

Sygn. akt: KIO 1751/17

Departament Postępowan i przetargowych
Wpłynęło dnia 25. 09. 17
Numer 919
SEKRETARIAT

WUPIS Wykonawca

A. Karimierah

TP 25092017

WYROK

z dnia 14 września 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

GENERALNA DYREKCJA DRÓG KRAJOWYCH I AUTOSTRAD
OTRZYMANO Nr 21386
dnia 25. 09. 2017
SKIEROWANO DO: DPR

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Aneta Młacka
Renata Tubisz
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniach 5, 6, 7 i 13 września 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2017 roku przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum K.O.I.T. - Krajowy Operator Infrastruktury Transportowej w składzie Kapsch Telematic Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35, Kapsch TrafficCom AG z siedzibą w Austrii w Wiedniu, Am Europlatz 2, Kapsch TrafficCom Transportation NA Inc. z siedzibą w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej w Stanie Michigan, w Plymouth, Ann Arbor RD. E. Suite 201

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: FBSerwis B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; ul. Stawki 40, Cintra Global Ltd z siedzibą w Oxfordzie, Anglia, Edmund Halley Road, The Sherard Building; Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia, Avenida Duque D'Avila 46-8º; Cintra Toll Services LLC z siedzibą w Wilmington Stany Zjednoczone Ameryki Północnej, Great Hills Trail, Suite 250E, 78759 Austin, 1290 Orange Street, Delaware 19801 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1751/17 po stronie Zamawiającego,

- B.** wykonawcy SkyToll a.s. z siedzibą w Bratysławie, Słowacja, ul. Lamačská cesta 3/A zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1751/17 po stronie Zamawiającego,
- C.** wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie; Al. Jana Pawła II 39A Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Skierniewicka 10A; Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 260; BT Signaal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Jana III Sobieskiego 2 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1751/17 po stronie Zamawiającego,
- D.** wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D; Conduent State & Local Solutions Inc. z siedzibą w Fairfax, Stanach Zjednoczonych Ameryki, 8260 Willow Oaks Corporate Drive Północnej ; Vitronic Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy, Hasengartenstraße 14 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1751/17 po stronie Zamawiającego,
- E.** wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Nemzeti Utdijfizetesi Szolgálat Zártkörűen működő Részvénytársaság z siedzibą w Budapeszcie, Węgry, ul. Váci út 45B; i-Cell Mobilsoft Zártkörűen működő Részvénytársaság z siedzibą w Budapeszcie, Węgry, Gizella út 51-57 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1751/17 po stronie Zamawiającego,
- F.** wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Egis Projects S.A. z siedzibą w Saint Quentin –Yvelines Cedex, Francja, 15 Avenue du Centre-CS; Egis Electronic Tool Collection Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 53; TK Telekom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kijowska 10/12A zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1751/17 po stronie Zamawiającego,
- G.** wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum SKYWAYS: Leadville Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, al. Jerozolimskie 56C, Strabag Motorway GmbH Ortenburgerstrasse 27 9800 Spittal an der Drau, Austria zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1751/17 po stronie Zamawiającego,
- H.** wykonawcy Catterick Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Królewska 16 zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1751/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącej wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum SKYWAYS: Leadville Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, al. Jerozolimskie 56C, Strabag Motorway GmbH Ortenburgerstrasse 27 9800 Spittal an der Drau, Austria i nakazuje zamawiającemu wykluczenie tych wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy, gdyż wykonawcy ci działając niedbale wprowadzili zamawiającego w błąd co do tego, że w projektach austriackim system poboru opłat na autostradach GO Maut, czeskim systemie poboru opłat od samochodów ciężarowych i białoruskim systemie poboru opłat od samochodów ciężarowych pan Peter Spannagl zajmował stanowisko zastępcy kierownika projektu oraz wprowadzili w błąd co do tego, że pan Peter Spannagl uzyskał 3 letnie doświadczenie zawodowe w ramach austriackiego systemu poboru opłat od samochodów ciężarowych „Ecopoints” na stanowisku kierownika projektu
2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,
3. Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53** i:
 - 2.1 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 w składzie **Kapsch Telematic Services** spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35, **Kapsch TrafficCom AG** z siedzibą w Austrii w Wiedniu, Am Europlatz 2, **Kapsch TrafficCom Transportation NA Inc.** z siedzibą w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej w Stanie Michigan, w Plymouth, Ann Arbor RD. E. Suite 201 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum K.O.I.T. - Krajowy Operator Infrastruktury Transportowej w składzie **Kapsch Telematic Services** spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35, **Kapsch TrafficCom AG** z siedzibą w Austrii w Wiedniu, Am Europlatz 2, **Kapsch TrafficCom Transportation NA Inc.** z siedzibą w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej w Stanie Michigan, w Plymouth, Ann Arbor RD. E. Suite 201

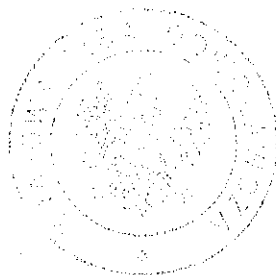
Arbor RD. E. Suite 201 kwotę 15 000 zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017r. poz. 1579) 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: *Agnieszka Trzcińska*

Członkowie:

..... *[Signature]*
..... *[Signature]*



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

[Signature] E S
Krajowej Izby Odwoławczej
Małgorzata Rakowska

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.

W dniu 11 sierpnia 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 21 sierpnia 2017r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum K.O.I.T. - Krajowy Operator Infrastruktury Transportowej w składzie Kapsch Telematic Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35, Kapsch TrafficCom AG z siedzibą w Austrii w Wiedniu, Am Europlatz 2, Kapsch TrafficCom Transportation NA Inc. z siedzibą w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej w Stanie Michigan, w Plymouth, Ann Arbor RD. E. Suite 201 wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch pełnomocników dalszych działających na podstawie pełnomocnictw :

- udzielonych r.pr. Grażynie Kuźma –Fąferek w dniu 27 kwietnia 2017 przez pełnomocnika bliższego reprezentującego Kapsch TrafficCom Transportation NA i Kapsch TrafficCom AG,
- udzielonych r.pr. Grzegorzowi Wicikowi w dniu 16 maja 2017r. przez pełnomocnika Za pełnomocnika bliższego działał wspólnik upoważniony do reprezentacji pełnomocnika, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

Pełnomocnik bliższy działał na podstawie pełnomocnictw: udzielonych przez Kapsch Telematic Services sp. z o.o. w dniu 16 stycznia 2017r. i podpisanych przez dwóch członków zarządu, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS, udzielonych przez Kapsch TrafficCom AG w dniu 17 stycznia 2017r. i podpisanych przez dwóch prokurentów ujawnionych w zbiorze notarialnym w Wiedniu, udzielonych przez Kapsch TrafficCom Transportation NA w dniu 11 stycznia 2017r. i podpisanych przez Prezesa i Dyrektora Finansowego, których prawidłowość reprezentacji potwierdzono notarialnie.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 21 sierpnia 2017r.

Odwołujący wskazał, że odwołanie jest wnoszone na:

- 1) 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 Spittai 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 Egis Projects S.A. z siedzibą w Saint Quentin-en-Yvelines Cedex, Egis Elektronie Toll Collection Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i TK Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
 - g) Konsorcjum złożonego z Nemzeti Útdíjfizetési Szolgálat Zrt (National Toll Payment Services Pic.) z siedzibą w Budapeszcie, Węgry oraz i-Cell Mobilsoft Zrt (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, a w przypadku wykonawców, o których mowa w lit. b), c), e) i f), dodatkowo z uwagi na to, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełniają warunki udziału w postępowaniu, względnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a w przypadku wykonawców, o których mowa w lit. c) i

d) również z uwagi na to, że wykonawcy ci zawarli pomiędzy sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu;

2) zaproszenie do dialogu konkurencyjnego wykonawców, o których mowa w pkt 1), pomimo że wykonawcy ci nie spełnili warunków udziału w postępowaniu;

3) 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.

Zarzucał zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

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 Egis Projects S.A. z siedzibą w Saint Quentin-en-Yvelines cedex, Egis Elektronie Toll Collection Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i TK Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- g) Konsorcjum złożonego z Nemzeti Gtdijfizetesi Szolgaltató Zrt (National Toll Payment Services Pic.) z siedzibą w Budapeszcie, Węgry oraz i-Cell Mobilsoft Zrt (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. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców:

- a) 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;
- b) 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;
- c) 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
- d) Konsorcjum Egis Projects S.A. z siedzibą w Saint Quentin-en-Yvelines cedex, Egis Elektronie Toll Collection Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i TK Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

- pomimo, że wykonawcy ci w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełniają warunki udziału w postępowaniu;

3. względnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców;

a) 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;

b) 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;

c) 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;

d) Konsorcjum Egis Projects S.A. z siedzibą w Saint Quentin-en-Yvelines cedex, Egis Elektronie Toll Collection Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i TK Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

- pomimo, że wykonawcy ci w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

4. art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców;

a) 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;

b) SkyToll a.s. z siedzibą w Bratysławie, Słowacja;

- pomimo, że wykonawcy ci zawarli pomiędzy sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu;

5. art. 60d ust. 2 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie i zaproszenie do dialogu konkurencyjnego wykonawców, o których mowa w pkt 1) powyżej, pomimo że nie spełniają oni warunków udziału w postępowaniu;

6. art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy przez ich niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji nieuzasadnione uznanie za skuteczne dokonanego przez wykonawcę, o którym mowa w pkt 1 lit. b) powyżej zastrzeżenia jako niepodlegających ujawnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i wskutek czego nieudostępnienie całości załączników do protokołu postępowania;

7. pozostałych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W związku z podniesionymi zarzutami, wnoszę o:

1) uwzględnienie odwołania; oraz

2) 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 Egis Projects S.A. z siedzibą w Saint Quentin-en-Yvelines cedex, Egis Elektronie Toll Collection Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i TK Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Egis”);

(vii) Konsorcjum złożonego z Nemzeti Ljttdijfizeseti Szolgaltató Zrt (National Toll Payment Services Pic.) z siedzibą w Budapeszcie, Węgry oraz i-Cell Mobilsoft Zrt (i-Cell Mobilsoft Zrt.) z siedzibą w Budapeszcie, Węgry (dalej: „Nemzeti”),

c) unieważnienia oraz powtórzenia czynności zaproszenia do dialogu konkurencyjnego oraz,

d) udostępnienia odwołującemu stanowiących załączniki do protokołu postępowania dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania,

e) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia.

Interes odwołującego w rozumieniu art 179 ust 1 ustawy

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 niniejszej 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 uważa, że 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, iż odwołujący może nie uzyskać zamówienia i tym samym ponieść szkodę wobec nie pozyskania kontraktu.

Odwołujący wskazał, że jego interes wyraża się również w tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami prawa.

Odwołujący wskazał, że w dniu 21 kwietnia 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Poinformował, że warunki udziału w postępowaniu spełniają wszyscy wykonawcy, którzy w wyznaczonym terminie złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Od wyników oceny odwołał się Odwołujący, wnosząc o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia oraz powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenia tej czynności,
- b) wykluczenia z postępowania wykonawców:
 - (i) wykonawcy Catterick;
 - (ii) konsorcjum SKYWAYS;
 - (iii) konsorcjum Comarch;
 - (iv) wykonawcy SkyToll;
 - (v) konsorcjum S&T Services Polska;
 - (vi) konsorcjum FBSEWIS B";
 - (vii) konsorcjum Nemzeti,
- 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 konsorcjum 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.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na następujące załączniki do protokołu postępowania:

- 1) w zakresie wykonawcy Catterick - daty zakończenia projektu „Pasy szybkiego ruchu na autostradzie I-85 wraz z zapleczem technicznym”;
- 2) w zakresie Konsorcjum SKYWAYS:

- a) zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby,
- b) odpisów z rejestrów handlowych podmiotów udostępniających zasoby,
- c) jednolitych europejskich dokumentów podmiotów udostępniających zasoby w zakresie części II i IV, sekcja C
- d) wyjaśnień dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

3) w zakresie Konsorcjum Comarch:

- a) zadania realizowane na rzecz podmiotów publicznych wskazane w pismach z dnia 13 marca 2017 roku na stronie 5 i 30 marca 2017 roku na stronie 2,

- b) pozostałe utajnione części wniosku;

4) w zakresie Konsorcjum S&T Services Polska

- a) informacje przedstawione na stronach 119 do 159 wniosku;

- b) ostatnia strona polskojęzycznej wersji jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia podmiotu Vitronic Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy;

5) w zakresie konsorcjum Egis Projects S.A. - utajnione części wniosku.

zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił odwołanie w części, odtajniasjąc:

- w zakresie wykonawcy Catterick datę zakończenia projektu „Pasy szybkiego ruchu na autostradzie I-85 wraz z zapleczem technicznym”

- w zakresie Konsorcjum SKYWAYS odpisy z rejestrów handlowych podmiotów udostępniających zasoby

- w zakresie Konsorcjum S&T Services Polska ostatnią stronę polskojęzycznej wersji jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia podmiotu Vitronic Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy.

W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO”) wyrokiem z dnia 8 czerwca 2017 r. (KIO 888/17) w pkt 1 umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

zarzutu zaniechania odtajnienia, z pisma z dnia 20 marca 2017 roku od wykonawcy Catterick 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 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 Konsorcjum S&T Services Polska (pkt 1)

Z kolei w pkt 2 KIO uwzględniła odwołanie i 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”;

unieważnienie czynności polegających na wezwaniu (wszystkich biorących udział w postępowaniu) 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;

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.

wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawców:

- konsorcjum SKYWAYS,
- konsorcjum Comarch,
- wykonawcy SkyToll a.s.,
- konsorcjum Nemzeti

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.

wezwanie Konsorcjum S&T Services Polska do uzupełnienia podpisanego jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia spółki S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

wezwanie Konsorcjum FBSEWIS B 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.

ujawnienie informacji przedstawionych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Konsorcjum SKYWAYS tj. zobowiązań podmiotów udostępniających zasoby oraz jednolitych europejskich dokumentów zamówienia w części II i IV sekcja C podmiotów udostępniających zasoby w zakresie wykazanego przez te podmioty doświadczenia.

ujawnienie informacji przez podanie projektów, które zostały podane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Comarch a wskazanych przez zamawiającego w pismach z dnia 13 marca 2017 roku na stronie 5 i 30 marca 2017 roku na stronie 2.

ujawnienie informacji przedstawionych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Konsorcjum S&T Services Polska tj. strony 119 do 159 złożonych dokumentów.

W pozostałym zakresie KIO oddaliła odwołanie (pkt 3).

Zamawiający stwierdzając brak informacji wymaganych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wzywał wykonawców do wyjaśnień. Dopiero, gdy na podstawie analizy złożonych wyjaśnień, często wielokrotnych, dochodził do ostatecznego wniosku, że dany projekt lub osoba skierowana do realizacji zamówienia nie spełnia warunku w zakresie odpowiednio doświadczenia albo doświadczenia lub kwalifikacji zawodowych, wzywał do uzupełnienia treści oświadczeń zawartych w jednolitych dokumentach zamówienia. W rezultacie zamawiający wezwał tylko jednego wykonawcę - konsorcjum Nemzeti do uzupełnienia dokumentów. Tymczasem powinien był w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwać do uzupełnienia dokumentów także innych wykonawców, którzy złożyli niekompletne jednolite europejskie dokumenty zamówienia.

