Zamawiający uzna należycie wykonane lub wykonywane świadczenie Wykonawcy, obejmujące co najmniej:

- *naliczanie i pobieranie opłat oraz zarządzanie i kontrolę środków uzyskanych z poboru opłat, zrealizowanymi z wykorzystaniem następujących metod płatniczych: gotówka, karty kredytowe i debetowe, karty flotowe,*
- *zarządzanie, utrzymanie i eksploatacja Manualnego Systemu Poboru Opłat.” (s. 6)*

Manualny System Poboru Opłat jest natomiast zdefiniowany w IdD następująco:

Jako Manualny System Poboru Opłat Zamawiający uzna system poboru opłat:

- *składający się przynajmniej z jednego Miejsca Poboru Opłat zdolnego do obsłużenia co najmniej 25 000 (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy) pojazdów na dobę (łącznie dla obu kierunków ruchu), oraz*
- *w skład którego wchodzi co najmniej sprzęt, oprogramowanie, urządzenia i kabiny (stanowiska/kioski) poboru opłat na Miejscach Poboru Opłat” (s. 5).*

W JEDZ dotyczącym Cintra Servicios De Infraestructuras SA Konsorcjum nie wskazało, że przywołana przez nie usługa manualnego poboru opłat spełnia warunek dotyczący zarządzania, utrzymania i eksploatacji manualnego systemu poboru opłat zdolnego do obsłużenia co najmniej 25 000 pojazdów na dobę (łącznie dla obu kierunków ruchu).

Co więcej, powszechnie dostępne informacje wskazują na to, że ww. usługa manualnego

poboru opłat nie spełnia wymogu dotyczącego zdolności do obsługi co najmniej 25 000 pojazdów na dobę.

Z informacji dostępnych na stronie internetowej grupy CINTRA wynika, że manualny system poboru opłat autostrady Autopista del Costa del Sol na odcinkach Malaga-Estepona-Guadiaro obejmuje 2-3 pasy w każdym kierunku ruchu; załącznik nr wydruk ze strony internetowej: <https://www.cintra.es/en/Concessions/Autopista-SQL-Highway>.

Wyniki badań dotyczących manualnego poboru opłat przeprowadzonych przez Wydział Inżynierii Lądowej Politechniki Warszawskiej wskazują, że przepustowość jednej bramki w manualnym systemie poboru opłat wynosi ok. 133-140 pojazdów na godzinę (Beata Osińska, Piotr Olszewski, „Analiza funkcjonowania Placów Poboru Opłat przy różnych metodach płatności” - prezentacja z VIII Polskiego Kongresu ITS w Warszawie, s. 9).

Załącznik nr 6: Beata Osińska, Piotr Olszewski, Wydział Inżynierii Lądowej, Politechnika Warszawska, „Analiza funkcjonowania Placów Poboru Opłat przy różnych metodach płatności” - prezentacja z VIII Polskiego Kongresu ITS w Warszawie, 26-27 maja 2015 r.

Przyjmując powyższe parametry, nawet przy założeniu, że do manualnego systemu poboru opłat włączona zostanie maksymalna ilość pasów, tj. 6 (po 3 w każdą stronę ruchu) Autopista del Sol nie osiąga przepustowości wymaganej przez Zamawiającego, tj. 25 000 pojazdów na dobę (łącznie dla obu kierunków ruchu):

6 pasów x 140 pojazdów na godzinę x 24h=20160 pojazdów na dobę

Po drugie, ww. usługa nie spełnia wymagań Zamawiającego w odniesieniu do elementów, które zgodnie z IdD obejmować musi manualny system poboru opłat, tj. sprzętu, oprogramowania, urządzeń i kabin (stanowisk/ kiosków) poboru opłat na Miejscach Poboru Opłat. W JEDZ Cintra Servicios De Infraestructuras SA nie wskazano, że system, w którym świadczona była usługa obejmował ww. elementy.

W konsekwencji powyższego, Konsorcjum nie wykazało, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu dotyczący świadczenia Usługi Manualnego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Manualnego Systemu Poboru Opłat (wymóg określony w III.1.3.a) L3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz 3.1.3.a) I.3 IdD).

2.

W celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru typu Free-Flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat (wymóg określony w III.1.3.a) II Ogłoszenia o zamówieniu oraz

a) II IdD) Wykonawca wskazał w JEDZ Vialivire S.A. m.in. projekt „Wdrożenie Elektronicznego Systemu Opłat typu Free-Flow w ramach Koncesji Norte Litoral (autostrada A28) na zasadzie w pełni elektronicznego wielopasmowego systemu Free-Flow” wykonany na rzecz Infraestructuras de Portugal S A (s. 186 and 206 wniosku). Przy tym, Wykonawca wskazał

datę 1-07-2010 jako datę rozpoczęcia wdrożenia oraz datę 14-10-2010 jako datę jego zakończenia.

Z ostrożności, na wypadek, jeżeli złożone na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy dokumenty nie potwierdziłyby spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru typu Free-Flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat przez pozostałe referencyjne projekty, podnoszę, że ww. wdrożenie nie spełnia kryterium czasowego określonego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz IdD. Zgodnie z tymi dokumentami wdrożenie powinno zostać wykonane przez Wykonawcę w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. najwcześniej w dniu 20 lutego 2011 r. (wymóg określony w 111.1.3)a) Ogłoszenia o zamówieniu oraz 3.1.3 a) IdD).

Zgodnie z JEDZ Vialivre SA wdrożenie Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-Flow w ramach Koncesji Norte Litoral (autostrada A28) zostało zakończone w dniu 14 października 2010 r., czyli wcześniej niż 6 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W konsekwencji, Wykonawca nie wykazał, że ww. projekt spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczący Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru typu Free-Flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat (wymóg określony w III.1.3) a) II Ogłoszenia o zamówieniu oraz 3.1,3. a) II IdD).

3.

JEDZ Vialivre S.A. został złożony w dwóch wersjach językowych: angielskiej i polskiej.

Zgodnie z prawem zamówień publicznych wiążąca jest jedynie wersją JEDZ złożona w języku polskim. W tym zakresie zastosowanie znajduje argumentacja prawna przedstawiona w pkt II.1 odwołania.

JEDZ Vialivre S.A. w języku polskim nie został podpisany przez osobę umocowaną do działania w imieniu Vialivre S.A.

Na ostatniej stronie JEDZ (s. 210 wniosku) widnieje parafa pełnomocnika Pani Karoliny Szymczak. Parafa postawiona przez Panią Karolinę Szymczak nie może zostać uznana za podpis, gdyż składający parafę nie miał zamiaru podpisania JEDZ. W tym zakresie zastosowanie znajduje argumentacja prawna przedstawiona w pkt VI. 1 niniejszego Odwołania.

Z analizy s. 210 wniosku wynika, że Pani Karolina Szymczak, która złożyła parafę na formularzu nie miała intencji, aby parafa stanowiła podpis złożony w imieniu Vialivre SA. Parafa została złożona w prawym dolnym rogu JEDZ (w sposób podobny parafowana była prawie każda strona wniosku), a nie w miejscu dedykowanym na podpis składającego wniosek - pod datą i miejscem jego sporządzenia.

Ponadto Pani Karolina Szymczak otrzymała pełnomocnictwo do reprezentowania członków

Konsorcjum w dniu 17 lutego 2017 r. (s. 5 wniosku), podczas gdy data popisanania JEDZ została określona jako 15 lutego 2017 r.

Polska wersja JEDZ Vialivre S.A. stanowi jedynie tłumaczenie wersji niemieckiej JEDZ, nie oświadczenie złożone w imieniu Vialivre S.A. Świadczy o tym, brak podpisu na formularzu, jak również określenie miejsca sporządzenia formularza jako Lizbona - identycznie jak w wersji angielskiej wniosku.

W wypadku, gdyby Izba nie podzieliła zdania Wykonawcy i uznała, że dopuszczalne jest złożenie JEDZ w języku obcym wraz z tłumaczeniem na język polski, podpisy złożone na angielskiej wersji JEDZ Vialivre S.A. (s. 189 wniosku) nie pozwalają na identyfikację osób, które je złożyły. W tym zakresie zastosowanie znajduje argumentacja prawna i rozważania dotyczące konieczności możliwości identyfikacji osoby składającej podpis przedstawione powyżej w pkt VI. 1 niniejszego Odwołania.

W konsekwencji uznać należy, że Konsorcjum nie wykazało, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie, w jakim na ich potwierdzenie powołało się na zasoby Vialivre S.A., tj.:

- warunków dotyczących Usługi Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow (wymóg określony w pkt III.1.3)a)I.1 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.a.I.1 IdD),
- warunku dotyczącego Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych (wymóg określony w pkt Mi.1.3)a)I.4 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.a.I.4 IdD) oraz
- warunku dotyczącego Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru typu Free-Flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat (wymóg określony w III.1.3)a)II Ogłoszenia o zamówieniu oraz 3.1.3.a)II IdD),
- warunków dotyczących osób określonych w pkt III.1.3)b) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3 b) IdD.

Skoro JEDZ Vialivre S.A. nie został złożony w sposób skuteczny, uznać należy również, że Konsorcjum nie wykazało, że Vialivre S.A. nie podlega wykluczeniu z postępowania.

4.

JEDZ dotyczący CINTRA TOLL Services LLC został złożony w dwóch wersjach językowych: angielskiej i polskiej.

Zgodnie z prawem zamówień publicznych wiążąca jest jedynie wersja JEDZ złożona w języku polskim. W tym zakresie zastosowanie znajduje argumentacja prawna przedstawiona w pkt II.1 niniejszego Odwołania.

JEDZ dotyczący CINTRA TOLL Services LLC w języku polskim nie został podpisany (s. 280).

W odróżnieniu od innych JEDZ załączonych do wniosku Konsorcjum, JEDZ dotyczący CINTRA TOLL Services LLC nie został paraflowany przez pełnomocnika Konsorcjum, Panią

Karolinę Szymczak.

W konsekwencji uznać należy, że Konsorcjum nie wykazało, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie, w jakim na ich potwierdzenie powołało się na projekty realizowane przez CINTRA TOLL., tj.:

- warunku dotyczącego Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat określonego w pkt III.1.3)a)II Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.a)II IdD, oraz

warunków dotyczących osób określonych w pkt 111.1.3)b) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3 b) IdD.

5.

JEDZ podwykonawcy, na którego zasobach polega Konsorcjum, CINTRA Servicios de Infrastructures S.A. został złożony w dwóch wersjach językowych: hiszpańskiej i polskiej.

Zgodnie z prawem zamówień publicznych wiążąca jest jedynie wersja JEDZ złożona w języku polskim. W tym zakresie zastosowanie znajduje argumentacja prawna przedstawiona w pkt II.1 niniejszego odwołania.

Polska wersja JEDZ nie została podpisana (s. 364).

Formularz został jedynie parafowany przez Panią Karolinę Szymczak. Parafa Pani Karoliny Szymczak nie może zostać uznana za podpis. W tym zakresie zastosowanie znajduje argumentacja prawna przedstawiona w pkt VI. 1 niniejszego odwołania.

Nawet, gdyby uznać parafę Pani Karoliny Szymczak za podpis, Pani Karolina Szymczak nie była umocowana do działania w imieniu podwykonawcy, CINTRA Servicios de Infrastructures S.A.

Analiza formularza prowadzi do wniosku, że stanowi on jedynie tłumaczenie hiszpańskiej wersji JEDZ. Świadczą o tym data i miejsce sporządzenia dokumentu wskazane w JEDZ, które są tożsame z miejscem i datą sporządzenia wniosku w języku hiszpańskim (odpowiednio: 13 lutego 2017 r. oraz Madryt, Firma Juan Alcalá Mataix).

W wypadku, gdyby Izba nie podzieliła zdania Wykonawcy i uznała, że dopuszczalne jest złożenie JEDZ w języku obcym wraz z tłumaczeniem na język polski, umocowanie Pana Juana Luisa Alcalá Mataixa, który złożył podpis na hiszpańskiej wersji JEDZ CINTRA Servicios de Infraestructuras S.A. jest wątpliwe (s. 348). Pełnomocnictwo z dnia 20 lipca 2011 r. załączone w celu udowodnienia umocowania Pana Juana Luisa Alcalá Mataixa, do działania w imieniu CINTRA Servicios de Infrastructures S.A, zawiera listę pełnomocników ze wskazaniem, że:

"udziela się pełnomocnictwa, aby w imieniu i na rzecz Spółki osoby te mogły w sposób solidarny wykonywać poniższe uprawnienia" (s. 386).