Odwołujący zwrócił w odwołaniu uwagę na te nieprawidłowości, wskazując, że skoro wykonawcy nie uzupełnili jednolitych europejskich dokumentów zamówienia, to należy uznać, że mimo złożenia wyjaśnień formalnie nadal nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

KIO podzieliła stanowisko odwołującego. Punktem wyjścia rozważań KIO było przypomnienie, że celem wprowadzenia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej również: „JEDZ”) było odformalizowanie postępowania przez zastąpienie wielu dokumentów jednym dokumentem. Nie można jednak takiego odformalizowania postępowania rozumieć w ten sposób, że sprowadza się ono do odstąpienia w efekcie przedstawiania w JEDZ 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 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 jakiekolwiek informacje, lecz na tym polega odformalizowanie procedury, że na etapie składania JEDZ 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 (s. 62 wyroku).

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. Brak podania informacji stanowiących odpowiedź na skonkretyzowane wymagania zamawiającego, czyli brak złożenia oświadczeń powinien zostać uzupełniony, a nie wyjaśniany. Zamawiający dostrzegł problem w nieprawidłowym, co do treści, wypełnieniu oświadczeń przez poszczególnych wykonawców i podjął działania mające na celu uzupełnienie oświadczeń o informacje, które pozwalałyby 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.

Następnie KIO podała powody, dla których nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 21 kwietnia 2017 roku tj. zawiadomienia o wynikach oceny spełnienia warunków udziału 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 Unii Europejskiej. W ocenie KIO zamawiający choć zidentyfikował problem braku podania w dokumentach wszystkich wymaganych informacji w sposób nieprawidłowy, z rażącym naruszeniem ustawy zastosował procedurę wyjaśnienia treści złożonych dokumentów oraz procedurę uzupełnienia dokumentów, którą w efekcie zastosował tylko do jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. konsorcjum Nemzeti. Odwołujący zaznaczył również, że sama procedura wyjaśnień była stosowana niejednokrotnie przez zamawiającego w odniesieniu do poszczególnych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę 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 względzie konieczność równego traktowania wykonawców w postępowaniu KIO uznała, że nie jest władna na tym etapie postępowania rozstrzygać o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu jak i zweryfikować ocenę zdolność wykonawców do należytego wykonania zamówienia. Podkreślić bowiem należy, że trudno jest ocenić 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 spośród wykonawców 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.

W celu wykonania wyroku KIO z dnia 8 czerwca 2017 r. (KIO 888/17) zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2017 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności polegającej na zawiadomieniu wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Następnie pismami z dnia 5 lipca 2017 r. zamawiający poinformował osobno każdego z wykonawców, że unieważniania czynności polegające na wezwaniu wyjaśnień w zakresie informacji podanych w jednolitych europejskich dokumentach zamówienia złożonych wraz z

wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający również unieważnił czynności polegające na wezwaniu konsorcjum Nemzeti do złożenia oświadczeń podanych w jednolitych europejskich dokumentach zamówienia w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Wykonując dalsze dyspozycje wyroku KIO z dnia 8 czerwca 2017 r. zamawiający przyjął szeroką ich wykładnię. W wyroku KIO nakazała zamawiającemu wezwanie, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, wykonawców do uzupełnienia oświadczeń podanych w jednolitych europejskich dokumentach zamówienia w zasadzie w granicach zarzutów postawionych w odwołaniu. Jednakże zamawiający mając na względzie zarówno rozstrzygnięcie KIO w przedmiocie nakazania unieważnienia czynności polegających na wezwaniu wszystkich biorących udział w postępowaniu wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji podanych w jednolitych dokumentach zamówienia, jak i zasadę równego traktowania wykonawców, dokonał autokorekty swoich wcześniejszych czynności. Kierując się motywami wyroku KIO wezwał pismami z dnia 5 lipca 2017 r. wszystkich wykonawców do uzupełnienia oświadczeń w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w takim zakresie, w jakim wynikało to z uzasadnienia wyroku z dnia 8 czerwca 2017 r. W tym miejscu odwołujący powtórzył jeszcze raz fragment uzasadnienia ww. wyroku, które oddaje jego istotny sens:

„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”

W praktyce działanie zamawiającego wywarło taki skutek, jakby czynność oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wszystkich wykonawców została dokonana całkowicie od nowa. W zasadzie bowiem wszystkie kwestie, które były przedmiotem wyjaśnień treści JEDZ na etapie pierwotnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wymagały uzupełnienia oświadczeń zawartych w jednolitych europejskich dokumentach zamówienia.

Wreszcie pismami z dnia 19 lipca 2017 r. wykonując wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2017 r. zamawiający ujawnił wykonawcom, którzy złożyli wnioski o wgląd do dokumentacji postępowania, informacje opisane w sentencji tego wyroku.

W dniu 11 sierpnia 2017 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego informację o wynikach powtórnej 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.

Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania następujących wykonawców: Catterick, SKYWAYS, Comarch, SkyToll, Egis, S&T Services Polska i Nemzeti pomimo tego, że wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia.

W tym samym dniu zamawiający zaprosił zakwalifikowanych wykonawców do dialogu konkurencyjnego.

W dniu 11 sierpnia 2017 r. odwołujący zwrócił się z prośbą o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami. Tego samego dnia zamawiający udostępnił odwołującemu w postaci elektronicznej protokół z postępowania wraz z załącznikami. Odwołujący zaznaczył, że udostępnione odwołującemu załączniki do protokołu były niekompletne, co zostało wykazane w dalszej części niniejszego odwołania. Zamawiający zaniechał udostępnienia części uzupełnionych dokumentów (przede wszystkim uzupełnionych jednolitych europejskich dokumentów zamówienia), 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.

I. Zarzuty dotyczące wniosku Catterick

W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Caterick Investments Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej w niniejszym pkt zwany „Wykonawcą”) polega wyłącznie na zasobach podmiotów trzecich, tj:

(a) Autostradę Tech S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Włochy:

- w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej (warunek określony w pkt III.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),

oraz

(b) Electronic Transaction Consultants Corporation z siedzibą w Richardson, Stany Zjednoczone, w zakresie warunków określonych w pkt III.1.3)a)l.1-5 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 3.1.3.a)l. 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).

Zamawiający, wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2017 r. (KIO 888/17), pismem z dnia 5 lipca 2017 wezwał wykonawcę do uzupełnienia JEDZ - w odniesieniu do wszystkich usług, które zostały wykonane i wdrożeń - przez podanie w treści JEDZ informacji, czy ww. zakończone usługi i wdrożenia zostały doprowadzone do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu.

Zgodnie z wymaganiami określonymi pkt 3.1.3) a) IdD, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, za wykonanie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow oraz Usługi Udostępniania OBU i wykonanie wdrożenia, zamawiający uznaje doprowadzenie do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu.

W złożonym przez wykonawcę formularzu JEDZ jak i w formularzach JEDZ złożonych przez wymienione wyżej podmioty udostępniające, brakowało informacji dotyczącej doprowadzenia do podpisania przez obie strony (tj. przez wykonawcę i zamawiającego) protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu. W związku z tym zamawiający prawidłowo wezwał do uzupełnienia w tym zakresie formularzy JEDZ - w odniesieniu do wszystkich usług, które zostały wykonane oraz w odniesieniu do wdrożeń, które zostały zakończone. Zgodnie z wezwaniem zamawiającego, zarówno Wykonawca jak podmioty udostępniające miał uzupełnić formularze JEDZ w ten sposób, aby podać jednoznaczną informację czy po zakończeniu wymienionych wyżej usług oraz wdrożeń został podpisany przez obie strony protokół odbioru lub inny równoważny dokument.

Wykonawca wraz z pismem z dnia 20 lipca 2017r. złożył uzupełniony własny formularz JEDZ jak i uzupełnione formularze JEDZ podmiotów udostępniających tj. JEDZ Electronic Transaction Consultants Corporation oraz JEDZ Autostradę Tech S.p.A.

Należy stwierdzić, że poprawiona - nowa treść oświadczeń JEDZ dotyczących podmiotów udostępniających zasoby nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu przez oba wymienione wyżej podmioty udostępniające.

Uzupełniony formularz JEDZ Electronic Transaction Consultants Corporation

W uzupełnionym formularzu JEZD złożonym przez Electronic Transaction Consultants Corporation w języku angielskim (wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski) nadal brakuje informacji, do której uzupełnienia wzywał zamawiający w opisywanym wezwaniu. Electronic Transaction Consultants Corporation nie podał bowiem w uzupełnionym formularzu JEDZ informacji niezbędnej do uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z pkt 3.1 3) a) IdD. Na stronie 17 uzupełnionego formularza JEDZ w języku angielskim (odpowiednio str. 18 tekstu tłumaczenia przysięgłego) - tekst pisany dużą czcionką - Electronic Transaction Consultants Corporation potwierdza, że cyt.

„Usługi wsparcia czynności kontrolnych wykonane przez ETCC zostały ukończone i prawidłowo przekazane klientom. Zakończenie świadczenia usług/wykonanie robót było potwierdzone testami końcowymi wykazującymi prawidłowe wykonanie zamówienia. Poświadczeniem należytego wykonania i przekazania zamawiającemu usług wsparcia czynności kontrolnych może być oświadczenie zamawiającego - Dyrekcji Dróg i Autostrad Płatnych Stanu Georgia o prawidłowym wykonaniu usług oraz korespondencja z zamawiającym w sprawie osiągnięcia przez ETCC ostatniego z kamieni milowych projektu (tj. ostatecznej akceptacji systemu, eng: „final system acceptance”) „

Cytowany powyżej fragment formularza JEDZ nie potwierdza spełnienia przez Electronic Transaction Consultants Corporation warunku dalszego udziału w postępowaniu. Dla pozytywnej weryfikacji wykonania przedmiotowych Usług oraz Wdrożeń zamawiający wymaga wykazania że podmiot udostępniający dorzucił do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu. Electronic Transaction Consultants Corporation w poprawionym formularzu JEDZ nie wykazuje się faktem posiadania takiego dokumentu. Dodatkowo użyty w formularzu tryb przypuszczający „may be confirmed” czyli „może być potwierdzone” w oryginalnym tekście angielskim nakazuje wątpić czy w ogóle istnieje w tym zakresie jakikolwiek dokument. Wyrażenie „może być potwierdzone” odnosi się bowiem do przyszłości i nie potwierdza istnienia odpowiedniego dokumentu. Należy przy tym podkreślić, że zgodnie z IdD zamawiającemu nie chodzi o jakikolwiek dokument który może potwierdzać. Zamawiający wyraźnie określił zasady uznawania spełnienia wymagań określonych w pkt I i II IdD i uznawania Usług i Wdrożeń za wykonane jest to mianowicie doprowadzenie do podpisania protokołu lub innego równoważnego dokumentu przez obie strony - czyli zamawiającego i wykonawcę.

W związku z powyższym uzupełnienie informacji zawartych w oświadczeniu JEDZ jakie zamawiający otrzymał od Electronic Transaction Consultants Corporation należało uznać za

niepotwierdzające spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji należy uznać że Wykonawca nie wykazał w sposób prawidłowy, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Uzupełniony formularz JEDZ Autostradę Tech S.p.A

W uzupełnionym formularzu JEZD złożonym przez Autostradę Tech S.p.A w języku angielskim (wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski) nadal brakuje informacji do której uzupełnienia wzywał zamawiający. Autostradę Tech S.p.A nie podał bowiem w uzupełnionym formularzu JEDZ informacji niezbędnej do uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z pkt 3.1 3) a) IdD. Na stronie 19 uzupełnionego formularza JEDZ w języku angielskim (odpowiednio str. 17 tekstu tłumaczenia przysięgłego) - tekst pisany dużą czcionką - Autostradę Tech S.p.A potwierdza, że cyt.

„Wdrożenie Elektronicznego systemu poboru opłat typu FREE-FLOW wykonane przez Autostradę Tech S.p.A zostały ukończone i prawidłowo przekazane klientom. Zakończenie świadczenia usług/wykonanie robót było potwierdzone testami końcowymi wykazującymi prawidłowe wykonanie zamówienia. Poświadczeniem należytego wykonania i przekazania zamawiającemu wdrożenia elektronicznego systemu poboru opłat typu FREE-FLOW może być oświadczenie zamawiającego - Pedelombards S.C.P.A. o prawidłowym wykonywaniu i odbiorze wdrożenia oraz dokumentacja dotycząca zakończonych z powodzeniem testów eksploatacyjnych.

Cytowany powyżej fragment formularza JEDZ nie potwierdza spełnienia przez Autostradę Tech S.p.A warunku dalszego udziału w postępowaniu. Dla pozytywnej weryfikacji wykonania przedmiotowych Usług oraz Wdrożeń zamawiający wymaga wykazania, że podmiot udostępniający dorowadził do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu. Autostradę Tech S.p.A w poprawionym formularzu JEDZ nie wykazuje się faktem posiadania takiego dokumentu. Dodatkowo użyty w formularzu tryb przypuszczający „may be confirmed” po polsku „może być potwierdzone” - w oryginalnym tekście angielskim nakazuje wątpić czy w ogóle istnieje w tym zakresie jakikolwiek dokument. Wyrażenie „może być potwierdzone” odnosi się bowiem do przyszłości i nie potwierdza istnienia odpowiedniego dokumentu. W tym miejscu trzeba także zwrócić uwagę na nie do końca prawidłowe tłumaczenie całego zdania na język polski w załączonym tłumaczeniu przysięgłym formularza JEDZ. Należy przy tym podkreślić, że zgodnie z IdD zamawiającemu nie chodzi o jakikolwiek dokument, który może potwierdzać spełnienie warunków uczestnictwa w dalszym postępowaniu. Zamawiający wyraźnie określił zasady uznawania spełnienia wymagań określonych w pkt I i II IdD i uznawania Usług i Wdrożeń za wykonane, jest to mianowicie doprowadzenie do podpisania protokołu lub innego równoważnego dokumentu przez zamawiającego i wykonawcę czyli przez obie strony.

W związku z powyższym uzupełnienie informacji zawartych w oświadczeniu JEDZ jakie zamawiający otrzymał od Electronic Transaction Consultants Corporation należało uznać za niepotwierdzające spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji należy uznać, że wykonawca nie wykazał w sposób prawidłowy, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

III. Zarzuty dotyczące wniosku konsorcjum SKYWAYS

1. Kierownik ds. Wdrożenia oraz Ekspert ds. Wdrożenia IT

Konsorcjum SKYWAYS (dalej w niniejszym pkt III „Wykonawca”) do pełnienia funkcji Kierownika ds. Wdrożenia oraz Eksperta ds. Wdrożenia IT posiadającego wymagane warunkiem pkt 3.1.3) b) 1. oraz 5. wskazało p. Petera Spannagla. Celem potwierdzenia spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu wykonawca polega na zasobach podmiotu udostępniającego zasoby tj. EFKOM AG. Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawca złożył JEDZ EFKOM AG oraz zobowiązanie do udostępnienia p. Petera Spannagla, zastrzegając, iż informacje zawarte w tych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Pismem z dnia 19 lipca 2017 r. wykonując wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2017 r. zamawiający ujawnił zastrzeżone informacje.