Wskazanie, że pełnomocnicy mogą wykonywać uprawnienia wchodzące w zakres pełnomocnictwa w sposób solidarny prowadzi do wniosku, że Pan Juan Luis Alcalá Mataixa

nie posiada umocowania do samodzielnej reprezentacji CINTRA Servicios de Infrastructures S.A. Złożenie oświadczenia w formularzu JEDZ w imieniu CINTRA Servicios de Infrastructures S.A. jest zatem bezskuteczne.

W konsekwencji, uznać należy, że Konsorcjum nie wykazało, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim na ich potwierdzenie powołało się na projekty realizowane przez CINTRA Servicios de Infrastructures S.A., tj.:

- warunku dotyczącego Usługi Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow (wymóg określony w pkt III.1.3)a)l.1 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.a.l.1 IdD),
- oraz warunku dotyczącego Usługę Manualnego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Manualnego Systemu Poboru Opłat (wymóg określony w pkt III.1.3)a)l.3 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.a.l.3 IdD).

Konsorcjum nie wykazało również, że CINTRA Servicios de Infrastructures S.A. nie podlega wykluczeniu z postępowania.

6.

Odnosnie braku udostępnienia utajnionych części wniosku wykonawcy, Odwołujący wniósł o ich udostępnienie w postaci przekazania Odwołującemu oświadczeń lub dokumentów zanonimizowanych.

Zarzuty dotyczące wniosku Konsorcjum Egis

Odnosnie braku udostępnienia utajnionych części wniosku Konsorcjum Egis, Odwołujący wniósł o udostępnienie ich treści w postaci przekazania Odwołującemu oświadczeń lub dokumentów zanonimizowanych.

Zarzuty dotyczące wniosku Konsorcjum NTPS

1.

Celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w Sekcji 111.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego Usługi Udostępnienia OBU Konsorcjum NTPS (dalej w pkt VIII: „Wykonawca”) powołało się na 5 usług wydawania i zarządzania urządzeniami pokładowymi OBU, które były świadczone w ramach odrębnych umów przez 5 różnych podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 22a ustawy. W oświadczeniach JEDZ dotyczących podmiotów udostępniających zasoby znajduje się informacja, że urządzenia pokładowe OBU były wydawane przez firmy Auto Securit Zrt, i-Cell Kft, Multi Alarm Zrt, Secret Control GPS Kft, WebEye Magyarorszag KFT oraz że każda z nich jest „oficjalnym Operatorem Deklarującym Opłaty na Węgrzech, który zarządza urządzeniami pokładowymi (OBU) . W sumie 5 Operatorów Deklarujących Opłaty zapewnia firmie i-Ceil Mobilsoft Zrt niezbędne wsparcie wynikające z ich zasobów, które jest

wymagane do prawidłowej realizacji Usługi Udostępniania OBU. 5 oficjalnych Operatorów Deklarujących Opłaty wykonuje świadczenie polegające na wydawaniu i zarządzaniu ponad 100 000 urządzeń pokładowych (OBU) różnymi kanałami na Węgrzech”.

Zamawiający pismem z 13 marca 2017 r. zwrócił Wykonawcy uwagę, że zgodnie z treścią warunku wymagał aby Wykonawca wykazał doświadczenie w zakresie Usługi wydania i zarządzania ponad 100 000 urządzeń OBU realizowanej w ramach jednej umowy oraz poprosił o wyjaśnienie powyższej kwestii.

Na zapytanie Zamawiającego Wykonawca pismem z 20 marca 2017 r. przedstawił uzasadnienie dotyczące „usługi udostępniania OBU polegającej na wydawaniu i zarządzaniu ponad 100 000 urządzeń pokładowych OBU różnymi kanałami przez różne podmioty”.

Z wyjaśnień wynika, że każda z firm (Auto Securit Zrt, i-Cell Kft, Multi Alarm Zrt, Secret Control GPS Kft, WebEye Magyarorszag KFT) rozprowadzała OBU we własnym zakresie, sprzedając urządzenia użytkownikowi końcowemu, odpowiadała również za ich poprawne działanie tzn. wszelkie reklamacje są kierowane do firm wydających urządzenia OBU.

Z całą mocą podkreślał Odwołujący, że każda z firm prowadzi sprzedaż urządzeń OBU na własną odpowiedzialność i na własne ryzyko gospodarcze. Sama we własnym zakresie, bez udziału wykonawcy, dokonuje zakupu urządzeń na rynku celem ich dalszej odsprzedaży użytkownikom końcowym. Wobec wykonawcy odpowiada tylko za poprawne transmitowanie danych przez urządzenie.

W przypadku wskazanych firm rozprowadzających urządzenia nie mamy do czynienia z usługą udostępnienia OBU, tylko z dostawą urządzeń pokładowych, gdzie Zamawiającym urządzenia pokładowe jest użytkownik końcowy, natomiast dostawcą - jedna z pięciu firm. Oznacza to, że wykonawca (dokładnie członek konsorcjum NTPS firma I-Cell Mobilosft Zrt) tak jak podał w opisie jedynie zarządza, a nie wydaje (sprzedaje) urządzenia pokładowe. W związku z powyższym nie jest słuszne stanowisko zaprezentowane przez Wykonawcę w wyjaśnieniach, że „Uprawnione jest stwierdzenie, że, oprócz wyjaśnienia przedstawionego powyżej, warunek dotyczący Usługi Udostępniania OBU jest spełniony także przez NTPS samodzielnie”.

Referencyjna usługa powinna bowiem obejmować łącznie zarówno zarządzanie, jak i wydawanie OBU.

Oznacza to, że Wykonawca nie spełnia warunku dotyczącego Usługi Udostępniania OBU i to z dwóch powodów.

- po pierwsze, podmioty udostępniające zasoby na zasadach określonych w art. 22a ustawy nie świadczyły usługi udostępniania OBU, tylko wykonywały dostawy urządzeń OBU na rzecz użytkowników końcowych,
- po drugie, również firma I-Cell Mobilosft Zrt nie świadczy Usługi Udostępniania OBU, ponieważ nie wydaje urządzeń pokładowych.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że Zamawiający pismem z 30 marca 2017 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia JEDZ w powyższym zakresie, dlatego - w myśl zasady jednokrotnego uzupełnienia dokumentów w tym samym zakresie - Wykonawca nie może zostać ponownie wezwany do poprawienia JEDZ.

2.

Wykonawca wskazał w JEDZ na stanowisko Kierownika ds. operacyjnych p. Zoltana Vargę oraz p. Lajossa Veressa (s. 37-39 Wniosku).

JEDZ został podpisany przez p. Mirellę Lechna.

W opisie doświadczenia obu Panów wskazano zadania/projekty, ale z ich opisu nie wynikało, na którym z projektów/zadań zdobyli oni wymagane zgodnie z 3.1.3) b) IdD doświadczenie, tj. min. 3 lata doświadczenia zawodowego przy realizacji Usługi Elektronicznego Poboru Opłat, w co najmniej jednym Elektronicznym Systemie Poboru Opłat typu Free-flow, na stanowisku kierownika projektu lub zastępcy kierownika.

Ponadto na potwierdzenie warunku dysponowania przez p. Zoltana Vargę certyfikatem wydanym przez uprawniony podmiot, niezależny od Wykonawcy, potwierdzający posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami, wskazano cytując: „Certyfikat: Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOP”.

W związku z tym Zamawiający pismem z 13 marca 2017 r. poprosił Wykonawcę o wyjaśnienie m.in.:

- na których wskazanych projektach/zdaniach obaj Panowie zdobyli wymagane doświadczenie,
- czy p. Varga posiada wymagany zgodnie z warunkiem certyfikat.

Pismem z 20 marca 2017 r. Wykonawca poinformował, że:

- rezygnuje ze wskazania na stanowisko Kierownika ds. operacyjnych p. Lajossa Veressa,
- p. Zoltana Varga nabył doświadczenie przy realizacji projektów wskazanych na str. 37 i 38 Wniosku,
- DEVELOP jest organizacją akredytowaną przez Węgierski Urząd ds. Szkoleń i Kształcenia Dorosłych

W związku z powyższymi wyjaśnieniami Zamawiający pismem z dnia 30 marca 2017 r. wezwał Wykonawcę do poprawienia oświadczeń lub dokumentów.

W odniesieniu do p. Zoltana Vargi poprosił o wskazanie, jaka była data (dzień/miesiąc/rok) pełnienia funkcji przez p. Vargę potwierdzających doświadczenie wymagane do pełnienia funkcji Kierownika ds. operacyjnych.

Pismem z 6 kwietnia 2017 r. Wykonawca wskazał, że p. Zoltan Varga pełnił funkcję Kierownika ds. Operacyjnych w Systemie Poboru Opłat typu Free-flow HU-GO w okresie od 17 marca 2011 r. do 30 czerwca 2014 r.

W nawiązaniu do pisma Wykonawcy z 6 kwietnia 2017 r. Zamawiający pismem z 7 kwietnia 2017 r. poinformował Wykonawcę, że uznał doświadczenie p. Zoltana Vargi jako Kierownika ds. Operacyjnych w Systemie Poboru Opłat typu Free-flow HU-GO tylko w okresie od 1 lipca 2013 r. do 30 czerwca 2014 r., gdyż dopiero w dniu 1 lipca 2013 r. rozpoczęto realizację Usługi Elektronicznego Poboru Opłat w Systemie Poboru Opłat typu Free-flow HU-GO. W konsekwencji wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów/oświadczeń potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego osoby proponowanej na stanowisko Kierownika ds. Operacyjnych.

Wykonawca pismem z 14 kwietnia 2017 r. złożył poprawiony fragment oświadczenia w formie JEDZ.

Zawierał on zmieniony opis doświadczenia p. Zoltana Vargi oraz wskazywał na Kierownika ds. operacyjnych dodatkową osobę - p. Istvana Veresa. W odniesieniu do obu Panów, Wykonawca wykazuje kwalifikacje przez ogólne oświadczenie stanowiące przepisanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania certyfikatu. Poza tym poprawiony fragment oświadczenia JEDZ nie jest podpisany, jedynie paraflowany przez niezidentyfikowaną osobę, prawdopodobnie przez pełnomocnika p. Ciećwieża.

W związku z powyższym opisem stanu faktycznego zwracamy uwagę na następujące:

Po pierwsze, nie doszło do prawidłowego poprawienia JEDZ.

Oświadczenie JEDZ jest dokumentem sformatowanym, stanowiącym integralną całość, określającym miejsce, w którym ma być złożony podpis osoby składającej oświadczenie. Zgodnie z treścią Części VI osoba podpisująca JEDZ powinna złożyć oświadczenie, że informacje podane w częściach II-V są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego prowadzenia w błąd. Wskazuje to, że JEDZ powinien być poprawiony przez złożenie nowego formularza w całości,

Po drugie, gdyby nawet przyjąć, że JEDZ został skutecznie uzupełniony, to nadal zawiera błędy. Oświadczenie w zakresie dotyczącym posiadania certyfikatu nie zostało doprecyzowane przez wskazanie rodzaju tego certyfikatu.

Po trzecie, nawet gdyby uznać, że kwestia posiadanego przez p. Vargę certyfikatu została doprecyzowana w drodze wcześniejszych wyjaśnień, to odnośny certyfikat „Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOR” nie spełnia wymagań Zamawiającego. Dokument ten stanowi jedynie poświadczenie ukończenia szkolenia Develor, zatem nie potwierdza, że wiedza i umiejętności uczestnika szkolenia zostały zweryfikowane np. egzaminem. Tym samym nie jest wymagany przez Zamawiającego certyfikatem „potwierdzającym posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami”.

Po czwarte, Zamawiający dwukrotnie wezwał Wykonawcę do poprawienia oświadczenia JEDZ w zakresie dotyczącym wykazania doświadczenia Kierownika ds. operacyjnych. Praktyka taka pozostaje w sprzeczności z zasadą jednokrotnego uzupełniania dokumentów w tym samym zakresie.