Zamawiający pismem z dnia 5 lipca 2017r. wezwał konsorcjum Skyways (dalej w niniejszym pkt zwany „wykonawcą”) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia JEDZ w zakresie wskazanego przez wykonawcę do pełnienia funkcji Kierownika ds. Wdrożenia oraz Eksperta ds. Wdrożenia IT p. Petera Spannagla (str. 112 formularza JEDZ EFKON AG). W złożonym formularzu JEDZ Spółka EFKON AG jako podmiot udostępniający zasoby - PUZ, biorący udział w postępowaniu w ramach konsorcjum Skyways wskazał m.in. że Pan Spannagl nabył wymagane przez zamawiającego doświadczenie przy Białoruskim Systemie poboru opłat typu Free -flow dla samochodów ciężarowych w latach od 2011 do 2013, na stanowisku zastępcy kierownika projektu, odpowiedzialnego za przeprowadzenie całego wdrożenia. Zamawiający wezwał Wykonawcę do potwierdzenia prawidłowości wykazanego doświadczenia i o uzupełnienie formularza JEDZ o treści wymagane warunkiem określonym w pkt 3.3.1.3) lit b) IdD przez podanie czy wykazywane doświadczenie w zakresie Kierownika ds. Wdrożenia zostało nabyte po stronie wykonawcy. Treść wyjaśnień złożonych w tym zakresie przez wykonawcę w piśmie odpowiadającym na zadane przez zamawiającego pytania została na wniosek wykonawcy utajniona. Natomiast w złożonym formularzu JEDZ (s. 16) wykonawca wykazał następujące doświadczenie zawodowe Pana Spannagl: 1996 - 1998 austriacki system poboru opłat od samochodów ciężarowych „Ecopoints” (dalej „Ecopoints”) jako kierownik projektu odpowiedzialny za realizację całego wdrożenia oraz zarządzanie wdrożeniem; 2000-2002 austriacki system poboru opłat na autostradach Elektroniczny system poboru opłat typu Free-flow (dalej „System Austriacko jako zastępca

kierownika projektu odpowiedzialny za przeprowadzenie wdrożenia oraz jako zastępca kierownika projektu odpowiedzialny za zarządzanie wdrożeniem systemu teleinformatycznego; 2005- 2007 czeski system poboru opłat od samochodów ciężarowych elektroniczny system poboru opłat typu Free-flow (dalej „System Czeski”) oraz 2011 do 2013 białoruski system poboru opłat od samochodów ciężarowych elektroniczny system poboru opłat typu Free-flow (dalej „System Białoruski”) jako zastępca kierownika projektu odpowiedzialny za przeprowadzenie całego wdrożenia oraz zastępca kierownika projektu odpowiedzialny za wdrożenie systemu teleinformatycznego.

W związku z przytoczonym powyżej opisem doświadczenia p. Petera Spannagla, odwołujący podniósł, iż przedstawiony zamawiającemu opis doświadczenia p. Spannagla wprowadza zamawiającego w błąd co do posiadanego przez p. Spannagla a wymaganego przez zamawiającego dla udziału w postępowaniu doświadczenia zawodowego określonego w IdD. Odwołujący, jako wykonawca w przytoczonych wyżej projektach zaprzecza, aby Pan Peter Spannagl pełnił w trakcie realizacji Systemu Austriackiego, Systemu Czeskiego i Systemu Białoruskiego funkcje zastępcy kierownika projektu odpowiedzialnego za przeprowadzenie całego wdrożenia oraz funkcję zastępcy kierownika projektu odpowiedzialnego za wdrożenie systemu teleinformatycznego. W przywołanych projektach (poza Systemem Ecopoints) p. Spannagl pełnił funkcje sprzedażowe i nie był zastępcą kierownika projektu w opisywanych przedsięwzięciach.

Odwołujący może natomiast potwierdzić, że p. Spannagl pełnił funkcję Kierownika Projektu Systemu Ecopoints z tym, że nie przez podawany we wniosku okres 2 lat tylko przez okres 1 roku.

Zamawiający pozostaje w błędzie myśląc, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą posiadającą wymagane kwalifikacje i doświadczenie na stanowisko Kierownika ds. Wdrożenia oraz Eksperta ds. Wdrożenia IT, ponieważ jak wykazano powyżej i jak wiadomo odwołującemu, wskazana przez wykonawcę osoba nie spełnia wymagań zamawiającego, które musi spełnić osoba obejmująca takie stanowisko zarówno z zakresu rodzaju posiadanego doświadczenia związanego ze sprawowanymi funkcjami jak i w zakresie wymaganego okresu zdobywania takiego doświadczenia.

Wykonawca w ocenie odwołującego nie potwierdził, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie Kierownika ds. Wdrożeń oraz Eksperta ds. Wdrożenia IT całego systemu. Ponadto zdaniem odwołującego podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 ustawy. Wykonawca świadomie przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, ewentualnie dopuścił się rażącego niedbalstwa nie weryfikując tych informacji.

Wskazane informacje mają również istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania czynności. Informacja o tym, że oba wyżej wymienione projekty obejmują zapewnienie mobilnych jednostek kontrolnych decyduje o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a tym samym o dopuszczeniu wykonawcy do etapu dialogu konkurencyjnego. Do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy wystarczające jest dopuszczenie się przez wykonawcę pewnego stopnia niedbalstwa. Niedbalstwo można stwierdzić, gdy wykaże się, że w danych okolicznościach konkretnego przypadku wykonawca nie zachował należytej staranności. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest skierowane do podmiotów profesjonalnych. Muszą one nie tylko spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlegać wykluczeniu z postępowania, ale również dopełniać wielu niezbędnych formalności związanych z przygotowaniem i złożeniem oferty a zmiana lub uzupełnianie oferty podlega daleko idącym ograniczeniom. Prowadzi to do wniosku, że wykonawca, ubiegając się o zamówienie publiczne na każdym etapie postępowania, powinien zachowywać wysoki poziom staranności.

2. Ekspert ds. elektronicznego systemu poboru opłat

Wykonawca do pełnienia funkcji Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat, posiadającego wymagane warunkiem pkt 3.1. 3) b) 3. IdD kwalifikacje i doświadczenie, wyznaczył p. Seana Botha. Celem potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca polegał na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, tj. EFKOM South Africa (PTY) Ltd. Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawca złożył JEDZ EFKOM South Africa (PTY) Ltd. (s. 148-150) oraz zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia p. Sean Botha (s. 140).

Zamawiający pismem z 5 lipca 2017 r. zwrócił się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do Wykonawcy o uzupełnienie JEDZ EFKOM South Africa (PTY) Ltd. przez podanie w JEDZ informacji, które potwierdziłyby spełnienie warunku posiadania przez p. Sean Botha 3 lat doświadczenia zawodowego przy wdrożeniu co najmniej jednego Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu free-flow, oraz na jakim stanowisku/ach osoba ta nabyła wskazane doświadczenie.

Wykonawca w piśmie z 20 lipca 2017 r. zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy” wskazał, iż EFKOM South Africa (PTY) Ltd. po dacie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zakończył współpracę z p. Sean Bothem. Dlatego niezależnie od przedstawienia uzupełnionego JEDZ EFKOM South Africa (PTY) odnoszącego do doświadczenia p. Sean Botha z ostrożności zgłosił osobę p. Ayush Joshi na stanowisko Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat wraz z uzupełnionym również w tym zakresie dokumentem JEDZ podmiotu udostępniającego

zasoby, EFKON AG oraz stosownym zobowiązaniem EFKOM AG do oddania do dyspozycji wykonawcy tych niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówienia.

Zamawiający pismem z 11 sierpnia 2017 r. (KZP115/2017/as), w nawiązaniu do informacji o wynikach spełnienia warunków udziału w postępowaniu z dnia 11 sierpnia 2017 r., poinformował wykonawcę, że w odniesieniu do funkcji Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat wykonawca wskazał dwie osoby: p. Sean Botha oraz p. Ayush Joshi. Poinformował również, że wykonawca potwierdził spełnianie warunku dotyczącego Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat wskazując na to stanowisko p. Ayush Joshi, natomiast zamawiający nie uznaje kandydatury p. Sean Botha do pełnienia tej funkcji.

Uzasadniając swoją decyzję zamawiający podniósł, że wykonawca w piśmie z 20 lipca 2017 r. zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy” wskazał, iż podmiot udostępniający wykonawcy zasoby tj. EFKOM South Africa (PTY) Ltd. po dacie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zakończył współpracę z p. Sean Botha. Oznacza to, że pomiędzy EFKOM South Africa (PTY) Ltd. a p. Sean Botha nie istnieje żaden stosunek zobowiązaniowy, a zatem EFKOM South Africa (PTY) Ltd. nie dysponuje osobą p. Sean Botha. Tym samym zasób ten nie będzie mógł być wyegzekwowany przez wykonawcę od EFKOM South Africa (PTY) Ltd. Wobec braku wykazania przez wykonawcę realnego dysponowania p. Sean Botha, nie może on pełnić funkcji Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat. Mając na uwadze fakt, iż warunek udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobą posiadającą wymagane warunkiem kwalifikacje i doświadczenie, na stanowisko Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat Wykonawca spełnił wykazując się ekspertem - p. Ayush Joshi, wskazanie przez zamawiającego uwag w odniesieniu do p. Sean Botha pozostaje bez wpływu na spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Jednakże zamawiający pozostaje w błędzie, przyjmując, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobą posiadającą wymagane warunkiem kwalifikacje i doświadczenie, na stanowisko Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat, wykazując się ekspertem p. Ayush Joshi, który stanowi zasób EFKON AG. Wykonawca nie wykazał bowiem, że dysponował p. Ayush Joshi w dacie składania wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu.

Odwołujący zauważył, że zobowiązanie EFKON AG do oddania do dyspozycji Wykonawcy Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat p. Ayush Joshi (załącznik 9 do pisma z 20 lipca 2017 r.) jest datowane na 17 lipca 2017 r. Z kolei JEDZ EFKON AG (załącznik 6 do pisma z 20 lipca 2017 r.) uzupełniony w zakresie dotyczącym p. Ayush Joshi został podpisany w dniu 19 lipca 2017 r., a z jego treści nie wynika, że jest aktualny na dzień złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że w JEDZ EFKON AG złożonym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu nie wskazano osoby na stanowisko Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat.

W tym stanie rzeczy w ocenie odwołującego znajduje tu zastosowanie wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”) z 4.5.2017 r. w sprawie C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu, zgodnie z którym:

„Artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.”

W stanie faktycznym będącym przedmiotem rozpoznawania przez TSUE wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania doświadczenia we wdrożeniu dwóch informatycznych zintegrowanych systemów szpitalnych do obsługi części administracyjnej (szarej) i medycznej (białej) przedstawił dwa wykonane przez siebie wdrożenia. Jedno z wdrożeń nie spełniało warunku, ponieważ było zrealizowane na podstawie dwóch odrębnych umów, z których jedna dotyczyła części szarej, a druga białej. Zamawiający zażądał uzupełnienia dokumentów. Wykonawca przedstawił nowe wdrożenia, ale zrealizowane przez podmiot trzeci, który zadeklarował udostępnienie swego doświadczenia. Zamawiający zaakceptował taką zamianę, co zostało podważone w odwołaniu do KIO przez konkurencyjnego wykonawcę. KIO zdecydowała się wystąpić do TSUE z zapytaniem dotyczącym interpretacji tej sytuacji w świetle prawa europejskiego. Punktem wyjścia rozważań TSUE było przedstawienie poglądu wyrażonego w jego wcześniejszych orzeczeniach, że uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów służą jedynie poprawieniu lub uzupełnieniu w szczegółach informacji przedstawionych w zgłoszeniu do udziału w postępowaniu lub ofercie i nie mogą prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem nowej oferty (wyroki TSUE z 29.3.2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, pkt 40; z 10.10.2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36 i 39; z 7.04.2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 63 i 64). Na tym tle wyraził on zapatrywanie, że wskazanie przez wykonawcę po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz dostarczenie zobowiązania tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zdolności i

środków niezbędnych do realizacji zamówienia stanowi de facto istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty.

„Jak bowiem wskazał w istocie rzecznik generalny w pkt 30 opinii, takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia w rozumieniu art. 44 ust 1 dyrektywy 2004/18.”

Ostateczny rezultat rozważań Trybunału znalazł wyraz w przytoczonej sentencji, który odwołujący odczytał w następujący sposób. Artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał zamawiającemu, w celu wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, prezentujące zdolności i środki podmiotu trzeciego oraz dowodzące, że realizując zamówienie wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu. W ocenie odwołującego z orzeczenia tego wynika, że wykonawca nie może pozyskać od podmiotu trzeciego nowych zasobów, którymi nie dysponował w momencie kwalifikacji (por. A. Sottysińska, G. Wicik, Kwalifikacja wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, ustawy, Nr 1/2017, s. 28, na tle opinii rzecznika generalnego z 24.11.2016 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu).

Przed wszystkim zdaniem odwołującego niedopuszczalne jest uzupełnianie wykazów o nowe zamówienia, nowe osoby czy nowy sprzęt, jeżeli stanowią one zasoby podmiotu trzeciego. Zakazana jest nie tylko zamiana podmiotu trzeciego, ale również modyfikacja zasobów udostępnianych przez ten podmiot. Liczą się tylko zasoby podmiotu trzeciego, które zostały udostępnione wykonawcy na dzień składania ofert lub wniosków. Nie ma znaczenia, że podmiot trzeci na dzień kwalifikacji dysponował np. określonymi osobami, skoro na ten moment nie złożył zobowiązania do udostępnienia wykonawcy tych osób. Wykonawca nie może uzupełnić „brakującego” lub „niekompletnego” zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, ponieważ bez względu na wskazanie zasobów w wykazach nie da się w sposób obiektywny ustalić, czy na dzień składania ofert (lub wniosków) wykonawca faktycznie nimi dysponował. Poza tym wykluczone jest uzupełnienie „brakującego” lub „niekompletnego” JEDZ, chyba że udostępniane wykonawcy zasoby tego podmiotu zostały wskazane w zobowiązaniu (lub w innym równoważnym dokumencie potwierdzającym dysponowanie zasobami innego podmiotu) złożonym wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z kolei u odwołującego wyłania się pytanie, w jakim zakresie wyrok TSUE z 4.5.2017 r. w sprawie C-387/14 ma zastosowanie do obecnego stanu prawnego, skoro zmieniły się przepisy? Zmianą regulacji, która rzutowałaby obecnie na ocenę sprawy, jest art. 63 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z tym przepisem zamawiający wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot trzeci, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Czy to oznacza, że wyrok Trybunału jest nieaktualny, ponieważ nowa dyrektywa dopuszcza możliwość zmiany podmiotu trzeciego w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia?