Do pełnienia funkcji Kierownika ds. wdrożenia Wykonawca wskazał p. Meszarosa. Ze złożonych dokumentów wynika, że p. Meszaros posiada „Certyfikat: Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOR”. Zgodnie z argumentacją (pkt 2) powyżej dokument ten nie jest wymagany przez Zamawiającego certyfikatem „potwierdzającym posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami”.

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

I.

Do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku (dalej: „ustawa”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 maja 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 21 kwietnia i 24 kwietnia 2017 roku, oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku*

naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego. W ocenie Izby Odwołującemu - wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie: Konsorcjum K.O.I.T. - Krajowy Operator Infrastruktury Transportowej: (1) Kapsch Telematic Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (2) Kapsch TrafficCom AG Am Europlatz 2, 1120, Wiedeń, Austria (3) Kapsch TrafficCom Transportation NA Inc. Plymouth MI, stan Michigan, 40600 Ann Arbor Rd. E. Suite 201, USA (dalej: Odwołujący) przysługiwała legitymacja do skutecznego wniesienia odwołania, bowiem mają wykonawcy interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Zaznaczyć należy, że Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w odpowiedzi na ogłoszenie, wniosek o dopuszczenie do dialogu. Zamawiający dokonał oceny wniosku i uznał, że stanowi on podstawę do zaproszenia do udziału Odwołującego w postępowaniu, tym samym Odwołujący ma realną szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego. Zachodzi również możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, w razie udzielenia przez Zamawiającego zamówienia jednemu z wykonawców, których dotyczą zarzuty podniesione w odwołaniu. Zamawiający zobowiązany jest na każdym etapie postępowania do dokonywania czynności zgodnie z ustawą i oceny, w tym wypadku wniosków, zgodnie z określonymi wymaganiami. Izba nie podziela w tym zakresie argumentacji, że Odwołujący, który zakwalifikował się do dalszego etapu postępowania nie może wykazać elementu szkody z art. 179 ust. 1 ustawy. Takie stanowisko prowadziłoby do pozbawienia wykonawców, którzy zostali zakwalifikowani do dalszego etapu postępowań dwuetapowych (przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny), jakiegokolwiek możliwości składania odwołań wobec naruszenia przez Zamawiających przepisów związanych z zaniechaniem wykluczenia innych wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i mają zostać zaproszeni do dalszego w nim udziału, gdyż podnoszenie takich zarzutów na późniejszym etapie postępowania, w szczególności po wyborze oferty najkorzystniejszej, byłoby spóźnione z uwagi na upływ zawitego terminu na wniesienie odwołania określonego w art. 182 ustawy. Na danym etapie postępowania Zamawiający zobowiązany jest do dokonania określonych czynności, które to czynności nie mogą być pozorne, a w przypadku, gdy są błędne, niepełne mogą być kwestionowane przez innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, również w sytuacji, gdy liczba podmiotów dopuszczonych do kolejnego etapu postępowania jest równa bądź mniejsza od tej, jaką określił i wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający. Interes wykonawcy w

postępowaniach prowadzonych w trybach wieloetapowych, jakim jest dialog konkurencyjny, polega nie tylko na dążeniu wykonawcy do dalszego udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, ale także na dążeniu do wyeliminowania na tym etapie postępowania konkurujących wykonawców, co niewątpliwie zwiększa szansę Odwołującego uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający w dniu 4 maja 2017 roku powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie na rozprawie do protokołu oraz zawarte w pismach procesowych i zgłoszonych przystąpieniach do postępowania odwoławczego.

W zakresie dowodów wnioskowanych i składanych do akt sprawy przez Odwołującego oraz uczestników postępowania odwoławczego Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tekst jednolity Dz. U. z 23 lipca 2014 roku poz.964 ze zmianami) § 19 ust. 3 *wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego.* Tak więc dowodów złożonych w językach obcych, w zakresie w jakim nie zawierają tłumaczenia - czyli nie zostały złożone zgodnie z powyższą regulacją prawną - Izba nie brała ich pod uwagę przy rozpoznaniu odwołania.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do Odwołania (złożone w języku polskim).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- (dowód nr 1) – wydruk ze strony internetowej (w języku hiszpańskim) oraz zdjęcia miejsc poboru opłat Autopista del Sol – (20 kart),
- (dowód nr 2) - prezentacja z lipca 2014 r. konferencja w San Diego przygotowana przez Zoltana Varga w języku hiszpańskim wraz z tłumaczeniem na język polski strony 14 prezentacji - (19 kart),

- (dowód nr 13) – tłumaczenie na język polski strony 15 prezentacji przedstawionej jako dowód nr 2.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez Zamawiającego:

- (dowód nr 3) – wydruk 5 zdjęć Placu Poboru Opłat Autopista del Sol – (3 karty)
- (dowód nr 4) – pismo z dnia 27 marca 2017 roku dotyczące: Opinia merytoryczna – certyfikat Develor - (1 karta).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: FBSerwis B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Cintra Global Ltd z siedzibą w Oxfordzie, Anglia; Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia; Cintra Toll Services LLC z siedzibą w Wilmington USA (dalej: „konsorcjum FBSerwis”):

- (dowód nr 7) – Protokół z posiedzenia Rady Nadzorczej Spółki FBSerwis Kamieńsk sp. z o.o. z siedzibą w Kamieńsku z dnia 19 sierpnia 2016 roku i Umowa o świadczenie obsługi eksploatacyjnej i serwisu technicznego systemów i instalacji technicznych w kompleksie urbanistycznym wymiaru sprawiedliwości z dnia 9 grudnia 2016 roku - (15 kart)
- (dowód nr 8) – Opinia prawna w sprawie uprawnień Pana Juana Luisa Alacala Mataixa do reprezentowania Cintra Servicios De Infraestructuras S.A.; złożona w języku hiszpańskim wraz z tłumaczeniem na język polski - (4 karty),
- (dowód nr 9/1, 9/2) - Oświadczenie koncesjonariusza spółki Autopista Del Sol Concesionaria Espanola s.a. złożone w języku hiszpańskim wraz z tłumaczeniem na język polski (1 karta); Oświadczenie Zarządcy Dróg Krajowych Andaluzji Wschodniej Oddział w Maladze (koncesjodawca) złożone w języku hiszpańskim wraz z tłumaczeniem na język polski (2 karta),
- (dowód nr 10) - wydruk 3 zdjęć Placu Poboru Opłat Autopista del Sol – (3 karty),
- (dowód nr 11) – statystyki natężenia ruchu Autopista Del Costa Del Sol , Miejsce Poboru Opłat Calahonda złożone w języku hiszpańskim wraz z tłumaczeniem na język polski (6 kart).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Conduent State & Local Solutions Inc. z siedzibą w Fairfax, USA; Vitronic Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy (dalej: „konsorcjum S&T”):

- (dowód nr 6) – Oświadczenie Pana Artura Łaszcza z dnia 25 maja 2017 roku – (1 karta).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez wykonawcę SkyToll a.s. z siedzibą w Bratysławie, Słowacja (dalej: „SkyToll”):

- (dowód nr 5) – Referencja wydana przez Narodna dialnicna spolocnost a.s z siedzibą w Bratysławie, Słowacja; złożona w języku słowackim wraz z tłumaczeniem na język polski - (4 karty).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S: Nemzeti Utdijfizetesi Szolgaltato Zartkoruen mukodo Reszvenytarsasag z siedzibą w Budapeszcie, Węgry; i-Cell Mobilsoft Zartkoruen mukodo Reszvenytarsasag z siedzibą w Budapeszcie (dalej: „konsorcjum Nemzeti”):

- (dowód nr 11) – opracowanie Pana Zoltana Varga przedstawiające funkcjonowanie Nemzeti Utdijfizetesi Szolgaltato Zartkoruen mukodo Reszvenytarsasag z siedzibą w Budapeszcie – (1 karta),
- (dowód nr 12) – opracowanie Pana Zoltana Varga odnoszące się do wydanych oraz zarejestrowanych urządzeń OBU – (1 karta).

Izba uwzględniła również stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego z złożonym piśmie z dnia 3 lutego 2017 roku „Odpowiedz zamawiającego na odwołanie”. W przedstawionym pisemnym stanowisku Zamawiający wskazał, że:

- Zamawiający uwzględnił zarzut zaniechania odtajnienia, z pisma z dnia 20 marca 2017 roku od wykonawcy Catterick Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do Zamawiającego, daty zakończenia projektu „Pasy szybkiego ruchu na autostradzie I-85 wraz z zapleczem technicznym”,
- Zamawiający uwzględnił zarzut zaniechania odtajnienia nazw firm i odpisów z rejestrów handlowych podmiotów udostępniających swoje zasoby wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie: Leadville Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Strabag Motorway GmbH Ortenburgerstrasse 27 9800 Spittal an der Drau, Austria - Konsorcjum SKYWAYS,
- Zamawiający uwzględnił zarzut zaniechania odtajnienia ostatniej strony polskojęzycznej Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia podmiotu Vitronic Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy przedstawionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Conduent State & Local

Solutions Inc. Z siedzibą w Fairfax, USA; Vitronic Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy,

- w zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający wskazał, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W sprawie zostały złożone pisma procesowe:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum K.O.I.T. - Krajowy Operator Infrastruktury Transportowej: (1) Kapsch Telematic Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (2) Kapsch TrafficCom AG Am Europlatz 2, 1120, Wiedeń, Austria (3) Kapsch TrafficCom Transportation NA Inc. Plymouth MI, stan Michigan, 40600 Ann Arbor Rd. E. Suite 201, USA (dalej: Odwołujący) - pismo z dnia 17 maja 2017 roku „Pismo procesowe Odwołującego”,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: FBSerwis B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Cintra Global Ltd z siedzibą w Oxfordzie, Anglia; Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia; Cintra Toll Services LLC z siedzibą w Wilmington USA - pismo z dnia 17 maja 2017 roku „Stanowisko Przystępującego”,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie; Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie; BT Signaal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach - pismo z dnia 17 maja 2017 roku „Pismo procesowe przystępującego Konsorcjum Comarch”,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Nemzeti Utdisizetesi Szolgaltató Zrt z siedzibą w Budapeszcie, Węgry; i-Cell Mobilsoft Zrt z siedzibą w Budapeszcie - pismo z dnia 16 maja 2017 roku „Pismo Przystępującego”,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Egis Projects S.A. z siedzibą w Saint Quentin –Yvelines Cedex, Francja; Egis Electronic Tool Collection Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; TK Telekom Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - pismo z dnia 17 maja 2017 roku „Pismo Przystępującego z dnia 17 maja 2017 r.”,
- wykonawcy Catterick Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - pismo z dnia 17 maja 2017 roku „Pismo uczestnika”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

II.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

- zarzutu zaniechania odtajnienia, z pisma z dnia 20 marca 2017 roku od wykonawcy Catterick Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do Zamawiającego, daty zakończenia projektu „Pasy szybkiego ruchu na autostradzie I-85 wraz z zapleczem technicznym”,
- zarzutu zaniechania odtajnienia nazw firm i odpisów z rejestrów handlowych podmiotów udostępniających swoje zasoby wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie: Leadville Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Strabag Motorway GmbH Ortenburgerstrasse 27 9800 Spittal an der Drau, Austria - Konsorcjum SKYWAYS,
- zarzutu zaniechania odtajnienia ostatniej strony polskojęzycznej Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia podmiotu Vitronic Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy przedstawionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Conduent State & Local Solutions Inc. Z siedzibą w Fairfax, USA; Vitronic Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy.

Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, natomiast uczestnicy postępowania odwoławczego nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Dlatego też Izba umorzyła postępowanie w zakresie wyżej wymienionych zarzutów odwołania, które zostały wprost uwzględnione przez Zamawiającego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący podtrzymał odwołanie w całości, Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania ww. zakresie, a uczestnicy postępowania odwoławczego nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w części – tym samym, w tym postępowaniu odwoławczym nie mamy

do czynienie z czynnością wniesienia sprzeciwu, a od której to czynności uzależnione jest rozpoznanie odwołania.