W literaturze wyrażono pogląd, że użyte w art. 63 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE wyrażenie „instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot” oznacza zastąpienie podmiotu trzeciego samym wykonawcą (zob. W.Hartung, M.Bagłaj, T.Michalczyk, M.Wojciechowski, J.Krysa, K.Kuźma, Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, s. 641). Z poglądem odwołujący się zgodził. Literalna wykładania przepisu według odwołującego uzasadnia przyjęcie wyłącznie takiej interpretacji. Kluczowe zd. 2 ust. 1 art. 63 dyrektywy 2014/24/UE brzmi: „instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia”. Przepisu nie można czytać inaczej niż, że to sam wykonawca ma zastąpić podmiot trzeci. W związku z tym nie można przystać na wniosek, że podmiot trzeci może być zastępowany innym podmiotem trzecim. Przyjęcie interpretacji, że art. 63 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE odnosi się do „wymiany” jednego podmiotu trzeciego na drugi godziłoby w zasadę równego traktowania. Wykonawca, który polega na zdolnościach innych podmiotów, otrzymywałby drugą szansę pozyskania zasobów, takiej szansy nie miałby zaś wykonawca samodzielnie wykazujący warunki udziału w postępowaniu. Ten ostatni, polegając wyłącznie na własnych zasobach, które nie spełniają wymogów zamawiającego, nie miałby możliwości ich zastąpienia zasobami podmiotu trzeciego (por. H. Talago-Sławoj, [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, Europejskie prawo zamówień publicznych, wyd. 3, Warszawa 2016, s. 547; A. Sołtysińska, G. Wicik, Kwalifikacja wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, ustawy, Nr 1/2017, s. 29). Pogląd ten pozostaje również w pełnej zgodzie ze stanowiskiem TSUE wyrażonym w cyt. wyroku TSUE z 4.5.2017 r. w sprawie C-387/14. Podobnie więc jak na gruncie dyrektywy 2004/18/WE, także w obecnym stanie prawnym wykonawca nie może zastąpić zasobów podmiotu trzeciego niespełniających warunków zasobami kolejnego podmiotu trzeciego. Jest uprawniony jedynie do zastąpienia podmiotu trzeciego „samym sobą” i wykazania spełnienia warunków za pomocą własnych zasobów. Podsumowując, unijne prawo w ogóle nie pozwala na podmianę podmiotów trzecich. Nie ma znaczenia czy pierwotnie wykonawca deklarował samodzielne spełnianie warunków czy też od początku podpierał się cudzym doświadczeniem. Tymczasem polski ustawodawca

implementował tę regulację w sposób dopuszczający możliwość podmioty samego podmiotu trzeciego. Przepis art. 63 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE został wdrożony do ustawy art. 22a ust. 6, w myśl którego jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże stosowne zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną. Tak więc polski ustawodawca błędnie transponował dyrektywę.

Brak właściwej transpozycji dyrektywy 2014/24/UE do polskiego porządku prawnego nie oznacza, że jej przepisy pozostają bez znaczenia prawnego. Niewłaściwie wdrożone przepisy ww. dyrektyw mogą mieć skutek bezpośredni, co oznacza, że jednostki - osoby fizyczne i osoby prawne - będą się mogły powoływać na regulacje dyrektyw w celu ochrony swoich praw. Zasada bezpośredniego skutku prawa wspólnotowego została ustanowiona przez TSUE w wyroku w sprawie Van Gend en Loos z 5 lutego 1963 r. W wyroku tym TSUE oświadcza, że prawo unijne tworzy nie tylko obowiązki dla krajów UE, ale także prawa dla obywateli. W efekcie osoby otrzymują prawa i mogą bezpośrednio powoływać się na normy europejskie przed sądami krajowymi i wspólnotowymi. Nie ma nawet konieczności, żeby kraj UE wprowadzał daną normę europejską do swojego wewnętrznego porządku prawnego.

Zasada ta została potwierdzona i rozszerzona w wyroku TSUE z dnia 19 listopada 1991 w sprawach połączonych (C-6/90 i C-9/90) w trybie prejudycjalnym w przedmiocie wykładni art. 189 akapit trzeci Traktatu EWG oraz Dyrektywy Rady 80/987/EWG z dnia 20 października 1980 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich dotyczących ochrony pracowników na wypadek niewypłacalności pracodawcy (Dz.U. L 283, str. 23).

W związku z tym, że dyrektywy wiążą tylko państwa członkowskie, do których są skierowane, bezpośrednia skuteczność będzie dotyczyć relacji jednostka - państwo, przy czym pojęcie państwa musi być interpretowane w świetle prawa unijnego. W orzecznictwie TSUE funkcjonuje bardzo szeroka definicja pojęcia państwa. Obejmuje ona nie tylko organy administracji centralnej i samorządowej lub inne organy wykonujące władzę publiczną, lecz także podmioty podporządkowane władzy państwowej, znajdujące się pod jej kontrolą i wyposażone przez państwo w prawa szczególne lub wyłączne (A Sołtysińska, [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, Europejskie prawo zamówień publicznych, wyd. 3, Warszawa 2016, s. 26).

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad jest centralnym urzędem administracji państwowej właściwym w sprawach dróg krajowych działającym w oparciu o art. 18 i 18a ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz.

1440 ze zm.). W konsekwencji dyrektywa 2014/24/UE wiąże zamawiającego bezpośrednio, co oznacza, że ma on obowiązek stosować jej przepisy, zwłaszcza jeśli nie zostały właściwie implementowane do ustawy.

Wszystko to co napisano powyżej prowadzi odwołującego do wniosku, że wykonawca nie miał prawa po terminie składania wniosków wskazać na stanowisko Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat p. Ayush Joshi udostępnionego wykonawcy przez EFKOM AG. W konsekwencji wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat, co winno skutkować jego wykluczeniem z postępowania. Biorąc pod uwagę fakt, iż wykonawca był już raz wzywany do uzupełnienia JEDZ w zakresie dotyczącym Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat, nie zachodzi możliwość ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia JEDZ w tym samym zakresie.

3. Kierownik Zespołu ds. rozliczeń i płatności

Wykonawca do pełnienia funkcji Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności, posiadającego wymagane warunkiem pkt 3.1. 3) b) 4. IdD, wyznaczył p. Petera Hopkinsa (s. 311 wniosku). Celem potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca polegał na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, tj. JEDZ Satellic N.V.

Zamawiający pismem z 5 lipca 2017 r. zwrócił się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do Wykonawcy do uzupełnienia JEDZ Satellic N.V. przez podanie w JEDZ danych referencyjnych projektów, w których dana osoba nabyła wymagane przez zamawiającego doświadczenie i kwalifikacje zawodowe, wraz z podaniem nazw projektów

Wykonawca w piśmie z 20 lipca 2017 r. zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy” wskazał, iż z ostrożności, na wypadek uznania przez zamawiającego doświadczenia Pana Petera Hopkinsa jako Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności za niewystarczające celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, już przy niniejszym piśmie zgłasza nową osobę (dane personalne tej osoby zostały utajnione przez Wykonawcę) zaangażowanego bezpośrednio przez wykonawcę Leadville Investments Sp. z o.o. jako osobę spełniającą wymagania zamawiającego dotyczące tego stanowiska i składamy w tym zakresie uzupełniony JEDZ Leadville Investments Sp. z o.o.

Zamawiający pismem z 11 sierpnia 2017 r. (KZP115/2017/as), w nawiązaniu do informacji o wynikach spełnienia warunków udziału w postępowaniu z dnia 11 sierpnia 2017 r., poinformował wykonawcę, że w odniesieniu do funkcji Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności wykonawca wskazał dwie osoby: p. Petera Hopkinsa oraz drugą osobę [dane personalne utajnione]. Poinformował również, że wykonawca potwierdził spełnianie warunku dotyczącego Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności wskazując na to stanowisko [dane personalne utajnione], natomiast zamawiający nie uznaje kandydatury p. Petera Hopkinsa do pełnienia tej funkcji. Powodem nie uznania kandydatury p. Petera Hopkinsa był brak

spełnienia warunku odpowiedzialności za rozliczenia o średniomiesięcznej wartości co najmniej 30 mln zł brutto. Mając jednak na uwadze fakt, iż warunek udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobą posiadającą wymagane warunkiem kwalifikacje i doświadczenie, na stanowisko Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności wykonawca spełnił wykazując się ekspertem - [dane personalne utajnione], wskazanie przez zamawiającego uwag w odniesieniu do p. Hopkinsa pozostaje bez wpływu na spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Jednakże zamawiający w ocenie odwołującego pozostaje w błędzie, przyjmując, że Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobą posiadającą wymagane warunkiem kwalifikacje i doświadczenie, na stanowisko Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności, wykazując się nową osobą, stanowiącą zasób Leadville Investments Sp. z o.o. Leadville Investments Sp. z o.o. nie wykazała bowiem, że dysponowała wskazanym ekspertem w dacie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Należy zauważyć, że JEDZ Leadville Investments Sp. z o.o. (załącznik 2 do pisma z 20 lipca 2017 r.) uzupełniony w zakresie dotyczącym Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności został podpisany w dniu 20 lipca 2017 r., a z jego treści nie wynika, że jest aktualny na dzień złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Jak już wyżej wspomniano, art. 63 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 22a ust. 6 ustawy wskazują na możliwość zastąpienia przez wykonawcę podmiotu udostępniającego zasoby, jeżeli ten ostatni nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Jednakże realizacja norm zawartych w tych przepisach musi następować w zgodzie z zasadą równego traktowania i przejrzystości. Te zaś zasady wymagają, by wykonawca zastępował zasoby podmiotu trzeciego własnymi zasobami, którymi dysponował na dzień złożenia zgłoszeń do udziału w postępowaniu. Tymczasem w okolicznościach niniejszej sprawy nie można wykluczyć, że Leadville Investments Sp. z o.o. zatrudnił nową osobę, wskazaną na stanowisko Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności, dopiero po upływie terminu składania wniosków.

Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem TSUE instytucje zamawiające powinny zapewnić równe traktowanie wykonawców w sposób niedyskryminacyjny i przejrzysty (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 60). W związku z tym z jednej strony zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo).

Przenosząc powyższe twierdzenia TSUE na realia rozpoznawanej sprawy odwołujący zwrócił uwagę, że gdyby zamawiający dopuścił, by wykonawca wykazał spełnienie warunku w zakresie Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności wskazując osobę, którą nie dysponował na dzień składania wniosków o dopuszczenie, w sposób nieuzasadniony potraktowałby wykonawcę korzystniej w stosunku do innych wykonawców i tym samym naruszyłby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości. Biorąc pod uwagę fakt, iż wykonawca był już raz wzywany do uzupełnienia JEDZ w zakresie dotyczącym Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności, zdaniem odwołującego nie zachodzi możliwość ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia JEDZ w tym samym zakresie.

4. Ujawnienie informacji

Wykonawca w piśmie z 20 lipca 2017 r. zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy” zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa „wszelkie informacje, w tym w szczególności dane osobowe osób zadeklarowanych do wykonywania zamówienia, zawarte w niniejszym piśmie oraz z w załącznikach do niego tj. zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów na rzecz Wykonawcy, w JEDZ-ach w części II i IV sekcja C (zdolność techniczna i zawodowa) oraz dodatkowych oświadczenia przedkładanych przez podmioty trzecie oraz wykonawcę”.

Na uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w całości odwołał się do argumentacji przedstawionej przy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz w dalszych pismach wykonawcy. Jako novum wskazał, że „szczególnie w zakresie danych osobowych osób zadeklarowanych do wykonania zamówienia (w tym danych osobowych nowych osób), w przypadku ich ujawnienia istnieje ryzyko przejęcia tychże ekspertów przez konkurencję. W takim przypadku wykonawca lub stosowne podmioty udostępniające zasoby mogą ponieść szkodę polegającą na utracie wykwalifikowanej, kluczowej kadry. Ponadto w szczególności także informacje dotyczące wartości poszczególnych projektów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż jako istotny składnik know-how posiadają określoną wartość gospodarczą i handlową przynależną danemu podmiotowi, której ujawnienie naraziłoby dany podmiot na wymierną szkodę.”

Powyższe zastrzeżenie, złożone dopiero w terminie wyznaczonym na uzupełnienie dokumentów, należy uznać za bezskuteczne. Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 zd. 1 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.

Również zastrzeżenie i argumentacja przedstawiona przy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (s. 375-377) nie mogą znaleźć tu zastosowania. Nowe informacje dotyczą osób, które nie zostały pierwotnie wskazane we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dlatego zastrzeżenie informacji przedstawione przy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie obejmowało informacji, w tym danych osobowych nowych osób. Zgodnie z najnowszym orzecznictwem KIO zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa musi być konkretne, podobnie jak powody takiego zastrzeżenia.

Dodatkowo należy wskazać, iż przedstawione przez wykonawcę przy wniosku uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy było przedmiotem oceny przez KIO w wyroku z 8 czerwca 2017 r., KIO 888/17. Izba uznała je za ogólnikowe i lakoniczne.

Odwołujący wniósł o ujawnienie informacji, w tym w szczególności danych osobowych osób zadeklarowanych do wykonywania zamówienia, zawartych przy piśmie z 20 lipca 2017 r. zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy” oraz z w załącznikach do niego tj. zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów na rzecz Wykonawcy, w JEDZ-ach w części II i IV sekcja C (zdolność techniczna i zawodowa) oraz dodatkowych oświadczenia przedkładanych przez podmioty trzecie oraz wykonawcę.

IV. Zarzuty dotyczące wniosku konsorcjum Comarch

1. Usługa Wsparcia Czynności Kontrolnych

Zamawiający pismem z dnia 5 lipca 2017r. wezwał Comarch Polska SA lidera konsorcjum w którego skład wchodzi: Comarch Polska S.A., Integrated Solutions Sp. z o.o., Orange Polska S.A. oraz BT Signaal Sp, z o.o., (dalej w niniejszym punkcie „Wykonawca”) do wyjaśnienia rozbieżności polegającej na tym, iż zarówno Wykonawca członek konsorcjum w postaci BT Signaal Sp z o.o. (dalej „BTS”) jak i podmiot udostępniający zasoby, którego nazwa została przez zamawiającego utajniona, wskazały w swoich wnioskach ten sam projekt Haarlem, Utrecht w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym Usług Wsparcia Czynności Kontrolnych.

Zamawiający wezwał uczestników postępowania do uzupełnienia formularzy JEDZ we wskazanym zakresie.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, Konsorcjum Comarch w zakresie wymienionej wyżej usługi wsparcia czynności kontrolnych usunęło wskazany potencjał z formularza JEDZ podmiotu, który deklarował pierwotnie potencjał w zakresie zdolności technicznej i zawodowej a nim nie dysponował (tj. BTSignaal Sp. z o.o.). Konsorcjum utrzymało wskazany potencjał w zakresie podmiotu udostępniającego zasoby.

Konieczne jest w tym miejscu wyjaśnienie pojęcia Usług Wsparcia Czynności Kontrolnych. Zgodnie z pkt 3.3 a) I IdD zamawiający uzna, iż wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki, który w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał, a w przypadku usług niezakończonych nadal wykonuje:

- (a) Usługę Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow,
- (b) Usługę Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat z Miejscami Poboru Opłat,
- (c) Usługę Manualnego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Manualnego Systemu Poboru Opłat,
- (d) Usługę Wsparcia Czynności Kontrolnych,
- (e) Usługę Udostępniania OBU.

Wyżej wymienione usługi zostały szczegółowo zdefiniowane w na stronach 5-7 IdD. Z analizy tych definicji (zwłaszcza definicji Usługi Elektronicznego Poboru Opłat i Usługi Udostępniania OBU) dokonanej w kontekście opisu przedmiotu zamówienia oraz ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1440 ze zm.) wynika, że przez opłaty należy rozumieć opłaty za przejazd lub opłaty elektroniczne w znaczeniu jakim tymi pojęciami posługuje się ta ustawa.