Izba wskazuje w tym miejscu, że rozstrzyganie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami – w wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego i braku wniesienia sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego - jest bezcelowe. Izba podkreśla, że jednocześnie informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. Ustawodawca w art. 196 ust. 4 ustawy, w sposób wyczerpujący określił elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę i stwierdzić należy, że katalog ten nie zawiera informacji dotyczącej możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. W tym miejscu Izba odwołuje się do Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. sygn. akt III CZP 111/15, w której Sąd Najwyższy wskazał, że wadliwą jest praktyka Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały podniósł również, że Izba, uznając część zarzutów i żądań za zasadne, a część za pozbawione podstaw, powinna dać temu wyraz w części rozstrzygającej wyroku (sentencji), a nie w jego uzasadnieniu.

Nie można stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy pominąć w przypadku, gdy postępowanie zostaje umorzone w części z uwagi na uwzględnienie poszczególnych zarzutów odwołania. Izba wskazuje, że takie stanowisko prezentowane jest w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, w których w sentencji wyroku zamieszczane jest rozstrzygnięcie w zakresie częściowego umorzenia postępowania odwoławczego. Tym samym, zgodnie z argumentacją Sądu Najwyższego, w sentencji wyroku zawarte zostają wszystkie rozstrzygnięcia co do zarzutów odwołania.

Podkreślenie wymaga również, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko to również nie jest odosobnione, czemu wraz dano np.: w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 października 2016 r. o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 grudnia 2016 r. o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 grudnia 2016 r. o sygn. akt KIO 2357/16, oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2017 roku o sygn. akt KIO 17/17 i KIO 24/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2017 roku o sygn. akt KIO 172/17.

III.

Izba poddała pozostałe zarzuty odwołania pod rozpoznanie. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie,*

jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Art. 8 ust. 3 ustawy - Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Art. 9 ust. 2 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

Art 26 ust. 1 ustawy - 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. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.

Art. 26 ust. 3 ustawy – Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania,

oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 26 ust. 3a ustawy – Jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 96 ust. 3 ustawy - Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

V.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie*

określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza). Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne.*

Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *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).*

VI.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania:

JEDNOLITY EUROPEJSKI DOKUMENT ZAMÓWIENIA

Zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu i spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3 ustawy.

Oświadczenie, o którym mowa składane jest, w przypadku tej sprawy z uwagi na jej szacunkową wartość, w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: Jedz), którego wzór, standardowy formularz, określa rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. (Dz. Urz. UE nr L 3 z 6.1.2016, str. 16). Rozporządzenie to ma moc bezpośrednio obowiązującą w państwie członkowskim, a w życie weszło z dniem 18 kwietnia 2016 roku.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, które zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 grudnia 2016 roku pod numerem 2016/S 242-441391, w punkcie III.1.3 *Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe* wskazał, że wykonawca do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu obowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania wniosków oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu i spełnia kryteria selekcji. Wykonawcy zostali zobowiązani przez Zamawiającego do złożenia oświadczenia, o którym mowa wyżej, w formie jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE.

Zamawiający wskazał również w ogłoszeniu o zamówieniu minimalny poziom wymaganych standardów, w zakresie poszczególnych ukształtowanych wymagań, których weryfikacji dokona w celu oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia. Zamawiający odwołał się również do zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego „Instrukcji do Dialogu Konkurencyjnego” (dalej: Instrukcja), która zawiera informacje, których z powodu na ograniczenie miejsca w formularzu ogłoszenia Zamawiający nie mógł zamieścić.

Izba ustaliła, że w Instrukcji Zamawiający między innymi podał, w pkt 5 - *Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu wykazania braku podstaw wykluczenia oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu* Zamawiający podał, że:

5.1 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca:

- a) nie podlega wykluczeniu;
- b) spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- c) spełnia kryteria selekcji. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że:

5.2 oświadczenie Wykonawca zobowiązany jest złożyć w formie jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu Wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zwanego dalej „Jednolitym Dokumentem” lub „JEDZ”. Zamawiający także wskazał, że Jednolity Dokument przygotowany przez Zamawiającego z wykorzystaniem narzędzia ESPD dla przedmiotowego postępowania jest dostępny na stronie internetowej Zamawiającego w miejscu zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu oraz niniejszej Instrukcji do Dialogu Konkurencyjnego. W celu wypełnienia własnego oświadczenia w formie Jednolitego Dokumentu z wykorzystaniem narzędzia ESPD, Wykonawca: 1) Pobiera plik „espd-request.xml” ze strony Zamawiającego, 2) Wykonawca wypełnia za pomocą narzędzia ESPD własny Jednolity Dokument importując plik „espd-request.xml” do strony internetowej <https://ec.europa.eu/tools/espd/filter?lang=pl>, 3) Drukuje, podpisuje i składa go wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający w Instrukcji podał również, że Szczegółowe informacje związane z zasadami i sposobem wypełnienia Jednolitego Dokumentu, znajdują się także w wyjaśnieniach Urzędu Zamówień Publicznych, dostępnych na stronie Urzędu, w Repozytorium Wiedzy, w zakładce Jednolity Europejski Dokument Zamówienia.

W rozdziale 8 Instrukcji – Sposób komunikacji oraz wymagania formalne dotyczące składanych oświadczeń i dokumentów w punkcie 8.9 Zamawiający wskazał, że dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.

W rozdziale 9 Instrukcji - Opis sposobu przygotowania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający podał między innymi, że:

9.2. Wraz z wnioskiem powinny być złożone:

9.2.1. oświadczenia i dokumenty, wymagane postanowieniami pkt 5.1. Instrukcji,

(...)

9.4. Wniosek powinien być sporządzony w języku polskim, z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności. Każdy dokument składający się na Wniosek powinien być czytelny;

9.5. Każdy dokument składany wraz z Wnioskiem sporządzony w innym języku niż język polski powinien być złożony wraz z tłumaczeniem na język polski;

9.7. Wniosek oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w postaci formularzy, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.

9.8. Zaleca się złożenie Wniosku jak i załączników, na formularzach przygotowanych przez Zamawiającego. Wzór wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego wraz z załącznikami jest dostępny na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem <http://www.gddkia.gov.pl> w zakładce „zamówienia publiczne” – „zamówienia publiczne aktualne”.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący podniósł, że wykonawcy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia z postępowania, ponieważ złożone przez nich wraz z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jednolite europejskie dokumenty zamówienia, czy to poszczególnych wykonawców, czy też podmiotów udostępniających wykonawcom zasoby lub podwykonawców zostały złożone w językach obcych wraz z tłumaczeniem na język polski.

Izba wskazuje, że w argumentacji jaka została zawarta w odwołaniu Odwołujący wskazał jedynie, że Zamawiający nie wyraził zgody na złożenie Jedz-a w języku obcym, co mógł uczynić na podstawie art. 9 ust. 3 ustawy. Odniósł się także Odwołujący do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: rozporządzenie w sprawie dokumentów”) i podał, że „Jedz nie jest rodzajem dokumentu, jakiego może żądać zamawiający od wykonawcy, o którym mowa w rozporządzeniu, tym samym jego przepis § 16 ust. 1 nie ma zastosowania do Jedz.”.

Oceniając podniesioną przez Odwołującego argumentację, która jest uzasadnieniem naruszenia wskazanych podstaw prawnych należy zgodzić się z Odwołującym, że w odniesieniu do Jedz-a nie ma zastosowania rozporządzenie, o którym mowa powyżej. Podstawą złożenia Jedz-a w postępowaniu jest art. 25a ustawy, a to pozwala na stwierdzenie, że Jedz zostaje złożony przez wykonawców w postępowaniu z mocy prawa (tak samo w zamówieniach poniżej progów, gdzie składane jest obowiązkowo oświadczenie będące odpowiednikiem Jedz-a). Jedz to dokument, który został wskazany w ustawie i z punktu widzenia techniki prawodawczej powtarzanie regulacji dotyczących Jedz-a w rozporządzeniu byłoby nieprawidłowe i niecelowe. W tym miejscu warto wskazać dla zobrazowania sytuacji, że ustawodawca w skreślonym już, a obowiązującym wcześniej przez wiele lat art. 44 ustawy wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą, czy wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i był to dokument, który był regulowany jedynie ustawą, podobnie jak dzisiaj regulacja ustawowa odnosząca się do Jedz-a w art. 25a ustawy. Podkreślenia wymaga również, że zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu Zamawiający precyzuje dokumenty i oświadczenia jakie wykonawca, którego oferta w postępowaniu będzie najkorzystniejsza, będzie obowiązany złożyć, ale dotyczą one

późniejszego etapu postępowania. Natomiast fakt podania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o konieczności przedstawienia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Jedz-a, jak uczynił to w rozpoznawanej sprawie Zamawiający stanowi jedynie przejaw uproszczenia postępowania polegający na kompleksowym wskazaniu przez Zamawiającego wszystkim wykonawcom wszystkich, w tym ustawowych, wymagań w zakresie składanych w postępowaniu oświadczeń. Jedz mają obowiązek złożyć wykonawcy zgodnie z ustawą, a nie w wyniku określenia tego wymagania przez Zamawiającego.

Izba zgadza się również z twierdzeniem Odwołującego, że Zamawiający nie skorzystał z uprawnienia zawartego w art. 9 ust. 3 ustawy tj. że w szczególnie uzasadnionych przypadkach Zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane. Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał w Instrukcji, że dokumenty składane w języku obcym muszą zostać złożone wraz z tłumaczeniem na język polski.

W ocenie Izby Jedz, który składany jest wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez wykonawcę, czy to dotyczący wykonawcy, czy też podmiotu udostępniającego swoje zasoby wykonawcy, czy też podwykonawcy może zostać, co do zasady, złożony w języku obcym – pod warunkiem, że zostanie złożony wraz z tłumaczeniem. Izba wskazuje, że Odwołujący nie wskazał na żadne postanowienia Instrukcji bądź obowiązujących przepisów prawa, które uniemożliwiałyby złożenia Jedz-a w języku obcym wraz z tłumaczeniem na język, w którym prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby nie można uznać za zasadną argumentacji Odwołującego wskazującej na nadanie przez Zamawiającego w Instrukcji pojęciom „oświadczenie” i „dokument” różnych znaczeń, a w konsekwencji zastosowanie do nich różnych, odmiennych reżimów co do możliwości przedstawienia ich w języku obcym wraz z tłumaczeniem. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Instrukcja nie wprowadziła zakazu składania Jedz-a w innym języku niż język polski.

Należy podkreślić, że skoro Jedz – jak ustalone zostało to już powyżej – stanowi dokument, który wykonawcy w postępowaniu składają niezależnie od tego czy Zamawiający wezwie ich w ogłoszeniu o zamówieniu do przedstawienia tego dokumentu wraz z wnioskiem (dokument składany z mocy ustawy) to nie sposób uznać, aby Zamawiający w Instrukcji mógł, miał uprawnienie do skutecznego zaliczenia, zakwalifikowania tego dokumentu, jak to wskazał w piśmie procesowym Odwołujący, do kategorii „środków dowodowych” będących oświadczeniem własnym wykonawcy (oświadczenia) lub środków dowodowych

pochodzących od właściwych organów lub instytucji (dokumenty) oraz w oparciu o ten dychotomiczny podział wprowadził możliwość złożenia dokumentu li tylko w języku polskim.

Jedz niewątpliwie stanowi oświadczenie własne wykonawcy, *de facto* Jedz składa się z szeregu oświadczeń wykonawcy dotyczących różnych kwestii jakie były wymagane od wykonawcy w postępowaniu. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w rozpoznawanym przypadku Zamawiający określił, że Jedz ma zostać złożony w *formie pisemnej albo w postaci elektronicznej* (pkt 8.3 Instrukcji), określił więc Zamawiający formę dokumentową złożenia oświadczeń jakie wymagane są w Jedz-u. Niewątpliwie Jedz jest dokumentem prywatnym, zawierającym oświadczenia wykonawcy i sporządzany jest zgodnie ze wzorem, który określa rozporządzenie wykonawcze Komisji. Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany do przygotowywania formularza dla tych oświadczeń.

Reasumując tą część Izba uznała, że jednolity europejski dokument zamówienia może zostać złożony w języku obcym, jednakże niezbędne jest wtedy złożenie wraz z tym dokumentem tłumaczenia na język polski.

W zakresie przedstawienia tłumaczenia wraz z Jedz-em złożonym w języku obcym, z uwagi na brak jakichkolwiek regulacji ustawowych w tym zakresie, właściwym będzie zastosowanie przez analogię zasad jakie określone zostały w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Izba zauważa, że przewidziany w § 16 rozporządzenia o dokumentach model składania dokumentów obcojęzycznych wraz z tłumaczeniem służy realizacji zasady stosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego języka polskiego. Tym samym Jedz, stanowiący dokument zawierający w swej treści zbiór oświadczeń własnych wykonawcy może zostać złożony w języku obcym i w takim przypadku wykonawca obowiązany jest złożyć jego tłumaczenie – tłumaczenie może zostać sporządzone przez wykonawcę i podpisane przez osobę/osoby umocowane do działania w imieniu wykonawcy bądź umocowanych pełnomocników wykonawcy. Tłumaczenie Jedz-a może zostać również dokonane przez tłumacza przysięgłego. Co istotne w tym miejscu, w ocenie Izby tłumaczenie dokumentów przedstawionych przez podmioty trzecie bądź podwykonawców może zostać również podpisane przez osobę/osoby umocowane do działania w imieniu wykonawcy bądź umocowanych pełnomocników wykonawcy. W przypadku złożenia tłumaczenia Jedz-a przez wykonawcę, analogicznie jak w przypadku tłumaczeń dokumentów składanych na podstawie rozporządzenia w sprawie dokumentów to na wykonawcy ciąży odpowiedzialność za zawarte treści i to wykonawca będzie ponosił skutki np. nieprawidłowego tłumaczenia. Nie sposób uznać za prawidłową argumentację Odwołującego podniesioną na rozprawie, że *JEDZ składany przez podmiot zagraniczny powinien być złożony w języku polskim podpisany przez uprawnione do tego osoby (...) taki dokument mógł podpisać pełnomocnik*. Taka argumentacja nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach jak również nie

sposób dojrzeć w takim uzasadnieniu stanowiska Odwołującego sensu. Podkreślić bowiem należy, że swoiste „zmuszanie” określonych podmiotów gospodarczych (wykonawców, podmioty udostępniające swoje zasoby, podwykonawców) do działania przez polskojęzycznych pełnomocników prowadziło ponownie do nieuzasadnionego zaostrzania reguł postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie sposób uznać, że każdy podmiot zagraniczny musi mieć pełnomocnika polskojęzycznego, aby móc brać udział w procedurach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez polskich Zamawiających. Również nie znajduje żadnego uzasadnienia twierdzenie, że osoba/osoby umocowane w imieniu danych podmiotów gospodarczych do działania zobowiązane są do złożenia podpisów pod dokumentem sporządzonym w języku polskim, w sytuacji gdy nie posługują się tym językiem. Należy podkreślić w tym miejscu, że Zamawiający wskazał w Instrukcji, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinien być sporządzony w języku polskim, z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności natomiast każdy dokument składany wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu sporządzony w innym języku niż język polski powinien być złożony wraz z tłumaczeniem na język polski. Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że każdy dokument i nie wyłączył z tego Jedz-a.

W przypadku wniosku wykonawcy Catterick Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Catterick) Izba uznała, uwzględniając powyższą argumentację, za niezasadny zarzut niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w związku z przedstawieniem dokumentów Jedz podmiotów Autostradę Tech S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Wiochy oraz Electronic Transaction Consultants Corporation z siedzibą w Richardson, USA w języku angielskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski.

W przypadku wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum SKYWAYS: Leadville Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Strabag Motorway GmbH Ortenburgerstrasse 27 9800 Spittal an der Drau, Austria (dalej: „konsorcjum Skyways”) Izba uznała, uwzględniając powyższą argumentację, za niezasadny zarzut niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w związku z przedstawieniem dokumentów Jedz Asfinag Commercial Services GmbH, Asfinag Maut GmbH oraz Deutsche Telekom AG w języku obcym wraz z tłumaczeniem na język polski. W tym miejscu Izba wskazuje, że w zakresie wskazanego przez Odwołującego argumentu, że tłumaczenie nie zostało podpisane przez osobę umocowaną do reprezentacji odpowiednio wyżej wymienionych wykonawców, Izba podkreśla, że brak jest w tym zakresie jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego takiego stanowiska. Nie ma takiej regulacji i nie

wskazał jej Odwołujący, która nakazywałaby podpisanie tłumaczenia dokumentu podmiotowi, który to oświadczenie złożył w obcym języku. W tym miejscu warto wskazać, że tłumaczenie powinna podpisać osoba, która dokonuje takiego tłumaczenia, wskazując, że bierze odpowiedzialność za takie tłumaczenie. W przypadku wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne, składającego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumenty podpisuje osoba umocowana do reprezentacji wykonawcy w postępowaniu w wyniku czego to osoba podpisująca tłumaczenie dokumentu występująca w imieniu wykonawcy bierze odpowiedzialność za tłumaczenie dokumentu.

W przypadku wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: FBService B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; Cintra Global Ltd z siedzibą w Oxfordzie, Anglia; Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia; Cintra Toll Services LLC z siedzibą w Wilmington USA Izba uznała, uwzględniając powyższą argumentację, za niezasadny zarzut niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w związku z przedstawieniem dokumentów Jedz w dwóch wersjach językowych, przy czym w przypadku konsorcjum FBService należy mieć na uwadze, że Izba uznała (o czym mowa poniżej), że tłumaczenia Jedz spółki Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia; spółki Cintra Toll Services LLC z siedzibą w Wilmington USA nie zostały skutecznie złożone Zamawiającemu, bowiem nie zostały podpisane przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Każdy dokument zawierający oświadczenia wykonawcy, podmiotu udostępniającego zasoby czy też podwykonawcy aby mógł zostać uznany za złożony skutecznie musi zostać podpisany. Podpisany musi zostać również Jedz. W obowiązujących przepisach prawa nie została ukształtowana definicja podpisu, jednakże w oparciu o poczynione wykładnie w orzecznictwie sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego należy wskazać, że podpis musi obejmować co najmniej nazwisko (SN 12 maja 1933 roku sygn. akt C II Rw 603/33; uchwała SN z 30 grudnia 1993 roku sygn. akt III CZP 146/93). Podpis dokumentuje nie tylko brzmienie nazwiska ale również i charakter pisma osoby podpisującej, co ułatwia jej identyfikację. Sąd Najwyższy w wyroku SN z dnia 8 maja 1997 r., sygn. akt II CKN 153/97 wskazał, że podpis musi być złożony własnoręcznie w taki sposób, aby można było ustalić kto jest autorem tego podpisu, gdyż chodzi o udokumentowanie nie tylko brzmienia nazwiska, ale także i charakteru pisma, by w ten sposób ułatwić orientację w rozpoznaniu osoby. Treść podpisu stanowi, co najmniej nazwisko składającego oświadczenie, natomiast zgodnie z uchwałą składu 7 sędziów SN z dnia 30 grudnia 1993 r., sygn. akt III CZP 146/93,

nazwisko może przybrać postać skróconą. W uchwale tej uznano, że podpis nieczytelny stanowi wyraz woli napisania nazwiska wtedy, gdy podpisujący w taki właśnie sposób pisze swoje nazwisko, składając podpisy na dokumentach. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu znaczył również, że „Składając podpis na dokumencie obejmującym oświadczenie woli, podpisujący wyraża wolę wywołania określonych skutków prawnych i daje jednocześnie wyraz temu, że dokument zawiera ostateczną, a nie jedynie projektowaną treść danego oświadczenia, że oświadczenie to jest zupełne, oraz że pochodzi od osoby podpisanej. Powyższe funkcje podpisu nie pozostają bez znaczenia dla rozumienia treści tego pojęcia. Można bowiem przyjmować, że skoro podpis jest napisanym znakiem ręcznym określonej osoby, to powinien on wskazywać tę osobę, a więc przedstawiać nie tylko jej charakter pisma, ale i dane, które ją indywidualizują. Należą do nich, między innymi, imię i nazwisko, przy czym funkcję indywidualizującą pełni przede wszystkim nazwisko. Z punktu widzenia semantyki podpis oznacza „nazwisko (imię), rzadziej godło, inicjały, napisane zwykle własnoręcznie”, natomiast podpisać się – to „napisać własnoręcznie swoje nazwisko (imię), rzadziej godło, inicjały; zaświadczyć, stwierdzić coś swym podpisem” (por. Słownik języka polskiego, PWN, Warszawa 1978, t. 2, s. 743). W mowie potocznej słowo „podpis” jest używane w dwóch różnych znaczeniach. W stosunkach rodzinnych lub towarzyskich przez podpis rozumie się każde zakończenie pisma przez osobę, od której pismo pochodzi, np. tylko imię, i to także zdrobniale. Jeżeli chodzi o podpisy składane w stosunkach urzędowych, zwłaszcza na pismach mających charakter czynności prawnej, przyjmuje się powszechnie, że podpis oznacza imię i nazwisko lub co najmniej nazwisko podpisującego. Przeświadczenie takie utrwaliło się w społeczeństwie ze względu na funkcję nazwiska, która polega na ustaleniu tożsamości osoby fizycznej. W braku wyraźnego ustanowienia terminologicznego użyte w ustawie wyrazy rozumie się w takim znaczeniu, w jakim są one powszechnie i stale używane w mowie potocznej. Są zatem argumenty na rzecz tezy, że podpis w rozumieniu ustawy powinien obejmować co najmniej nazwisko podpisującego.” W postanowieniu z dnia 17 czerwca 2009 r., sygn. akt IV CSK 78/09, Sąd Najwyższy potwierdził, że dopuszczalne jest skrócenie nazwiska, nie musi też być ono w pełni czytelne, zastrzegając, że podpis powinien składać się z liter i umożliwiać identyfikację autora oraz umożliwiać porównanie i ustalenie, czy został złożony w formie zwykle przez daną osobę używanej. Powyższe pozwala na jednoznaczne określenie, że podpis może przybrać postać skróconą ale winien zawierać litery i umożliwiać identyfikację autora podpisu. W uchwale Sądu Najwyższego z 30 grudnia 1993 roku sygn. akt III CZP 146/93 czytamy: „Podpis nieczytelny stanowi wyraz woli napisania nazwiska jedynie wówczas, gdy podpisujący w taki właśnie sposób pisze swoje nazwisko, składając podpisy na dokumentach. Dlatego też podpis nieczytelny powinien być złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę weksla, a więc w formie, która jest tym samym znana szerszemu kręgowi osób. Tak wykonany podpis, choć nie daje się odczytać,

wyraża napisane nazwisko a zarazem pełni funkcję identyfikacyjną." W ocenie Izby znamienne znaczenie w rozpoznawanej sprawie ma to, że wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały podpisane przez określone osoby – co najważniejsze, podpis złożony na wniosku odpowiada ugruntowanej na podstawie orzecznictwa wykładni tego czym ma charakteryzować się podpis. Natomiast kolejne dokumenty w tym Jedz-e nie zostały podpisane przez umocowane osoby, bowiem w miejscach, gdzie złożenie tego podpisu było wymagane nie widnieje podpis, a jakiś znak graficzny, który w zasadzie nie może zostać uznany za nic innego jak tylko parafę. Co do miejsca złożenia podpisu na dokumencie oczywiście idealnie byłoby, gdyby podpis został złożony pod treścią, jednakże nie istnieje również taki przepis, który nakazywałby dla skuteczności podpisu złożenie go bezpośrednio, w określonej odległości, pod treścią. Jednakże i w tym zakresie Sąd Najwyższy wskazał między innymi, że „parafę odróżnia od podpisu przede wszystkim funkcja. Parafa stanowi bowiem sposób sygnowania dokumentu, mający świadczyć o tym, że jest on przygotowany do złożenia podpisu. Nawet wówczas, gdy parafujący zamiast inicjałów zamieści na dokumencie swój pełny podpis, jego znak zachowa znaczenie przygotowania dokumentu do złożenia na nim podpisu. O merytorycznym znaczeniu znaku bowiem przesądzi w takim wypadku treść dokumentu". (Uchwała SN z dnia 30 grudnia 1993 r., sygn. akt: III CZP 146/93).