Zgodnie z definicją zawartą w IdD, zamawiający za usługę wsparcia czynności kontrolnych uznaje:

Jako usługę wsparcia czynności kontrolnych zamawiający uznaje należycie wykonane lub wykonywane świadczenie wykonawcy polegające na:

- prowadzeniu stałych punktów kontrolnych służących wykrywaniu potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat m.in. przy wykorzystaniu rozpoznawania tablic rejestracyjnych,
- zapewnieniu mobilnych jednostek kontrolnych tj. pojazdów służących wykrywaniu potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat,
- czynności wykonywanych w zapleczu technicznym systemu polegających na przetwarzaniu danych w zakresie egzekwowania opłat, wytwarzaniu pakietów danych ewidencyjnych w zakresie potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat"

Projektami, w ramach których wykonawca BTS - jak deklarowano pierwotnie w złożonym formularzy JEDZ- lub któryś z podmiotów udostępniających zasoby taką usługę miał /ma wykonywać jest projekt (bądź projekty) w miastach Haarlem i Utrecht w Królestwie Holandii.

Poddając analizie opisane powyżej deklaracje Konsorcjum Comarch Odwołujący potwierdził (i jest to wiedza ogólnie dostępna w Holandii), że w miastach Haarlem oraz Utrecht (tak jak we wszystkich innych miastach Królestwa Holandii) nie pobiera się żadnych opłat drogowych. Zatem, żaden podmiot udostępniający zasoby nie może powoływać się na wykonywanie jakichkolwiek usługi wsparcia czynności kontrolnych w zakresie wykrywania

potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat drogowych, ponieważ takiego obowiązku i takich opłat drogowych po prostu nie ma.

Odwołujący, w celu potwierdzenia opisanych wyżej znanych ogólnie faktów zwrócił się z zapytaniem telefonicznym do urzędu miasta Haarlem oraz Utrecht uzyskując ustne potwierdzenie, że ani w mieście Haarlem ani w mieście Utrecht nie istnieje żaden system poboru opłat drogowych. Skoro żaden system poboru opłat drogowych w wymienionych miastach nie istnieje to nie może być także mowy o wykonywaniu jakiejkolwiek usługi Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow czy Usługi Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat z Miejscami Poboru Opłat ani Usługi Manualnego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Manualnego Systemu Poboru Opłat a także Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych ani też Usługi Udostępniania OBU

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o wykluczenie Konsorcjum Comarch w trybie art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy tj. w związku z celowym wprowadzeniem zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania polegającego na podaniu nieprawdziwych informacji dotyczących spełniania przez wykonawcę Konsorcjum Comarch warunku udziału w postępowaniu, jakim jest wykonywanie usługi wsparcia czynności kontrolnych tzn. niespełnienie przez wykonawcę warunku wykonywania świadczeń polegających na prowadzeniu stałych punktów kontrolnych służących wykrywaniu potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat m.in. przy wykorzystaniu rozpoznawania tablic rejestracyjnych, zapewnieniu mobilnych jednostek kontrolnych tj. pojazdów służących wykrywaniu potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat, czynności wykonywanych w zapleczu technicznym systemu polegających na przetwarzaniu danych w zakresie egzekwowania opłat, wytwarzaniu pakietów danych ewidencyjnych w zakresie potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat”

Jak ustalił odwołujący jedynymi systemami kontroli funkcjonującym w obu miastach są systemy rozpoznawania tablic w celu kontroli stref ochronnych w miastach zapobiegające wjazdowi do określonych stref w mieście pojazdom z silnikiem diesel a także w celu kontroli prawidłowego parkowania.

W związku z powyższym w ocenie odwołującego nie można uznać, że wykonawca spełnia określone warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący stoi na stanowisku, że wykonawca nie wykazał, że projekty wskazane powyżej spełniają warunki udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

2. Brak wykazania kryterium czasowego

W załączonych do wniosku formularzach JEDZ wykonawca utajnił informacje dotyczące niektórych projektów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Zastrzeżenie tych informacji jako tajemnicy

przedsiębiorstwa stało się przedmiotem odwołania odwołującego z dnia 2 maja 2017 r. W wyniku orzeczenia KIO z dnia 8 maja 2017 r. uwzględniającego żądania odwołującego odwołujący uzyskał dostęp do dokumentów.

W ujawnionym w wyniku wyroku JEDZ nieznanego podmiotu, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu 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) oraz 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), wykonawca wskazał:

(a) projekt realizowany dla Statens Vegvesen, Norwegian Public Roads Administration, Leikanger, Norwegia (data początkowa: 21 kwietnia 2009 r., data końcowa: 31 grudnia 2016 r.);

(b) projekt realizowany dla Trafverket Swedish Transport Administration, Bórlange, Szwecja (data początkowa: 15 września 2014, data końcowa: 1 lutego 2015 r.).

W pkt II.2 wezwania z dnia 5 lipca 2017 r w trybie art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wezwał konsorcjum Comarch do uzupełnienia JEDZ przez przypisanie odrębnych dat dla rozpoczęcia i zakończenia Wdrożenia Usługi oraz rozpoczęcia i zakończenia świadczenia Usługi.

Pomimo wezwania z dnia 5 lipca 2017 r., wykonawca w uzupełnionych JEDZ nie wskazał odrębnych dat realizacji Usługi Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow oraz Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru typu Free- Flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat.

W konsekwencji, w ocenie odwołującego nie jest możliwa weryfikacja spełnienia zawartego w IdD kryterium czasowego dotyczącego realizacji Wdrożeń i Usług, zgodnie z którym:

„W przypadku Usług zakończonych zamawiający wymaga, aby każda z Usług trwała co najmniej 3 lata.

W przypadku Usług w trakcie wykonywania zamawiający wymaga, aby już wykonany okres każdej z Usług wynosił co najmniej 3 lata. ”

Wykonawca nie wykazał, że projekty wskazane w pkt (a) i (b) powyżej spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie kryterium czasowego określonego w IdD.

3. Wprowadzenie w błąd odnośnie do potencjału kadrowego

W załączonych do wniosku formularzach JEDZ wykonawca utajnił informacje dotyczące swojego potencjału kadrowego.

Z treści pkt. II.5 wezwania zamawiającego z dnia 5 lipca 2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wynika jednak, że konsorcjum Comarch wskazało ten sam potencjał kadrowy w formularzach JEDZ różnych podmiotów, mianowicie:

- (a) w formularzach JEDZ Comarch Polska S.A. (członek Konsorcjum) oraz Comarch S.A. (podmiot udostępniający zasoby); oraz
- (b) w formularzach JEDZ BT Signaal Sp. z o.o. (członek Konsorcjum) oraz Tecsidel (podmiot udostępniający zasoby).

Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia JEDZ przez usunięcie z odpowiedniego JEDZ potencjału w zakresie zdolności zawodowej i technicznej w zakresie, w jakim dany podmiot nim nie dysponuje.

W piśmie z dnia 20 lipca 2017 r. wykonawca wskazał, że:

„Uzupełnienie JEDZ zgodnie w zakresie objętym Ad. 5 Wezwania następuje - zgodnie z Wezwaniem - przez usunięcie wskazanego potencjału z JEDZ podmiotu nie dysponującego potencjałem kadrowym (tj. Comarch Polska S.A. i BT Signaal sp. z o.o.)”

Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy. Konsorcjum Comarch świadomie przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W swoim piśmie z dnia 20 lipca 2017 r. wykonawca wyraźnie wskazał, że podmioty, które wskazały w swoich JEDZ dysponują określonym personelem, w rzeczywistości nim nie dysponują. Konsorcjum Comarch przyznało zatem wyraźnie, że wskazało w formularzu JEDZ nieprawdziwe informacje.

Wskazane informacje mogły mieć w ocenie odwołującego również istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania. W wyniku usunięcia z JEDZ nieprawdziwych informacji dotyczących zasobów kadrowych z dokumentów JEDZ członków Konsorcjum - Comarch Polska S.A. i BT Signaal sp. z o.o. zasoby te zostały ostatecznie przypisane podmiotom trzecim udostępniającym zasoby - Comarch S.A. i Tecsidel. To, czy określone zasoby przypisane zostały członkowi konsorcjum, czy podmiotowi udostępniającemu zasoby ma istotny wpływ na obowiązki zamawiającego i działania podejmowane przez niego w dalszym toku postępowania, np. w zakresie obowiązku badania przez zamawiającego zakresu zobowiązań podmiotów udostępniających zasoby, czy czynności podejmowane przez zamawiającego w zakresie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zobacz zwłaszcza kwestia skuteczności udostępnienia zasobów i związane z tym badanie zobowiązania do udostępnienia zasobów).

4. Brak dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi

W wyniku orzeczenia KIO z dnia 8 maja 2017 r. odwołujący uzyskał dostęp do dokumentów JEDZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy.

Zgodnie z ujawnionym w wyniku wyroku JEDZ nieznanego podmiotu (s. 15), na potwierdzenie spełnienia warunków dotyczących Usługi Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow (wymóg określony w pkt 111.1.3)a)I. 1 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.a.I.1 IdD) oraz 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), wykonawca wskazał:

(a) projekt realizowany dla Statens Vegvesen, Norwegian Public Roads Administration, Leikanger, Norwegia; oraz

(b) projekt realizowany dla Trafverket Swedish Transport Administration, Bórlange, Szwecja.

W ujawnionym w wyniku wyroku JEDZ innego nieznanego podmiotu (s. 15) na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych (wymóg określony w pkt III. 1.3) a) I.4. Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 3.1.3.a) I.4 IdD) wskazano:

(c) projekt realizowany dla urzędu miasta Utrecht, Niderlandy; oraz

(d) projekt realizowany dla urzędu miasta Haarlem, Niderlandy

Przy projektach określonych w pkt (a) do (d) powyżej Wykonawca wskazał, że:

„poprawność realizacji świadczeń potwierdzona referencjami, dokumentem równoważnym do protokołu odbioru.

Powyższe projekty nie spełniają warunku udziału w postępowaniu określonego w IdD, zgodnie z którym:

„Za wykonanie Usług (wskazanych w pkt od 1 do 5) i wykonanie Wdrożenia zamawiający uzna doprowadzenie do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważonego dokumentu.” (podkreślenie pełnomocnika)

Wykonawca nie wskazał, że dokument potwierdzający wykonanie świadczeń został podpisany przez obie strony. Nie wykazał zatem spełnienia warunków określonych w pkt III.1.3)a)I.1 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt3.1.3.a.I.1 IdD oraz w pkt II 1.1.3)a)II Ogłoszenia o zamówieniu pkt3.1.3.a)II IdD.

5. Zmowa przetargowa

W części II.A uzupełnionego JEDZ Comarch Polska S.A. wykonawca wskazał pozostałych wykonawców biorących wspólnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia:

(a) Integrated Solutions Sp. z o.o.

(b) Orange Polska S.A.

(c) Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1

(d) SkyToll a.s.

Jednocześnie, SkyToll a.s. samodzielnie ubiega się o uzyskanie zamówienia (wniosek nr 5).

Działania konsorcjum Comarch i wykonawcy SkyToll a.s. noszą znamiona porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Konsorcjum Comarch podlega wykluczeniu z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy.

V. Zarzuty dotyczące wniosku SkyTOLL

1. Wdrożenie Elektronicznego Systemu Opłat

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 pkt 111.1.3)a)II Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.a)II IdD) w JEDZ dotyczącym spółki SkyTOLL a.s. Wykonawca wskazał dwa projekty:

(a) „Wdrożenie Elektronicznego Systemu Opłat typu Free-flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat” wykonany na rzecz Narodna dialnična spolocnost a.s. (data początkowa: 1 stycznia 2010 r., data końcowa: 31 grudnia 2022 r.), oraz

(b) „Wdrożenie Elektronicznego Systemu Opłat typu Free-flow umożliwiającego świadczenie usługi elektronicznego poboru opłat na rozszerzonej sieci drogowej Republiki Słowackiej” wykonany na rzecz Narodna dialnična spolocnost a.s. (data początkowa: 1 stycznia 2014 r., data końcowa: 31 grudnia 2022 r.) (s. 18-19 wniosku).

W stosunku do każdego z nich wskazano więc przyszłą datę zakończenia. Tymczasem zamawiający dla wdrożenia wymagał, aby było ono wykonane oraz potwierdzone protokołem odbioru lub innym równoważnym dokumentem podpisanym przez obie strony. Jednocześnie z informacji zawartych w JEDZ wykonawcy, Usługa Elektronicznego Poboru Opłat była realizowana od dnia 1 stycznia 2010 r., co oznacza, że Wdrożenie Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-Flow winno już zostać uprzednio wykonane, tak aby można było rozpocząć świadczenie usługi.

W związku z powyższym zamawiający pismem z dnia 5 lipca 2017 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia JEDZ przez wskazanie w JEDZ zadania/zadań potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w 111.1.3)a)II, w szczególności przez wskazanie daty rozpoczęcia i zakończenia Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat (dokładne daty, co najmniej miesiąc i rok rozpoczęcia i zakończenia).

Jednocześnie zamawiający poinformował, że zgodnie z IdD za wykonanie Usług (wskazanych w od 3.1.3 a) I od 1 do 5) zamawiający uzna doprowadzenie do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu. W zakresie wszystkich wykonanych już usług wykazanych przez Wykonawcę i podmioty udostępniające zasoby brak jest informacji o tym, czy ww. usługi zostały doprowadzone do podpisania przez

obie strony protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu. W związku powyższym zamawiający wezwał do uzupełnienia - w odniesieniu do wszystkich usług, które zostały wykonane i wdrożone - danych przez podanie w treści JEDZ informacji, czy zakończone usługi zostały doprowadzone do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w dniu 20 lipca 2017 r. Wykonawca przedstawił uzupełnione JEDZ SkyTOLL a.s., w której Wykonawca w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Wdrożenia wskazał dwa projekty:

(a) wdrożenie Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat na rzecz Narodna diaľničná spoločnosť, a.s. (data początkowa: 30 czerwca 2009 r., data końcowa: 30 czerwca 2010 r.) - przy czym, Wdrożenie zostało zakończone podpisaniem protokołu odbioru;

(b) wdrożenie Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat na rozszerzonej sieci drogowej Republiki Słowackiej na rzecz Narodná diaľničná spoločnosť, a.s. (data początkowa: 1 lipca 2011 r., data końcowa: 1 stycznia 2014 r.) - przy czym, Wykonawca dysponuje w tym zakresie równoważnym do protokołu odbioru dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie Wdrożenia.

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

Wdrożenie określone w pkt (a) powyżej w ocenie odwołującego 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 uzupełnionym JEDZ wykonawcy 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 określone w pkt (b) powyżej nie spełnia wymagań udziału w postępowaniu określonych IdD, zgodnie z którym:

„Za wykonanie Usług (wskazanych w pkt od 1 do 5) i wykonanie Wdrożenia zamawiający uzna doprowadzenie do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważonego dokumentu.”

W uzupełnionym JEDZ SkyTOLL a.s. wykonawca wskazał jedynie, że:

„Wykonawca dysponuje równoważnym do protokołu odbioru dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie Wdrożenia. ”, a w ocenie nie wskazał, że dysponuje dokumentem

potwierdzającym należyte wykonanie projektu określonego w pkt (b), który został podpisany przez obie strony. Tym samym uznać należy, że Wykonawca nie wykazał, że projekt ten spełnia wymagania zamawiającego wskazane w IdD.

2. Zmowa przetargowa

W części II.A uzupełnionego JEDZ Comarch Polska S.A. Wykonawca wskazał pozostałych wykonawców biorących wspólnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia:

- (e) Integrated Solutions Sp. z o.o.
- (f) Orange Polska S.A.
- (g) Wojskowe Zakłady Łączności Nr 1
- (h) SkyToll a.s.

Jednocześnie, SkyToll a.s. samodzielnie ubiega się o uzyskanie zamówienia (wniosek nr 5). Działania konsorcjum Comarch i wykonawcy SkyToll a.s. noszą znamiona porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Konsorcjum SkyTOLL a.s. podlega wykluczeniu z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy.

VI. Zarzut dotyczący wniosku Konsorcjum S&T Services Polska

W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w JEDZ Conduent State & Local Solutions Inc. (poprzednio Xerox State & Local Solutions, Inc.) wykonawca wskazał m.in. następujące projekty:

- (a) E-ZPass New York wykonywany na rzecz Metropolitan Authority Bridges and Tunnels, New York State Thruway Authority and Port Authority of New York and New Jersey (data początkowa: 17 września 2007 r., data końcowa: 30 grudnia 2020 r.);
- (b) Centrum Obsługi Klienta wykonywany na rzecz Texas Department of Transportation, Toll Operations Division, Wykonawca (data początkowa: 2 czerwca 2013 r., data końcowa: 1 czerwca 2018 r.).

Przy tym, wykonawca nie wskazał na potwierdzenie, jakich warunków udziału w postępowaniu ww. projekty zostały przywołane.

W pkt III. 1 wezwania z dnia 5 lipca 2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia JEDZ Conduent State & Local Solutions Inc. przez przyporządkowanie wykazanych przez wykonawcę zadań/usług do określonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt 3.1.3.a) 1.1-5 i pkt II IdD.

W uzupełnionym w wyniku wezwania JEDZ Conduent State & Local Solutions Inc, wykonawca wskazał, że projekty:

- (a) E-ZPass New York dla Metropolitan Authority Bridges and Tunnels, New York State Thruway Authority and Port Authority of New York and New Jersey (data początkowa: 2 sierpień 2007 r., data końcowa: 31 stycznia 2017 r.);

(b) Centrum Obsługi Klienta dla Texas Department of Transportation, Toll Operations Division, wykonawca (data początkowa: 2 czerwca 2013 r., data końcowa: 1 czerwca 2018 r.)

potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu określone w pkt III.1.3)a)l.1-5 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.a.1.1-5 IdD, czyli m.in. wykonanie Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych (określonej w pkt III.1.3)a)l.4 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.a.l.4 IdD).

Wykonawca, zdaniem odwołującego, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych. Usługa świadczona przez wykonawcę w ramach E-ZPass New York nie jest zgodna z definicją Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych zawartą przez zamawiającego w IdD.

IdD definiuje Usługę Wsparcia Czynności Kontrolnych w sposób następujący:

„Jako Usługę Wsparcia Czynności Kontrolnych zamawiający uzna należyście wykonane lub wykonywane świadczenie wykonawcy polegające na:

prowadzeniu stałych punktów kontrolnych, służących wykrywaniu potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat m.in. przy wykorzystaniu rozpoznawania tablic rejestracyjnych, zapewnieniu mobilnych jednostek kontrolnych, tj. pojazdów służących wykrywaniu potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat czynnościach wykonywanych w zapleczu technicznym systemu polegających na przetwarzaniu danych w zakresie egzekwowania opłat, wytwarzaniu pakietów danych ewidencyjnych w zakresie potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat ”

Zgodnie z wiedzą odwołującego, Usługa Wsparcia Czynności Kontrolnych w systemie E-ZPass New York nie obejmuje mobilnych jednostek kontrolnych. Usługa Wsparcia Czynności Kontrolnych wykonywana przez Conduent State & Local Solutions Inc. jest wykonywana wyłącznie w oparciu o stacjonarne kamery umieszczone przy budkach poboru opłat.

Wykonawca w ocenie odwołującego nie może potwierdzić spełnienia warunku Udziału w postępowaniu w zakresie Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych w oparciu o projekt Centrum Obsługi Klienta realizowany dla Texas Department of Transportation, Toll Operations Division.

Drugi projekt przywołany przez wykonawcę - zapewnienie usługi Centrum Obsługi Klienta realizowany dla Texas Department of Transportation, Toll Operations Division - nie spełnia kryterium czasowego postawionego przez zamawiającego.

W wyniku uzupełnienia JEDZ wykonawca zmienił datę rozpoczęcia świadczenia Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych w ramach projektu Centrum Obsługi Klienta realizowanego dla Texas Department of Transportation, Toll Operations Division z 2 czerwca 2013 r. na 1 lipca 2014 r. W wyniku tej zmiany projekt nie spełnia już kryterium czasowego przewidzianego dla tej usługi przez zamawiającego w uzupełnionym JEDZ Conduent State &

Local Solutions Inc. W konsekwencji, okres wykonywania usługi skrócony został do okresu krótszego niż 3 lata i projekt nie może już zdaniem odwołującego samodzielnie potwierdzać spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych. Tym samym, projekt E-ZPass New York przestał być projektem dodatkowo potwierdzającym spełnienie ww. warunku i stał się podstawą udziału wykonawcy w postępowaniu w zakresie Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych.

Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III.1.3)a)l.4 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.a.l.4 IdD i podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12.

Ponadto w ocenie odwołującego wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy. Konsorcjum S&T Services Polska świadomie przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W JEDZ Conduent State & Local Solutions Inc. Wykonawca wyraźnie wskazał, że Usługa wsparcia czynności kontrolnych obejmuje ten sam zakres przedmiotowy, jaki został określony przez zamawiającego w IdD. Wykonawca miał więc pełną świadomość, że usługa wsparcia czynności kontrolnych musi obejmować zapewnienie mobilnych jednostek kontrolnych, tj. pojazdów służących wykrywaniu potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat.

Wskazane informacje mają również istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania. Informacja o tym, że oba wyżej wymienione projekty obejmują zapewnienie mobilnych jednostek kontrolnych decyduje o spełnieniu przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a tym samym o dopuszczeniu Wykonawcy do etapu dialogu konkurencyjnego.

VII. Zarzut dotyczący wniosku Konsorcjum Egis

1. Pełnomocnictwo dla p. Katarzyny Mackovic

W dniu 5 lipca 2017 r. zamawiający wezwał konsorcjum do uzupełnienia formularzy JEDZ załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wezwanie dotyczyło uzupełnienia dokumentów JEDZ przez:

(a) podanie informacji potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 3.1.3.a.l.2, pkt 3.1.3.a.l.3 oraz pkt 3.1.3.a.l.4 IdD, 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,
- Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat (pkt 11.1 wezwania);

(b) podanie informacji potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.1.3.b.1.3 IdD dotyczącego Kierownika Zespołu ds. Rozliczeń i Płatności (pkt II.2 wezwania);

(c) podanie informacji, czy wszystkie osoby wskazane we wniosku, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają biegłą znajomość języka polskiego (pkt 11.3 wezwania);

(d) podanie nazw odbiorców oraz dat rozpoczęcia i zakończenia świadczenia zadań/usług wskazanych w celu potwierdzenia warunku zdolności technicznej i zawodowej Wykonawcy wszędzie tam, gdzie Wykonawca nie wskazał tych informacji w odpowiednich miejscach formularza (pkt 11.4 wezwania).

W piśmie z dnia 20 lipca 2017 r. wykonawca złożył uzupełnione dokumenty JEDZ. Pismo zostało podpisane przez p. Katarzynę Mackovic. Do ww. pisma Wykonawca załączył pełnomocnictwo z dnia 30 czerwca 2017 r. dla p. Krzysztofa Bernatowicza i p. Katarzyny Mackovic do działania w imieniu Egis Projects S.A. udzielone przez p. Rika Joostena.

W dniu 31 lipca 2017 r. zamawiający wezwał konsorcjum Egis do przedłożenia prawidłowego pełnomocnictwa dla p. Katarzyny Mackovic. W treści wezwania zamawiający wskazał, że;

(a) pełnomocnictwo z dnia 30 czerwca 2017 r. zostało udzielone wyłącznie przez spółkę Egis Projects S.A. podczas, gdy treść pisma przewodniego wskazuje, że p. Katarzyna Mackovic składa oświadczenia w imieniu wykonawcy, tj. konsorcjum spółek Egis Projects SA, Egis Electronic Toll Collection Polska Sp. z o.o. oraz TK Telekom Sp. z o.o.;

(b) pełnomocnictwo z dnia 30 czerwca 2017 r. zostało udzielone p. Katarzynie Mackovic, natomiast z treści pełnomocnictwa z dnia 15 lutego 2017 r. załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, które zostało udzielone przez spółkę Egis Toll Collection Polska Sp. z o.o. spółce Egis Projects S.A. (s. 6-8 wniosku) wynika, że Egis Toll Collection Polska Sp. z o.o. uprawnili spółkę Egis Projects S.A. do udzielania pełnomocnictw dalszych wyłącznie p. Krzysztofowi Bernatowiczowi.

W swojej odpowiedzi na ww. wezwanie z dnia 4 sierpnia 2017 r. wykonawca wyjaśnił, że w chwili składania pisma w dniu 20 lipca 2017 r. p. Katarzyna Mackovic była już umocowana do działania w imieniu Egis Projects S.A., Egis Electronic Toll Collection Polska Sp. z o.o. oraz TK Telekom Sp. z o.o. Z powodu omyłki do wyjaśnień wykonawcy nie zostało jednak załączone prawidłowe pełnomocnictwo potwierdzające tę okoliczność. W związku z powyższym, do pisma Wykonawca załączył m.in.:

(a) pełnomocnictwo z dnia 19 lipca 2017 r. udzielone p. Krzysztofowi Bernatowiczowi i p. Katarzynie Mackovic do działania w imieniu Egis Projects S.A., Egis Electronic Toll Collection Polska Sp. z o.o. oraz TK Telekom Sp. z o.o. udzielone przez p. Adbellaha Benhatta;

(b) poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię pełnomocnictwa udzielonego w dniu 4 lipca 2017 r. p. Adbellahowi Benhattowi do działania w imieniu Egis Projects S.A. przez p. Rika Joostena.

W dniu 7 sierpnia 2017 r. zamawiający wezwał konsorcjum Egis do złożenia oryginału pełnomocnictwa dla p. Adbellaha Benhatta, które zostało złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

W dniu 9 sierpnia 2017 r. Wykonawca złożył oryginał pełnomocnictwa dla p. Abdellaha Benhatta.

Wykonawca został dwukrotnie wezwany do uzupełnienia pełnomocnictwa, na podstawie którego p. Katarzyna Mackovic dokonała uzupełnienia formularzy JEDZ konsorcjum EGIS.

Obydwa wezwania dotyczyły bowiem de facto dotyczyły tego samego dokumentu potwierdzającego umocowanie p. Katarzyny Mackovic do działania w imieniu konsorcjum.

W związku z naruszeniem zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów czynność drugiego uzupełnienia dokumentów z dnia 9 sierpnia 2017 r. należy uznać za bezskuteczną. W konsekwencji, uzupełnienie formularzy JEDZ w dniu 20 lipca 2017 r. należy za dokonane przez osobę nieuprawnioną do działania w imieniu konsorcjum, a tym samym bezskuteczne.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby uznać uzupełnienie dokumentów z dnia 9 sierpnia 2017 r. pełnomocnictwo udzielone p. Adbellaha Benhatta w dniu 4 lipca 2017 r. nie zawiera prawa do udzielania dalszych pełnomocnictw. W związku z tym, pełnomocnictwo udzielone przez p. Adbellaha Benhatta p. Katarzynie Mackovic jest nieważne.

Oznacza to, że wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie objętym wezwaniem do uzupełnienia JEDZ z dnia 5 lipca 2017 r.

2. Usługa Wsparcia Czynności Kontrolnych

Odwołujący potwierdził, że w projektach referencyjnych na które powołuje się konsorcjum nie pobiera się żadnych opłat drogowych. Zatem, żaden członek konsorcjum czy też podmiot udostępniający zasoby nie może powoływać się na wykonywanie jakichkolwiek usługi wsparcia czynności kontrolnych w zakresie wykrywania potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat drogowych, ponieważ takiego obowiązku i takich opłat drogowych po prostu nie ma.

Odwołujący, odwołał się w tym zakresie to ogólnie znanych faktów. Skoro system ogranicza się do kontroli przestrzeni parkingowych oraz kontroli prędkości nie może być według odwołującego mowy o żadnym systemie poboru opłat drogowych. Zatem wymienione projekty nie mogą zapewniać wykonywania jakiejkolwiek usługi Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow czy Usługi Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat z Miejscami Poboru Opłat ani Usługi Manualnego Poboru Opłat przy wykorzystaniu

Manualnego Systemu Poboru Opłat a także Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych ani też Usługi Udostępniania OBU

W związku z powyższym odwołujący wniósł o wykluczenie Konsorcjum w trybie art. 24 ust 1 pkt 16) a także 17), tj w związku z celowy wprowadzeniem zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania polegającego na podaniu nieprawdziwych informacji dotyczących spełniania przez Wykonawcę Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu jakim jest wykonywanie usługi wsparcia czynności kontrolnych tzn. niespełnienie przez wykonawcę warunku wykonywania świadczeń polegających na prowadzeniu stałych punktów kontrolnych służących wykrywaniu potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat m.in. przy wykorzystaniu rozpoznawania tablic rejestracyjnych, zapewnieniu mobilnych jednostek kontrolnych tj. pojazdów służących wykrywaniu potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat, czynności wykonywanych w zapleczu technicznym systemu polegających na przetwarzaniu danych w zakresie egzekwowania opłat, wytwarzaniu pakietów danych ewidencyjnych w zakresie potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat."

Odwołujący stoi na stanowisku, że wykonawca nie wykazał, że projekty wskazane powyżej spełniają warunki udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

VIII. Zarzuty dotyczące wniosku Konsorcjum Nemzeti

1. Liczba OBU

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt 111.1.3)a)l.5 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.a.l.5 IdD Wykonawca w swoim wniosku wykazać musiał wykonywanie przez okres co najmniej 3 lat Usługi Udostępniania OBU zdefiniowanej w IdD w sposób następujący:

„Jako Usługę Udostępniania OBU, zamawiający uzna należycie wykonane lub wykonywane świadczenie Wykonawcy polegające na wydawaniu i zarządzaniu ponad 100 000 urządzeń pokładowych (OBU) różnymi kanałami, w tym przez punkty udostępniania w różnych regionach danego kraju."