W przypadku Konsorcjum S&T w ocenie Izby dokument Jedz S&T Services Polska spółka z o.o. nie został podpisany przez umocowaną do reprezentacji osobę, a jedynie co najwyżej został parafowany. Nie ma znaczenia w ocenie Izby, że ta sama osoba, która jest uprawniona w imieniu danego podmiotu do podpisania dokumentów parafuje te dokumenty, nie istnieje bowiem takie prawo, które by tego zabraniało. Izba wskazuje, że w Oświadczeniu Pana Artura Łaszcza z dnia 25 maja 2017 roku (dowód nr 6) wskazał Pan Łaszcza, że „znak graficzny widniejący w prawym dolnym rogu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (...) w tym na formularzu JEDZ S&T Services Polska spółka z o.o. jest moim własnoręcznym podpisem nieczytelny, którym stale się posługuję i opatruję nim podpisywane przez siebie dokumenty.” Jednakże nie ulega wątpliwości, że wniosek został podpisany pełnym imieniem i nazwiskiem składającego podpis, a jednocześnie parafowany w prawym dolnym rogu dokumentu. Tak samo zostało podpisane oświadczenie, o którym mowa powyżej tj. imieniem i nazwiskiem oraz jednocześnie postawieniem znaku graficznego, który w ocenie Izby może być uznany jedynie za parafę. Potoczne rozumienie podpisu, przekonanie podpisującego się, że znak graficzny, którym się posługuje stanowi podpis nie może i nie stanowi usprawiedliwienia dla braku podpisu na dokumencie. W zasadzie potwierdziło to również stanowisko Zamawiającego, który wskazał, że jedynie badanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie

całokształtu złożonych dokumentów pozwoliło na zidentyfikowanie osoby, tym samym postawiony znak graficzny na Jedz-u nie pozwolił na identyfikację osoby podpisującej dokument. Uwzględniając całą powyższą argumentację Izba uznała zarzut za zasadny.

W przypadku Konsorcjum FBServis, uwzględniając powyższą argumentację odnośnie złożenia podpisu na dokumentach tłumaczenia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia spółki Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia; tłumaczenia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia spółki Cintra Toll Services LLC z siedzibą w Wilmington USA Izba uznała, że dokumenty te nie zostały podpisane przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W uzupełnieniu wyżej przedstawionej argumentacji Izba wskazuje, że opatrzenie znaku graficznego pieczęcią imienną nie wywołuje skutku, że określony znak graficzny staje się przez to podpisem, bowiem możliwa jest identyfikacja tego znaku graficznego dzięki pieczęci imiennej. To podpis ma identyfikować osobę, która go złożyła, a nie pieczęć imienna. Posłużenie się przez pełnomocnika w zasadzie parafą, a nie skróconym podpisem pod tłumaczeniami dokumentów nie pozwala przyjąć, że zostały one złożone w postępowaniu w sposób skuteczny. Podkreślenia wymaga, że podpis skrócony, nieczytelny musi być identyfikowalny, czyli złożony w taki sposób jaki składany jest potocznie i znany jest szerszemu kręgowi osób. W tym przypadku Pani Karolina Szymczak, będąca pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie składając podpis we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podpisała się pełnym nazwiskiem, co pozwoliło na identyfikację osoby składającej podpis. Jednakże następne dokumenty, kwestionowane przez Odwołującego, nie są podpisane, a jedynie parafowane tak jak pozostałe strony dokumentów składanych wraz z wnioskiem, przy czym tłumaczenie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia spółki Cintra Toll Services LLC z siedzibą w Wilmington USA nawet nie zostało parafowane. Przedstawiony Protokół z posiedzenia Rady Nadzorczej Spółki FBServis Kamieńsk sp. z o.o. z siedzibą w Kamieńsku z dnia 19 sierpnia 2016 roku i Umowa o świadczenie obsługi eksploatacyjnej i serwisu technicznego systemów i instalacji technicznych w kompleksie urbanistycznym wymiaru sprawiedliwości z dnia 9 grudnia 2016 roku (dowód nr 7) wskazują na - w kolejności - złożenie podpisu nieczytelnego pod protokołem, który jest inny od tego składanego pod Jedze-em (oraz przedstawionym w piśmie procesowym Konsorcjum FBServis), a tym samym należy uznać, że nie jest powtarzalny i w konsekwencji nie jest identyfikowalny. W zasadzie dowód ten przeczy twierdzeniom Konsorcjum FBServis. Natomiast w zakresie przedstawionej umowy, nie potwierdza ona w żaden sposób, a dokładniej przedstawione parafy, że znaki graficzne jakie znajdują się na kwestionowanych stronach dokumentów załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowią podpisy. Zgodnie z orzecznictwem

sądów parafę od podpisu odróżnia cel a nie długość podpisu, parafą może być również cały podpis, podpis nieczytelny, inicjały itd. W rozpoznawanej sprawie wnioski wraz z załącznikami, jak to wskazał pełnomocnik FBServis liczył około 400 stron, podkreślić należy, że tylko niektóre z nich wymagały podpisu pełnomocnika natomiast parafowanie wszystkich kolejnych stron stanowiło uprawnienie, z którego skorzystał pełnomocnik. Nie sposób przyjąć, że na jednej stronie dokumentów coś jest parafą, a na kolejnej stanowi podpis, który zupełnie nie identyfikuje osoby, z tą którą podpisała inne dokumenty w sposób prawidłowy. Uwzględniając całą powyższą argumentację Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba nie uznała zarzutu w zakresie złożenia podpisu na dokumentach tłumaczenia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia spółki Cintra Servicios de Infrastructures S.A., bowiem na przedstawionym Izbie widnieje zarówno podpis Pani Karoliny Szymczak jak również parafa w prawym dolnym rogu karty. W ocenie Izby w tym zakresie nie znajduje uzasadnienia podnoszona przez Odwołującego – przez odesłanie do innej części uzasadnienia odwołania – argumentacja, która w zasadzie pomija fakt złożenia na dokumencie podpisu. Dokument tłumaczenia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia został podpisany przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Izba nie uznała zarzutu w zakresie daty podpisania tłumaczenia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia spółki Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia. Ponieważ Izba powyżej uznała, że to tłumaczenie nie zostało podpisane, nie można mówić w ogóle o dacie podpisania tłumaczenia. Jednakże w ocenie Izby Odwołujący błędnie zinterpretował datę 15 lutego 2017 roku jako datę podpisania tłumaczenia przez pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Data 15 lutego 2017 roku to data podpisania Jedza przez osoby uprawnione do działania w imieniu spółki Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia – wynika to w sposób jednoznaczny z treści dokumentu, jak również wskazuje na to sama argumentacja Odwołującego, który podniósł w odwołaniu, że w tłumaczeniu również zostało podane miejsce sporządzenia formularza przez podanie Lizbona. Termin składania wniosków został wyznaczony na 20 lutego 2017 roku, a Pani Karoliny Szymczak otrzymała pełnomocnictwo do reprezentacji w dniu 17 lutego 2017 roku. Kwestionowana przez Odwołującego data stanowi tłumaczenie dokumentu, a nie datę sporządzenia tłumaczenia dokumentu Jedz.

Izba nie uznała zarzutu w zakresie braku możliwości identyfikacji osób składających podpisy pod jednolitym europejskim dokumentem zamówienia spółki Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia. Konsorcjum FBServis w złożonym piśmie procesowym wyjaśniło, że pełnomocnictwo do reprezentacji spółki Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia udzielone spółce FB Servis B Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie podpisali panowie Cristian Torella Torento oraz Ivan Pio Maestre Santos-Suarez członkowie zarządu spółki. Podpisy

złożone pod pełnomocnictwem jak również pod Jedz-em są identyczne, na co wskazało Konsorcjum FBServis, a Odwołujący tego nie zakwestionował. Izba wskazuje, że Odwołujący nie kwestionował również pełnomocnictwa udzielonego przez spółkę Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia spółce FB Servis B Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, czym uznał, że zostało ono udzielone prawidłowo co oznacza, że zostało prawidłowo podpisane – czyli w sposób dający się zidentyfikować – przez umocowane do działania w imieniu spółki osoby. W ocenie Izby brak szczegółowej argumentacji w zakresie uzasadnienia tak postawionego zarzutu przez Odwołującego, jak również brak konsekwencji w kwestionowaniu identyfikowalności złożonych podpisów pod pełnomocnictwem oraz brak odniesienia się do tego elementu stanowią podstawę nieuwzględnienia tego zarzutu.

Izba nie uznała zarzutu w zakresie wątpliwego umocowania pana Juana Luisa Alcala Mataixa do podpisania Jedz-a spółki Cintra Services de Infrastructures S.A. konsorcjum FBServis w trakcie rozprawy przedstawiło dokument - Opinia prawna w sprawie uprawnień pana Juana Luisa Alcala Mataixa do reprezentowania Cintra Servicios De Infraestructuras S.A. złożona w języku hiszpańskim wraz z tłumaczeniem na język polski (dowód nr 8). Z argumentacji przedstawionej w trakcie rozprawy przez Konsorcjum FBServis oraz informacji płynących z ww. opinii wynika, że pan Juana Luisa Alcala Mataixa zgodnie z prawem hiszpańskim był umocowany do samodzielnego działania w imieniu Cintra Servicios De Infraestructuras S.A., bowiem „solidariamente” w kontekście zakresu umocowania pełnomocnika do reprezentacji należy tłumaczyć jako „samodzielne”. Wyrażenie „solidariamente” w kontekście prawnym oznacza „uprawnienie lub zobowiązanie, będące wspólne dla dwóch lub więcej podmiotów, które może lub musi być wykonane w pełni przez każdego z nich”; natomiast wyrażenie „mancomunado” w kontekście prawnym oznacza „zobowiązanie dwóch lub więcej osób do wykonania łącznie”. Podkreślenia ponownie wymaga, że argumentacja Konsorcjum FBServis podniesiona na rozprawie jak również zawarta w piśmie procesowym nie była w żaden sposób kwestionowana przez Odwołującego. Odwołujący nie podjął żadnej próby dowiedzenia swego stanowiska przez złożenie jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego tą argumentację. W tym zakresie Izba uznała, że zarzut się nie potwierdził.

Jednolity europejski dokument zamówienia stanowi oświadczenie „wstępne”, co nie było sporne pomiędzy stronami postępowania. Jednakże w ocenie Izby kluczowe, a w konsekwencji sporne jest określenie tego, co też oznacza, że Jedz jest oświadczeniem „wstępnym”. Zamiana sposobu prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego przez wprowadzenia Jedz-a miała na celu, jak wszyscy to potwierdzali odformalizowanie postępowania. Nie można jednakże odformalizowania postępowania polegającego na

zmniejszeniu obciążeń w zakresie wymagań dotyczących faktycznego (fizycznego) składania dookreślonych dokumentów rozumieć w ten sposób, że sprowadza się do zbagatelizowania, odstąpienia w efekcie od przedstawiania w Jedz-u informacji, które mają służyć wstępnej ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia. Podkreślić należy, że skoro wykonawca nie składa dokumentów innych niż Jedz, na tym etapie postępowania, to tym bardziej w Jedz muszą być zawarte precyzyjnie wszystkie informacje, które Zamawiający dotychczas mógł uzyskać z innych dokumentów składanych przez wykonawców wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym, informacje zawarte w Jedz-u mają być na tyle szczegółowe, aby na przykład na ich podstawie Zamawiający mógł stwierdzić czy dana dostawa/usługa/robota budowlana wskazana przez wykonawcę w celu wykazania potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu rzeczywiście miała taki zakres, jaki odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego warunkom udziału w postępowaniu. Zatem odformalizowanie postępowania, na które wskazywano, nie polega na tym, że nie podaje się informacji, bądź podaje się jakiegokolwiek informacji lecz na tym polega odformalizowanie procedury, że na etapie składania Jedz-a wykonawca zobowiązany jest do jasnego, precyzyjnego przedstawienia informacji, których ocena pozwoli na sprawdzenie zdolności wykonawcy i spełnienia przez niego warunków, a nie musi wykonawca na tym etapie postępowania składać dużej liczby dokumentów. Nie zmienia się bowiem sposób oceny i weryfikacji zdolności wykonawców, wszyscy muszą wykazać się spełnieniem warunków oraz w tym zakresie przedstawić stosowne zobowiązania w Jedz-u, czyli Jedz jest dokumentem kategoriowym jeżeli chodzi o wagę oświadczeń i informacji jakie wykonawca przedstawia za jego pomocą. Izba podkreśla, że złożenie oświadczeń przez wykonawców to nie jest test na umiejętność uzupełnienia Jedz-a ale faktyczne i realne odformalizowanie postępowania, które jednocześnie pozwala Zamawiającemu na prowadzenie weryfikacji wykonawców, którzy nie są zobowiązani do złożenia na tym etapie postępowania dokumentów. Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą będzie zobowiązany do przedstawienia dokumentów, które będą potwierdzały treść złożonych oświadczeń.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy zidentyfikował zakres niezbędnych informacji jakie miały się znajdować w złożonych oświadczeniach (Jedz), jednakże sposób podjętych przez Zamawiającego czynności był nieprawidłowy. Zamawiający dostrzegł problem w nieprawidłowym, co do treści, wypełnieniu oświadczeń przez poszczególnych wykonawców i podjął działania mające na celu uzupełnienie oświadczeń o informacje, które pozwalałaby Zamawiającemu na weryfikację wykonawców zgodnie z ukształtowanymi warunkami udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, że we wzorze Jedz w części IV