We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Usługi Udostępniania OBU (warunek określony w pkt III.1.3)a)l.5 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.a.l.5 IdD) konsorcjum Nemzeti powołało się na doświadczenie podmiotów udostępniających zasoby:

- (a) AUTO Securit Zsrtkóruen Mukódó Reszvenytarsasag (AUTO SECURIT Zrt), w ramach którego spółka AUTO Securit Zrt sprzedała, wydała i zarządza 4.567 OBU jako oficjalny Operator Deklarujący na Węgrzech;
- (b) i-Cell Korlatolt Felelossegii Tarsasag (i-Cell Kft), w ramach którego w ramach którego spółka i- Cell Kft. sprzedała, wydała i zarządza 36.527 OBU jako oficjalny Operator Deklarujący na Węgrzech;

(c) Multi Alarm Zsrtkóruen Mukódó Rószvónytársaság (Multi Alarm Zrt), w ramach którego w ramach którego spółka i-Cell Kft. sprzedała, wydała i zarządza 7.635 OBU jako oficjalny Operator Deklarujący na Węgrzech;

(d) Secret Control GPS Korlatolt FelelőssegO Tarsaság (Secret Control GPS Kft), w ramach którego w ramach którego spółka i-Cell Kft. sprzedała, wydała i zarządza 24.460 OBU jako oficjalny Operator Deklarujący na Węgrzech;

(e) WebEye Magyarorszag Kft, w ramach którego w ramach którego spółka i-Cell Kft. sprzedała, wydała i zarządza 27.796 OBU jako oficjalny Operator Deklarujący na Węgrzech.

W pkt II. 1 Wezwania z dnia 5 lipca 2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wskazał,

że:

„W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.1.3)a).i.5 Instrukcji do Dialogu (dalej także JdD”) i zgodnie z treścią warunku dotyczącego Usługi Udostępniania OBU, zamawiający wymagał aby Wykonawca wykazał doświadczenie w zakresie wydania i zarządzania ponad 100.000 urządzeń OBU różnymi kanałami, w tym przez punkty udostępniania w różnych rejonach danego kraju, realizowanej w ramach jednej umowy. Tymczasem Wykonawca wskazał na potwierdzenie spełnienia tego warunku usługi realizowane przez pięć odrębnych podmiotów, w ramach odrębnych umów/usług Nemzeti Otdijfizetesi Szolgálató Zrt, AUTO SECURIT Zrt, Multi Alarm Zrt, Secret Control GPS Kft, Secret Control GPS Kft, WebEye Magyarorszag Kft”.

W związku z powyższym zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia JEDZ przez wykazanie się Usługą Udostępniania OBU spełniającą warunki, o których mowa w pkt 3.1.3,a).i.5 IdD, w tym ewentualnie modyfikację JEDZ (część II sekcja C) w zakresie oświadczenia w przedmiocie powoływania się na zasoby podmiotów trzecich.

W uzupełnionym w wyniku wezwania JEDZ Nemzeti Utdijfizetési Szolgálató Zrt (National Toll Payment Services Ptc.) w części IV wykonawca wskazał, że świadczona przez niego w ramach projektu HU-GO w okresie od dnia 1 lipca 2013 r. do dnia składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu:

„Usługa udostępniania OBU jest wykonywana przez Nemzeti Ótdijfizetési Szolgálató Zrt, i polega na wydawaniu i zarządzaniu ponad 100.000 urządzeń pokładowych (OBU) różnymi kanałami, przez punkty udostępniania prowadzone przez Operatorów Deklarujących Opłaty w różnych rejonach Węgier.”

Z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że Usługa Udostępniania OBU świadczona przez Nemzeti Utdijfizetesi Szolgálató Zrt nie obejmowała w okresie referencyjnym liczby 100.000 urządzeń. Konsorcjum Nemzeti nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w 111.1.3)a).i.5 Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 3.1.3.a).i.5 IdD i podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy.

Z prezentacji p. Zoltána Vargi dotyczącej systemu HU-GO z października 2014 r. udostępnionej na stronie Międzynarodowego Stowarzyszenia Mostów, Tuneli i Autostrad (IBTTA - International Bridge, Tunnel and Turnpike Association) wynika, że liczba urządzeń OBU zarejestrowanych w systemie HU-GO:

- (a) na dzień 1 marca 2014 r. wynosiła 62.833;
- (b) na dzień 1 maja 2014 r. wynosiła 69.325;
- (c) na dzień 1 lipca 2014 r. wynosiła 73.469 (s. 11).

Jako dowód odwołujący powołał prezentację p. Zoltána Vargi, dyrektora generalnego Toll Service PLC, pt.

„Wprowadzenie do HU-GO, węgierskiego elektronicznego systemu poboru opłat opartego na odległości” przedstawiona w Pradze w październiku 2014 r., dostępna na stronie: [https://ibttta.ora/sites/default/files/documents/2014/14PraaeA/aroa Zoltan .pdf](https://ibttta.ora/sites/default/files/documents/2014/14PraaeA/aroa%20Zoltan.pdf)

Z prezentacji p. Zoltána Vargi wynika zatem, że w okresie referencyjnym liczba urządzeń OBU zarejestrowanych w systemie HU430 była niższa niż 100.000 wymagane przez zamawiającego.

P. Zoltan Varga, który przygotował ww. prezentację występuje w niniejszym postępowaniu jako pełnomocnik członków konsorcjum oraz osoba wyznaczona przez Wykonawcę do pełnienia funkcji Kierownika ds. operacyjnych.

Prezentacja ta została wykorzystana przez Komisję Europejską jako źródło informacji statystycznych przy sporządzaniu dokumentu roboczego Komisji Europejskiej z dnia 31 maja 2017 r. „OCENA EX POST Dyrektywy 2004/52/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 w sprawie interoperacyjności systemów elektronicznych opłat drogowych we Wspólnocie oraz Decyzji 2009/750/EC z 6 października 2009 Komisji w sprawie definicji europejskiej usługi opłaty elektronicznej oraz jej elementów technicznych.” (s. 21, przypis 36).

Jako dowód odwołujący powołał opracowanie Komisji Europejskiej, Raport finalny z dnia 31 maja 2017 r. „OCENA EX POST Dyrektywy 2004/52/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 w sprawie interoperacyjności systemów elektronicznych opłat drogowych we Wspólnocie oraz Decyzji 2009/750/EC z 6 października 2009 Komisji w sprawie definicji europejskiej usługi opłaty elektronicznej oraz jej elementów technicznych.”

Zawarte w ww. prezentacji dane statystyczne dotyczące liczby zarejestrowanych w systemie HU-GO urządzeń OBU są powielone również w innych prezentacjach p. Zoltána Vargi dotyczących systemu HU-GO.

Jako dowód odwołujący powołał prezentację p. Zoltána Vargi, dyrektora generalnego Toll Service PLC, pt „Jak zamienić obowiązek zapłaty w usługi o wartości dodanej? Historia węgierskiego AET”, przedstawiona w San Diego w lipcu 2014 r. dostępna na stronie: [httpD://ibttta.ora/sites/default/files/documents/2014/14SanDiego/Varaa Zoltan.ppt](http://ibttta.ora/sites/default/files/documents/2014/14SanDiego/Varaa%20Zoltan.ppt) s. 14

2. Certyfikat DEVELOR

Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego kwalifikacji zawodowych wymagał od osób skierowanych do pełnienia funkcji Kierownika ds. Wdrożenia, Kierownika ds. operacyjnych, Eksperta ds. Wdrożenia IT i Eksperta ds. Utrzymania IT posiadania certyfikatu, wydanego przez właściwy podmiot, niezależny od wykonawcy, potwierdzającego posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami (pkt 3.1. 3) b) 1, 2 5 i 6 IdD).

Wykonawca do pełnienia funkcji Kierownika ds. Wdrożenia i jednocześnie Eksperta ds. Wdrożenia IT wyznaczył p. Dezso Meszaros. Pan Dezso Meszaros został wskazany w JEDZ i-Cell Mobilsoft Zrt (s. 62-64). W opisie kwalifikacji p. Dezso Meszaros odniesieniu do warunku dotyczącego posiadania certyfikatu został zawarta informacja:

„Certyfikat: Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOR”

Z kolei na stanowisko Kierownika ds. operacyjnych Wykonawca wskazał p. Zoltana Vargę oraz p. Lajossa Veressa (s. 37-39 Wniosku). Obaj Panowie zostali wskazani w JEDZ Nemzeti Utdijfizetési Szolgálat Zrt. Również w opisie kwalifikacji p. Zoltana Vargi odniesieniu do warunku dotyczącego posiadania certyfikatu była zamieszczona informacja:

„Certyfikat: Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOR”

Zamawiający pismem z 5 lipca 2017 r. zwrócił się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do Wykonawcy do uzupełnienia JEDZ Nemzeti Utdijfizetési Szolgálat Zrt oraz i-Cell Mobilsoft Zrt przez podanie informacji, czy posiadany przez p. Dezso Meszaros oraz p. Zoltana Vargę „Certyfikat: Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOR” został wydany przez właściwy podmiot, niezależny od wykonawcy, potwierdzający posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami?

Wykonawca przy piśmie z 20 lipca 2017 r. uzupełnił JEDZ obu podmiotów we wskazanym zakresie, podając w odniesieniu do każdej z ww. osób informację:

„Certyfikat: Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOR” został wydany przez uprawniony podmiot, niezależny od wykonawcy, oraz potwierdza posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia i zarządzania projektami. DEVELOR jest organizacją akredytowaną przez Węgierski Urząd ds. Szkoleń i Kształcenia Dorosłych”

Jednocześnie wykonawca dokonał zmian osób skierowanych do pełnienia wcześniej wymienionych funkcji dokonując zmian w JEDZ. Do pełnienia funkcji Kierownika ds. operacyjnych wyznaczył dodatkową osobę - p. Istvana Veresa, wskazując, że posiada ona certyfikat „Certyfikat: Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOR” wydany przez uprawniony podmiot, niezależny od wykonawcy, potwierdzający posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/ zarządzania projektami. Jednocześnie przesunął p. Lajossa Veressa z funkcji Kierownika ds. operacyjnych na stanowisko Eksperta ds. Utrzymania IT.

W ocenie odwołującego certyfikat „Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOR” nie spełnia wymagań zamawiającego. Jak wynika z samej nazwy tego dokumentu stanowi on jedynie poświadczenie ukończenia szkolenia przeprowadzonego przez 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”.

Jako dowód odwołujący powołał wzór certyfikatu ukończenia szkolenia rozwojowego przez Develor Polska „Zarządzanie projektami”

Okoliczność, że przedmiotowy certyfikat poświadcza jedynie fakt ukończenia szkolenia, została również zweryfikowana przez zamawiającego. Wskazuje na to treść załączonej do protokołu z postępowania opinii dotyczącej certyfikatu Develor.

Jako dowód odwołujący powołał opinię członka Komisji Przetargowej Pani Doroty Miziołek z 27 marca 2017 r. (w aktach postępowania)

Opiniująca przeprowadziła analizę „w oparciu o informacje publicznie dostępne oraz na podstawie bezpośredniej rozmowy z przedstawicielami Develora oraz Prince w Polsce”. Na tej podstawie stwierdziła, cytując: „Zgodnie z uzyskanymi informacjami certyfikat Develor potwierdza, że osoba ukończyła szkolenie w zakresie zarządzania projektami”.

Na tym tle u odwołującego powstaje pytanie: czy certyfikat poświadczający odbycie szkolenia jest dokumentem „potwierdzającym posiadanie wiedzy i umiejętności”? Odpowiedź na to pytanie może, powinna a nawet musi być wyłącznie negatywna. Otóż w pedagogice uznaje się, że nabycie określonej wiedzy lub umiejętności jest efektem uczenia się. Jednocześnie zauważa się, że efekty uczenia się zależne są między innymi od pamięci, koncentracji uwagi, motywacji, zainteresowań, zdolności (Wikipedia https://pl.wikipedia.org/w/index.php?title=Uczenie_się&action=edit§ion=0)

Z tych powodów uczenie się nie gwarantuje automatycznie nabycia określonej wiedzy lub umiejętności. Zasady doświadczenia życiowego podpowiadają, że można się uczyć i uczyć, a niewiele umieć. Dlatego potwierdzenie posiadania określonej wiedzy lub umiejętności następuje w drodze weryfikacji (walidacji) efektów uczenia się. Standardowo weryfikacja efektów uczenia wymaga przeprowadzenia sprawdzianów wiedzy lub praktycznych umiejętności. Sumując, nieodzownym elementem procesu certyfikacji wiedzy i umiejętności jest zweryfikowanie poziomu nabytej wiedzy i umiejętności.

Zdaniem odwołującego sam udział w szkoleniu z zakresu metodologii projektu organizowanym przez firmę Develor nie gwarantuje efektu nabycia wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami. W konsekwencji certyfikat potwierdzający odbycie szkolenia z zakresu metodologii projektu/zarządzania

projektami nie spełnia wymogów określonych w IdD, bowiem nie potwierdza posiadania wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami. Zdaniem odwołującego wykonawca nie potwierdził, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie Kierownika ds. Wdrożenia, Eksperta ds. Wdrożenia IT oraz Kierownika ds. operacyjnych, posiadających wymagane kwalifikacje. Biorąc pod uwagę fakt, iż Wykonawca był już raz wzywany do uzupełnienia JEDZ w zakresie dotyczącym Kierownika ds. Wdrożenia, Eksperta ds. Wdrożenia IT oraz Kierownika ds. operacyjnych, nie zachodzi możliwość ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia JEDZ w tym samym zakresie.

3. Brak JEDZ podmiotów udostępniających zasoby

Kierownik ds. operacyjnych p. Zoltan Varga został wykazany w JEDZ Nemzeti Útdíjfizetési Szolgálató Zrt. Pan Zoltan Varga został określony jako „profesjonalny konsultant Nemzeti Útdíjfizetési Szolgálató Zrt. Jednocześnie z opisu doświadczenia p. Zoltana Vargi wynika, że obecnie jest Dyrektorem Zarządzającym innego podmiotu - spółki Usługi Poboru Opłat SA, która jest w 100% zależna od Nemzeti Útdíjfizetési Szolgálató Zrt.

Również p. Lajos Veress pełniący funkcję Eksperta ds. utrzymania IT został wykazany w JEDZ Nemzeti Útdíjfizetési Szolgálató Zrt jako „profesjonalny konsultant” tego podmiotu. Dla uzyskania pełnego obrazu sytuacji należy dodać, że z JEDZ wynika, iż w okresie 2014-2017 zajmowane przez p. Lajosa Veressa stanowisko to Dyrektor Systemów ze szczególnie wysokim ryzykiem w NISZ Krajowe Przedsiębiorstwo Usług Informacyjno-komunikacyjnych S.A.

Konsultant, doradca (łac. *consultare* - omawiać) to osoba zawodowo zajmująca się udzielaniem porad w wybranej dziedzinie. Konsultant zazwyczaj nie jest pracownikiem etatowym swojego klienta, lecz prowadzi działalność na własny rachunek lub jest pracownikiem firmy doradczej (konsultingowej), świadcząc usługi dla większej liczby klientów (Wikipedia, <https://pl.wikipedia.org/wiki/Konsultant>).

Wskazuje to w ocenie odwołującego, że obaj Panowie nie są na stałe zatrudnieni w Nemzeti Útdíjfizetési Szolgálató Zrt, lecz świadczą na jej rzecz usługi. Dlatego zamawiający powinien ich traktować jako inne podmioty, na których zasobach Nemzeti Útdíjfizetési Szolgálató Zrt polega. Powinni zatem podpisać zobowiązanie do udostępnienia zasobów oraz złożyć JEDZ. Wskazuje na to treść formularza JEDZ (Część II: Informacje dotyczące wykonawcy, Sekcja C: Informacje na temat polegania na zdolnościach innych podmiotów). Wynika z niego, że obowiązek złożenia jednolitego dokumentu dotyczy „również wszystkich pracowników technicznych lub służb technicznych, nienależących bezpośrednio do przedsiębiorstwa danego wykonawcy, w szczególności tych odpowiedzialnych za kontrolę jakości, a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane - tych, do których będzie mógł się bezpośrednio zwrócić o wykonanie robót”. Kierując się powyższą wskazówką, należałoby

uznać, że ilekroć wykonawca powołuje się na dysponowanie osobami, które prowadzą działalność na własny rachunek, musi udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował tymi osobami, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych osób do udziału w realizacji zamówienia, np. w charakterze podwykonawców.