Kryteria kwalifikacji wymagane było zawarcie: opis, kwot, dat (start i zakończenie) oraz odbiorcy. Zamawiający natomiast w sposób bardzo precyzyjny określił wymagania odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu, opisując jakie to doświadczenie ma posiadać wykonawca i jakie doświadczenie oraz jakie kwalifikacje mają posiadać osoby zaangażowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Takie informacje powinny zostać podane w Jedz-u, bowiem odnośnie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nic się nie zmieniło poza tym, że to nie dokumenty są oceniane przez Zamawiającego, a złożone oświadczenie. W Instrukcji wypełnienia Jedz na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych również w sposób prosty można wyczytać, że informacje wykonawca przedstawia o ile Zamawiający określił konkretne wymagania. Wymagania Zamawiający określa w warunku udziału w postępowaniu. Brak podania informacji stanowiących odpowiedź na skonkretyzowane wymagania Zamawiającego, czyli brak złożenia oświadczeń powinien zostać uzupełniony przez Zamawiającego, a nie wyjaśniany.

Jednolity europejski dokument zamówienia, jak zostało to już wcześniej wskazane zawiera oświadczenie własne wykonawcy, a w zasadzie szereg oświadczeń, które stanowią odpowiedź na ukształtowane przez Zamawiającego wymagania. Ta wielość oświadczeń zawartych w Jedz-u powoduje, że tylko jedno lub kilka z tych oświadczeń może być błędnych, niepełnych – w takim przypadku, w ocenie Izby, Jedz może podlegać uzupełnieniu w zakresie właśnie tych zindywidualizowanych oświadczeń. Tym samym, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia określonych oświadczeń, wykonawca jest zobowiązany uzupełnić Jedz w tym właśnie zakresie. Niewątpliwie uzupełnienie Jedz-a w zakresie oświadczenia określonego przez Zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia wymaga także złożenia podpisów osoby/osób uprawnionych do jego podpisania przez wykonawcę, podmiot udostępniający zasoby czy też podwykonawcę w zależności od tego czyj, którego z podmiotów Jedz zostaje uzupełniany. Jednocześnie należy wskazać, że może powstać również sytuacja, w której Jedz w całości jest niewłaściwie złożony, np.: w sytuacji, gdy nie został podpisany – w takim przypadku niezbędne jest uzupełnienie całego dokumentu, oczywiście podpisanego we właściwym miejscu i prawidłowy sposób. Niewłaściwym w przypadku braku podpisu pod Jedz-em byłoby uzupełnienie tylko ostatniej strony dokumentu zawierającej podpis osoby/osób uprawnionych do jego podpisania, bowiem wykonawca, podmiot udostępniający zasoby czy też podwykonawca zobowiązany jest złożyć oświadczenia jakie w swej treści zawiera Jedz, a jakich wymagał Zamawiający. Podkreślenia wymaga, że gdyby wykonawca uzupełniając Jedz, który nie został podpisany złożył w uzupełnieniu tylko ostatnią jego stronę zawierającą podpis, to w zasadzie doszłoby do złożenia tylko oświadczeń zawartych na ostatniej stronie dokumentu, czego nie można byłoby uznać za prawidłowe uzupełnienie Jedz-a.

Resumując tą część Izba wskazuje, że w zależności od tego jaką wadę, brak zdiagnozuje Zamawiający w złożonym Jedz-u i wskaże w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu, w taki sposób będzie podlegał on uzupełnieniu, przy czym zawsze musi zostać podpisany przez osobę/osoby uprawnione do jego podpisania odpowiednio przez wykonawcę, podmiot udostępniający zasoby czy też podwykonawcę.

Izba w tym miejscu odwołuje się do uzasadnienia wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 maja 2017 roku sygn.. akt C-131/16, który kompleksowo przedstawia twierdzenia, które należy uznać za uniwersalne i podnoszone przez Trybunał we wcześniejszych orzeczeniach, a mianowicie: (25) „obowiązek przestrzegania przez instytucję zamawiającą zasady równego traktowania oferentów, mającej na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne (zob. w szczególności wyroki: z dnia 29 kwietnia 2004 r., Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 110; z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 33), która oddaje istotę zasad Unii dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (zob. w szczególności wyroki: z dnia 22 czerwca 1993 r., Komisja/Dania, C-243/89, EU:C:1993:257, pkt 33; z dnia 25 kwietnia 1996 r., Komisja/Belgia, C-87/94, EU:C:1996:161, pkt 51; z dnia 18 października 2001 r., SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, pkt 33), wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci znajdowali się na równorzędnej pozycji zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez tę instytucję zamawiającą (zob. wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 45; z dnia 24 maja 2016 r., MT Højgaard i Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, pkt 37).

26 Zasada ta wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom (wyroki: z dnia 25 kwietnia 1996 r., Komisja/Belgia, C-87/94, EU:C:1996:161, pkt 54; z dnia 12 grudnia 2002 r., Universale-Bau i in., C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 93; z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 33).

27 Zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją również na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy oferenta (zob. podobnie wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 36; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 31).

28 Dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa ona za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi

w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, ze szkodą dla innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania (wyrok z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 37).

29 Trybunał orzekł już również jednak przy innej sposobności, że zasada równego traktowania nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistych omyłek, przy czym należy jednak przestrzegać określonych wymogów [zob. podobnie, dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze przetargu ograniczonego podlegających dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114), wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 35–45, w odniesieniu do etapu oceny ofert; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 30–39, w odniesieniu do etapu preselekcji oferentów].

30 Po pierwsze, żądanie wyjaśnienia oferty, które może nastąpić dopiero po zapoznaniu się przez instytucję zamawiającą ze wszystkimi ofertami, powinno zostać skierowane w równoważny sposób do wszystkich oferentów znajdujących się w takiej samej sytuacji i powinno dotyczyć wszystkich wymagających wyjaśnienia punktów oferty (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 42–44; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 34, 35).

31 Ponadto żądanie to nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40; z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).

32 Wreszcie, korzystając z przysługującego jej swobodnego uznania w zakresie możliwości zwrócenia się do kandydatów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma generalny obowiązek traktować kandydatów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie kandydata lub kandydatów, do których żądanie takie skierowano (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 41; a także z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 37).

33 Żądanie wyjaśnień nie może jednak rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż instytucja

zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustanowionych przez samą siebie kryteriów (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40).” Przy czym należy zauważyć, że pod pojęciem „oferta” TSUE rozumie nie tylko ofertę *sensu stricto* ale również wszystkie dokumenty składane Zamawiającemu.

W rozpoznawanej sprawie Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 21 kwietnia 2017 roku tj. zawiadomienia o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Krajowy System Poboru Opłat wraz z czynnościami związanymi z Poborem Opłaty Elektronicznej oraz czynnościami związanymi z Poborem Opłaty za Przejazd” oraz nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności polegających na wezwaniu wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji podanych w jednolitych europejskich dokumentach zamówienia w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia. Nakazanie tych czynności przez Izbę było efektem prowadzonych przez Zamawiającego „niedozwolonych negocjacji” treści złożonych dokumentów, na co wskazuje szeroko w orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości. W ocenie Izby Zamawiający choć zidentyfikował problem braku podania w dokumentach wszystkich wymaganych informacji w sposób nieprawidłowy, z rażącym naruszeniem zastosował procedurę wyjaśnienia treści złożonych dokumentów oraz procedurę uzupełnienia dokumentów, którą w efekcie zastosował tylko do jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zaznaczać należy również, że sama procedura wyjaśnień była stosowana niejednokrotnie przez Zamawiającego w odniesieniu do poszczególnych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W efekcie tych nieprawidłowych czynności Zamawiającego Izba nakazała również unieważnienie czynności polegających na wezwaniu konsorcjum Nemzeti do złożenia oświadczeń podanych w jednolitych europejskich dokumentach zamówienia w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia.

Izba podkreśla, że czynności weryfikacji informacji jakie były niezbędne w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia Zamawiający dokonywał w oparciu o te, które wykonawcy przedstawili w dokumencie Jedz, jak również w oparciu o wyjaśnienia poczynione przez poszczególnych wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, na co sam Zamawiający wskazał podnosząc, że złożone wyjaśnienia stanowiły doprecyzowanie treści zawartych w Jedz-ach. Podkreślenia wymaga, że gdyby Zamawiający był w stanie w oparciu o zawarte w złożonych wraz z wnioskami oświadczeniach ocenić to czy dany wykonawca spełnia określone warunki nie wzywał by

wykonawców do doprecyzowania czegokolwiek w złożonych oświadczeniach. Odwoływanie się przez Zamawiającego na etapie postępowania odwoławczego do zasad i konieczności oceny wykonawców na tym samym poziomie szczegółowości przedstawionych informacji Izba traktuje jako swoisty zabieg procesowy, jednocześnie potwierdzający braki w złożonych oświadczeniach. Podkreślić należy również, że wykonawcy w trakcie rozprawy nie zgłaszali, nie podnosili, aby informacje jakie starał się w ramach wyjaśnień zgromadzić Zamawiający w jakimkolwiek zakresie wykraczały poza ukształtowane w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający, naruszając również zasady równego traktowania wykonawców wezwał tylko jednego z tych wykonawców do uzupełnienia dokumentów, co jest niedopuszczalne ze względu na równe traktowanie wykonawców w przypadku, w sytuacji gdy wszyscy wykonawcy znajdowali się w tej samej sytuacji, a jedynie (ewentualnie) zakres wezwania Zamawiającego był inny.

W związku z tym, że Izba uznała, że działania polegające na wzywaniu do wyjaśnień wykonawców, w czasie, gdy powinien Zamawiający wezwać wykonawców do złożenia w postępowaniu dokumentów wskazując jakiego zakresu informacji poszczególni wykonawcy nie podali w dokumentach, jak również mając na uwadze konieczność równego traktowania wykonawców w postępowaniu Izba nie jest władna na tym etapie postępowania rozstrzygać o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu jak i zweryfikować ocenę zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia. Podkreślić bowiem należy, że trudno jest oceniać dokonaną czynność, skoro cała czynność jest nieprawidłowa i dokumenty (oświadczenia) muszą zostać skompletowane. Podkreślić należy, że to Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o przedstawione dokumenty i złożone w nich oświadczenia, natomiast Izba dokonuje weryfikacji, w przypadku gdy któryś wykonawca nie zgadza się z dokonaną przez Zamawiającego oceną. Izba nie zastępuje w tych działaniach Zamawiającego, tym samym nakazując uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy nie może dokonać oceny spełnienia warunków w oparciu o informacje jakie zostały złożone w wyjaśnieniach, jak również nie może sanować nierównego traktowania wykonawców i dokonać oceny dokumentów złożonych przez wykonawcę wezwanego do ich uzupełnienia, bowiem czynność nie jest kompletna.

Na marginesie, w uzupełnieniu w odniesieniu do wcześniej poczynionego uzasadnienia odnośnie konieczności uzupełnienia podpisanych tłumaczeń Jedz-ów Izba podkreśla, że nie może dokonać również oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na to, że w tym zakresie Izba uznała, że brak jest wymaganych dokumentów przy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Izba podkreśla, że na moment orzekania w tej sprawie, z uwagi na nieuwzględnienie zarzutów odnoszących się do Jedz Cintra Servicios de Infrastructures S.A. Izba uznała, że konsorcjum FBServis wykazało spełnienia kwestionowanego przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z przedstawionymi przez konsorcjum FBServis na rozprawie dokumentami (dowód nr 9/1 i 9/2) System Manualnego Poboru opłat na Autostradzie Autopisata de la Costa del Sol odcinek Malaga – Estepona oraz odcinek Estepona – Guadiaro jest systemem składającym się z przynajmniej jednego Miejsca Poboru Opłat zdolnego do obsłużenia więcej niż 25 000 pojazdów na dobę oraz dla ww. odcinków System Manualnego Poboru Opłat składa się z ze sprzętu, oprogramowania, urządzeń i kabin poboru opłat na Miejscach Poboru Opłat. Podkreślenia wymaga, że w dokumencie pochodzącym z Ministerstwa Rozwoju, Zarządu Dróg Krajowych w Andaluzji Wschodniej, Oddział w Maladze, a przedstawionym przez konsorcjum FBServis potwierdzone zostało, że *System ręcznego poboru opłat wdrożony przez Autopisat del Sol (...) składa się z co najmniej jednego placu poboru opłat, zdolnego do obsługi ponad 25 000 pojazdów dziennie (łącznie w obu kierunkach)*. W ocenie Izby również argumentacja przedstawiona na rozprawie przez Zamawiającego oraz konsorcjum FBServis, jak również oparcie tej argumentacji o przedstawione w trakcie rozprawy dowody (dowód nr 3, 10, 11) prowadzi do wniosku, że konsorcjum FBServis wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że Odwołujący nie kwestionował przedstawionych przez uczestnika postępowania odwoławczego dowód.

W zakresie Konsorcjum Nemzeti, na moment orzekania w tej sprawie, odnośnie wykazanego doświadczenia dotyczącego wykonania bądź wykonywania usługi udostępniania OBU, nie można uznać za niespełniony warunek udziału w postępowaniu co do zakresu rzeczowego, na podstawie dokumentów jakie przedstawił Odwołujący (dowód nr 2 i 13), w przypadku, gdy Odwołujący nie przedstawił żadnych oficjalnych informacji w zakresie kwestionowanego doświadczenia.

TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA

W zakresie konsorcjum Skyweys, konsorcjum Comarch, konsorcjum S&T.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może

zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu. Przepis ten został znowelizowany ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 poz. 1232) i wprowadził istotną zmianę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z brzmieniem przepisu wykonawca, który zastrzega informacje podane we wniosku jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawodawca w art. 8 ust. 3 ustawy odesłał do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 nr 153, poz. 1503) w zakresie określenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.” Z przytoczonej definicji wynika, że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest spełnienie dwóch warunków: po pierwsze spełnione muszą zostać przesłanki w zakresie charakteru informacji a po drugie muszą zostać przez przedsiębiorcę podjęte działania w celu ochrony danych. Ustawodawca jednoznacznie w ustawie (Prawo zamówień publicznych) określił termin na zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jak również na wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wynika z powyższego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie.

Izba wskazuje, że to Zamawiający obowiązany jest do badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Niemniej to na wykonawcy obecnie ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tym samym ukształtowany w ustawie (Prawo zamówień publicznych) obowiązek należy odczytywać jako podjęcie przez wykonawcę niezbędnych działań w celu utrzymania niejawności złożonych informacji, co stanowi również wymóg konieczny, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do uznania, że informację objętą tajemnicą przedsiębiorstwa taką tajemnicą stanowią. Pamiętać bowiem należy, że to na podmiocie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek do dbania o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym przypadku działalności tego podmiotu. Natomiast zaniedbanie przez wykonawcę obowiązku utrzymania poufności danych informacji uniemożliwia powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów. Jeżeli wykonawca nie wykonał ciążących na nim obowiązków zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy to brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa w ofercie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w ofercie informacji. Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy nie pozostawia również wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić Zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych - równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, musi być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji.

Podkreślić należy, że to nie jakiejkolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. Zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc wykonawca, składając poufną informację ryzykuje, że zostanie ona ujawniona, jeżeli nie podoła obowiązkowi wykazania, że dana informacja rzeczywiście zasługuje na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dlatego nie wystarczą rozważania wykonawcy o charakterze ogólnym, podawanie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa czy powoływanie się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej – nie są to środki dowodowe, zmierzające do wykazania czegokolwiek. Pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy, rozumieć zatem należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać, którą wykonawcy są w stanie zarówno oświadczyć jak również są w stanie wykazać odpowiednimi dowodami.

Argumentacje zawarte w przedstawionych Zamawiającemu zastrzeżeniach tajemnicy przedsiębiorstwa są lakoniczne i ogólnikowe, hasłowe odnoszenie się do blankietowych określeń takich jak doświadczenie wymienione w zastrzeżonych dokumentach, które stanowi istotną wartość gospodarczą pozwalającą na prześledzenie aktywności gospodarczej oraz profilu odbiorców, w ocenie Izby nie stanowi uzasadnienia wyłączenia jednej z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. jawności postępowania. Samo odwoływanie się do fragmentów orzeczeń nie może również stanowić uzasadnienia danej sytuacji wykonawcy, który właśnie przez cytowanie fragmentów orzeczeń buduje

uzasadnienie decyzji zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji. Wykonawcy nie odwoływali się do orzeczeń wydanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia lecz do innych orzeczeń wydanych w innych sprawach. Budowanie uzasadnienia przez cytowanie fragmentów orzeczeń, które nie są opatrzone żadną szczegółową informacją odnoszącą się do zakresu informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa czy też nie eksponują poczynionego uzasadnienia podstaw objęcia danych treści tajemnicą przedsiębiorstwa, w efekcie stanowią jedynie o tym co Izba uznała (jakie elementy), bądź czego nie uznała za skutecznie chronione przez wykonawcę – jednocześnie nie stanowią uzasadnienia stanowiska wykonawców obejmujących dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa, bo te są zawsze indywidualne, jednostkowe i charakterystyczne dla danego podmiotu i sprawy. W zasadzie uprawnionym jest stanowisko, że samo odwoływanie się do haseł, bo tym są w zasadzie fragmenty orzeczeń, potwierdza lakoniczność i hasłowość złożonych przez wykonawców uzasadnień.

Wykonawca zastrzegając określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać Zamawiającemu, że określone zastrzeżone informacje posiadają dla wykonawcy określone wartości gospodarcze, handlowe i inne, a co może nastąpić np. przez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (np. znak towarowy, prawa autorskiego czy też unikalnego rozwiązania) posiadającej określoną wartość, którą można wycenić (waluta) i które to dobro jest przynależne uprawnionemu. Podkreślenia wymaga również, że przejawem wartości może być potencjalna szkoda po stronie wykonawcy, którą mógłby ponieść wykonawca, gdyby informację chronioną przez wykonawcę zostały upublicznione (podobnie wyrok KIO 851/15). W każdym przypadku, w którym wykonawca obejmuje ochroną dane informacje sytuacja jest inna, dlatego też sposób wykazania w każdym przypadku będzie mógł być inny, lecz zawsze wspólnym mianownikiem dla działań wszystkich wykonawców będzie konieczność skutecznego wykazania podstaw zastrzeżenia. Nie jest wystarczające jedynie ogólne odniesienie się do standardowych sformułowań mających swoje źródło np. w treści przepisów jak również niczym nie popartych oświadczeń wykonawców, że ujawnienie informacji narazi go na szkodę. Konieczne jest zatem wykazanie Zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ujawnienie informacji jakie zastrzegł wykonawca jako tajemnicę przedsiębiorstwa może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym wykonawca upatruje szkody, jak również wykazanie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Izba wskazuje również, że wykonawcy zastrzegają w wielu przypadkach informacje, które nie są ich własnością, a stanowią własność osób współpracujących z danymi wykonawcami lub własność innych podmiotów gospodarczych. W takich przypadkach wykonawca winien móc wykazać się konkretnymi zobowiązaniami

jakie łączą te podmioty z wykonawcami, a nie tylko odwoływać się do kluczowej i istotnej wartości gospodarczej oraz poczynionych zobowiązań, których w żaden sposób nie wykazują. Wykonawcy odwołują się również do różnych „polityk” ochrony informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa funkcjonujący u wykonawców, czy też podmiotów współpracujących z wykonawcami. Jednakże samo odwołanie się do takich uregulowań stanowi jedynie „blankietową informację”, której nie sposób traktować jaką uzasadnienie, bowiem chociażby odniesienie się do tego w jaki sposób, jaki zakres informacji objęty jest „politykami” i dlaczego wpisują się w to informację objętą tajemnicą przedsiębiorstwa oraz jaki skutek wywołałby ich ujawnienie po stronie wykonawcy stanowiło by wypełnienie treścią owej blankietowej informacji.

W ocenie Izby przedstawione przez wykonawców konsorcjum Skyways, konsorcjum Comarch oraz konsorcjum S&T uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są lakoniczne i ogólnikowe, hasłowe odnoszenie się do blankietowych określeń oraz fragmentów orzeczeń. Powyżej przedstawiona argumentacja Izby stanowi uzasadnienie dla nakazanych Zamawiającemu czynności ujawnienia informacji przedstawionych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum Skyways tj. zobowiązań podmiotów udostępniających zasoby oraz jednolity europejski dokument zamówienia w części II i IV sekcja C podmiotów udostępniających zasoby w zakresie wykazanego przez te podmioty doświadczenia, a także nakazanie Zamawiającemu ujawnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez konsorcjum Comarch przez podanie projektów, które zostały podane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych przez Zamawiającego w pismach z dnia 13 marca 2017 roku na stronie 5 i 30 marca 2017 roku na stronie 2. Izba nakazała również Zamawiającemu ujawnienie informacji przedstawionych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez konsorcjum S&T zawartych na stronach 119 do 159 złożonych dokumentów (wniosku). Wniosek Odwołującego zawarty w petitum odwołania odnosił się do udostępnienia Odwołującemu dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania i w takim zakresie, rozważając zarzuty odnośnie powyżej wskazanych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Izba nakazała ujawnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa uwzględniając jednocześnie zakres informacji jakich ujawnienia żądał Odwołujący.

W zakresie wniosku konsorcjum FBServis oraz wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Egis Projects S.A. z siedzibą w Saint Quentin –Yvelines

Cedex, Francja; Egis Electronic Tool Collection Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; TK Telekom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „konsorcjum Egis”) Izba podkreśla, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna.

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym

jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej." Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia."

Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne

mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Przenosząc powyższe twierdzenia Sądu Najwyższego na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest w zasadzie wnioskiem zarówno w przypadku konsorcjum FBServis jak i konsorcjum Egis, brak jest natomiast w zupełności jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie. Zaznaczając, że odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów, w rozpoznawanej sprawie odwołanie w zakresie wskazanych na wstępie odwołania naruszeń przepisów nie zawierało wszystkich koniecznych elementów – nie zawierało jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego - co zostało wykazane powyżej. W rozpoznawanej sprawie, w tym zakresie, w zasadzie nie wiadomo dlaczego Odwołujący wskazują naruszenie przepisów – dlatego też odnośnie konsorcjum FBServis i konsorcjum Egis Izba nie stwierdziła naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 96 ust. 3 ustawy wskazywanych przez Odwołującego na wstępie odwołania.

W zakresie podnoszonego w uzasadnieniu odwołania sformułowania, że Odwołujący wnosi o udostępnienie utajnionych części wniosków, które nie został Odwołującemu ujawnione w postaci dokumentów lub oświadczeń zanonimizowanych Izba wskazuje, że jak powyżej – i w tym zakresie pozostaje aktualna powyżej zaprezentowana argumentacja Izby - zarzut w tym zakresie nie został postawiony, dokumenty i oświadczenia ,których ujawnienia żąda Odwołujący nie zostały wskazane jak również nie zostało określone i wyjaśnione przez Odwołującego, co rozumie przez udostępnienie dokumentów zanonimizowanych oraz w jakiej części i jak w przypadku poszczególnych dokumentów miałyby nastąpić ich zanonimizowanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 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. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący:

Przewodniczący

Członkowie:

Marie Orayishue
Poeo



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Magdalena Grabarczyk
Magdalena Grabarczyk