Wobec niezłożenia zobowiązań do udostępnienia zasobów oraz JEDZ przez ww, osoby, wykonawca nie potwierdził, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie Kierownika ds. operacyjnych oraz Eksperta ds. utrzymania IT.

4. Bezskuteczne uzupełnienie JEDZ

Zamawiający pismem z 5 lipca 2017 r. zwrócił się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do Wykonawcy o uzupełnienia JEDZ Nemzeti Útdíjizetési Szolgálató Zrt oraz JEDZ i-Cell Mobilsoft Zrt:

- (a) przez wykazanie się Usługą Udostępnienia OBU spełniającą warunki udziału w postępowaniu
- (b) przez podanie w JEDZ informacji dotyczących Usługi Wdrożenia, wymaganych do potwierdzenia, że spełnienia ona warunki udziału w postępowaniu
- (c) o treści wymagane warunkiem 3.3.1.3) lit. b w zakresie osób wskazanych do pełnienia funkcji

Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności - p. Andresa Koroma,

Kierownika ds. Wdrożenia - p. Dezso Meszarosa,

Kierownika ds. operacyjnych Wykonawca - p. Zoltana Vargę oraz p. Lajossa Veressa, Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat - p. Zoltana Tibora Takacsa, Eksperta ds. Wdrożenia IT - p. Dezso Meszarosa, Eksperta ds. Utrzymania IT - p. Lajosa Veressa.

W odpowiedzi Wykonawca przy piśmie z 20 lipca 2017 r. uzupełnił JEDZ ww. podmiotów przez złożenie poprawionych fragmentów JEDZ. Poprawienie JEDZ tych podmiotów zostało dokonane w sposób bezskuteczny. W konsekwencji według odwołującego, konsorcjum Nemzeti nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie jakiego dotyczyło wezwanie.

JEDZ Nemzeti Útdíjizetési Szolgálató Zrt oraz JEDZ i-Cell Mobilsoft Zrt nie został poprawiony w sposób skuteczny, ponieważ niedopuszczalne jest poprawienie JEDZ przez wymianę fragmentu formularza.

Korekta urzędowego formularza dokonana przez wymianę jego fragmentu jest niedopuszczalna.

Formularz JEDZ został wprowadzony do polskiego porządku prawnego rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Zgodnie z tym rozporządzeniem JEDZ stanowi standardowy formularz ustanowiony na szczeblu europejskim (zob. motyw 4 preambuły rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z

dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia). Uzasadnione jest zatem twierdzenie, że JEDZ stanowi formularz urzędowy, a więc stanowi kwalifikowaną formę pisemną oświadczenia.

Dla skuteczności uzupełnienia braków lub korekty błędów zawartych w formularzu konieczne jest złożenie kompletnego, poprawnie wypełnionego formularza. Zasada powyższa znajduje zastosowanie w przypadku formularzy urzędowych stosowanych w innych postępowaniach. Przykładowo złożenie pisma procesowego na pisemnym formularzu w postępowaniu cywilnym obarczonego brakami formalnymi skutkuje koniecznością ponownego złożenia pisma na formularzu urzędowym. Zgodnie z Art. 1301 § 11 kpc, jeżeli pismo procesowe, które powinno być wniesione na urzędowym formularzu, nie może otrzymać prawidłowego biegu na skutek niezachowania warunków formalnych, przewodniczący wzywa stronę do jego poprawienia lub uzupełnienia w terminie tygodniowym, przesyłając złożone pismo. Dopiero złożenie poprawionego pisma wywołuje skutek jego wniesienia.

Z powyższego wynika, że w stosunku do kwalifikowanej formy pisemnej oświadczenia, jaką jest formularz ustawodawca wymaga podwyższonego rygoryzmu formalnego. Rygoryzm ten objawia się w traktowaniu formularza jako niepodzielnej całości, co wyraża się w tym, że poprawienie wadliwie wypełnionego formularza lub uzupełnienie jego braków może nastąpić jedynie przez ponowne złożenie formularza takiego samego rodzaju o poprawionej treści. Zasada zdaniem odwołującego powinna znaleźć zastosowanie również w przypadku formularzy urzędowych stosowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powyższych argumentów, złożenie przez Nemzeti jedynie fragmentu formularza JEDZ nie może zostać uznane za skuteczne poprawienie oświadczenia.

Po drugie, poprawienie JEDZ przez konsorcjum Nemzeti było bezskuteczne, gdyż poprawione części formularza nie były opatrzone oświadczeniem z części VI JEDZ.

Część VI JEDZ „Oświadczenia końcowe” zawiera oświadczenia wykonawcy o następującej treści:

„Niżej podpisany(-a)(-i) oficjalnie oświadcza(-ją), że informacje podane powyżej w częściach IV-V są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd.

Niżej podpisany(-a)(-i) oficjalnie oświadcza (-ją), że jest (są) w stanie, na żądanie i bez zwłoki, przedstawić zaświadczenia i inne rodzaje dowodów w formie dokumentów [...].

Niżej podpisany(-a)(-i) oficjalnie wyraża(-ją) zgodę na to, aby [wskazać instytucję zamawiającą iub podmiot zamawiający określone w części I, sekcja A] uzyskać(-a)(-o) dostęp do dokumentów potwierdzających informacje, które zostały przedstawione w [wskazać część/sekcję/punkt(-y), których to dotyczy] niniejszego jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, na potrzeby [określić postępowanie o udzielenie zamówienia: (skrótowy opis, adres publikacyjny w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer referencyjny)]¹

Oświadczeniem tym wykonawca potwierdza, że złożone przez niego oświadczenie co do zawartych w JEDZ jest prawdziwe, co jest w stanie potwierdzić przez przedstawienie zamawiającemu odpowiednich zaświadczeń i dokumentów.

Brak zawarcia takiego oświadczenia co do informacji zawartych w poprawionym przez konsorcjum Nemzeti fragmentu JEDZ według odwołującego sprawia, że poprawienie to jest wadliwe, a tym samym nieskuteczne.

Zamawiający w dniu 22 sierpnia 2017 roku powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 25 sierpnia 2017r. nastąpiło zgłoszenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: FBSerwis B spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie; ul. Stawki 40, Cintra Global Ltd z siedzibą w Oxfordzie, Anglia, Edmund Halley Road, The Sherard Building; Vialivre S.A. z siedzibą w Lizbonie, Portugalia, Avenida Duque D'Avila 46-8º; Cintra Toll Services LLC z siedzibą w Wilmington Stany Zjednoczone Ameryki Północnej, Great Hills Trail, Suite 250E, 78759 Austin, 1290 Orange Street, Delaware 19801 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1751/17 po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 sierpnia 2017r. udzielonego przez FB Serwis i podpisanego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w odpisie z KRS.

FBSERWIS działał na podstawie pełnomocnictw pozostałych wykonawców:

- Cintra Global z dnia 14 lutego 2017r. udzielonego przez osobę umocowaną na podstawie nieprzerwanego ciągu dokumentów załączonych do zgłoszenia,
- Vialivre z dnia 10 lutego 2017r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z Rejestrem Handlowym w Lizbonie,
- Cintra Toll Services z dnia 13 lutego 2017r. udzielonego przez dwóch członków rady dyrektorów, których umocowanie wykazano oświadczeniami notarialnymi. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 25 lipca 2017r. Ponadto Konsorcjum stoi na stanowisku, że jeden z jego partnerów nie dysponuje dokumentem w postaci podpisanego przez dwie strony protokołu odbioru i uważa, że taki dokument nie był w tym postępowaniu bezwzględnie wymagany i zamierza bronić tego poglądu.

W dniu 25 sierpnia 2017r. nastąpiło zgłoszenie wykonawcy SkyToll a.s. z siedzibą w Bratysławie, Słowacja, ul. Lamačská cesta 3/A zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1751/17 po stronie Zamawiającego.

Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 kwietnia 2017r. udzielonego przez pełnomocnika spółki, który działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 lutego 2017r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu spółki ujawnionych w wypisie z rejestru handlowego Sądu Powiatowego Bratysława I. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 25 sierpnia 2017r. Wykonawca oświadczył, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż został zakwalifikowany do składania ofert, a uwzględnienie odwołania uniemożliwi mu złożenie oferty. Wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 24 sierpnia 2017r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie; Al. Jana Pawła II 39A Integrated Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Skierniewicka 10A; Orange Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 260; BT Signaal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Jana III Sobieskiego 2 zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1751/17 po stronie zamawiającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 lutego 2017r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu Comarch Polska SA, ujawnionych w odpisie z KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Comarch Polska SA działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 lutego 2017r. udzielonego przez pozostałych wykonawców i podpisanego za Integrated Solution sp. z o.o. przez Marcina Dżoga, dla którego umocowania nie wykazano, nie figuruje w załączonym odpisie z KRS, a dla skutecznej reprezentacji wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu, za Orange Polska SA przez Mariusza Chochołkę, dla którego umocowania nie wykazano, nie figuruje w załączonym odpisie z KRS, a dla skutecznej reprezentacji wymagane jest współdziałanie prezesa i członka zarządu, za Bt Signaal przez wiceprezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji i ujawnionego w KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 24 sierpnia 2017r. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania prowadziłoby do wyeliminowania go z listy wykonawców dopuszczonych do składania ofert. Wnieśli o oddalenie odwołania.

W dniu 25 sierpnia 2017r. nastąpiło zgłoszenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: S&T Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21D; Conduent State & Local Solutions Inc. z siedzibą w Fairfax, Stanach Zjednoczonych Ameryki, 8260 Willow Oaks Corporate Drive Północnej ; Vitronic Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH z siedzibą w Wiesbaden, Niemcy, Hasengartenstraße 14 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o

sygn. akt KIO 1751/17 po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 lutego 2017r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu S&T, zgodnie z odpisem z KRS. S&T działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 lutego 2017r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z odpisem z właściwego rejestru i na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 lutego udzielonego przez wiceprezesa zarządu, zgodnie z certyfikatem sekretarza. Kopia zgłoszenia została przekazana w dniu 25 sierpnia 2017r. Konsorcjum wskazało, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, bo złożyło wnioski i zostało zakwalifikowane do dalszego postępowania, a uwzględnienie odwołania może spowodować utratę możliwości uzyskania zamówienia. Wniosło o oddalenie odwołania, a w części pozostawienie zarzutów bez rozpoznania jako spóźnionych wskazując, że informacje o projekcie E-ZPAss i projekcie dla Teksas Departament od Operations były znane odwołującemu wcześniej tj. od 24 kwietnia 2017r., a w dniu 12 lipca 2017r. powtórzyło jedynie informacje podane zamawiającemu wcześniej, stąd odwołanie co do tych okoliczności jest spóźnione.

W dniu 24 sierpnia 2017r. nastąpiło przystąpienie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Nemzeti Utdíjizetesi Szolgálat Zártkörűen működő Reszvénytársaság z siedzibą w Budapeszcie, Węgry, ul. Váci út 45B; i-Cell Mobilsoft Zártkörűen működő Reszvénytársaság z siedzibą w Budapeszcie, Węgry, Gizella út 51-57 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1751/17 po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 maja 2017r. udzielonego przez Nemzeti i podpisanego przez osobę upoważnioną do samodzielnej reprezentacji Nemzeti, zgodnie ze złożonym odpisem z rejestru sądowego, Nemzeti działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 lutego 2017r. udzielonego przez obu wykonawców i podpisanego zgodnie z zasadami reprezentacji każdego z nich, zgodnie z załączonymi odpisami z rejestrów sądowych. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 24 sierpnia 2017r. Wykonawcy wskazali, że zostali dopuszczeni do składania ofert, a uwzględnienie odwołania powodowałoby zmianę stanowiska zamawiającego, co byłoby dla nich niekorzystne.

W dniu 25 sierpnia 2017r. wpłynęło zgłoszenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Egis Projects S.A. z siedzibą w Saint Quentin –Yvelines Cedex, Francja, 15 Avenue du Centre-CS; Egis Electronic Tool Collection Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Emilii Plater 53; TK Telekom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kijowska 10/12A zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1751/17 po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw udzielonych przez wykonawców:

- przez Egis Electronic Toll Collection Polska jako prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji,
- przez Egis Projekt na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 sierpnia 2017r. udzielonego przez dyrektora generalnego ujawnionego w Rejestrze Handlowym i Spółek i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji,
- przez TK Telecom na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 maja 2017r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w odpisie z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 25 sierpnia 2017r.

Konsorcjum wskazało, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania mogłoby skutkować anulowaniem czynności dopuszczenia go do dialogu konkurencyjnego. Wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 25 sierpnia 2017r. nastąpiło zgłoszenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum SKYWAYS: Leadville Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, al. Jerozolimskie 56C, Strabag Motorway GmbH Ortenburgerstrasse 27 9800 Spittal an der Drau, Austria zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1751/17 po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch pełnomocników działających na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 maja 2017r. udzielonego przez Leadville Investments przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS do samodzielnej reprezentacji. Leadville Investments działało na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 lutego 2017r. udzielonego przez Strabag Motorway reprezentowanego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z odpisem z Centralnego Rejestru Przedsiębiorstw. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 25 sierpnia 2017r. Konsorcjum wskazało, że zostało dopuszczone do składania ofert w sposób zgodny przepisami ustawy i w jego interesie jest oddalenie odwołania i utrzymanie prawidłowej oceny wniosku Konsorcjum, w przeciwnym wypadku zostałby wykluczony z postępowania albo jego wniosek poddany ponownej ocenie.

W dniu 25 sierpnia 2017r. wpłynęło zgłoszenie od wykonawcy Catterick Investments spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Królewska 16 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1751/17 po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 sierpnia 2017r. udzielonego przez upoważnionego do samodzielnej reprezentacji prezesa zarządu zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 25 sierpnia 2017r. wykonawca wskazał, że ocena jego wniosku jest prawidłowa i korzystne dla niego jest utrzymanie tej oceny, bo w przeciwnym wypadku nie miałby możliwości dalszego uczestnictwa i uzyskania zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wnioś o oddalenie przedmiotowego odwołania z uwagi na błędne utożsamianie interesu odwołującego w wykluczeniu konkurentów na tym etapie postępowania z interesem w uzyskaniu zamówienia. Podniósł, że na obecnym etapie nie zostało zakończone badanie wniosków, a wszyscy wykonawcy zostali zakwalifikowani do dalszego etapu postępowania. Odwołujący nie może obecnie ponieść szkody, bo zamawiający będzie jeszcze weryfikował spełnianie warunków udziału w postępowaniu przy ustaleniu, która z ofert jest ofertą uznaną za najkorzystniejszą, zatem nie dojdzie do sytuacji, w której odwołujący musiałby konkurować z wykonawcą podlegającym wykluczeniu. Dla zamawiającego najkorzystniej jest zapewnić sobie jak najszerszą konkurencyjność postępowania, bo daje to szansę na wypracowanie optymalnego rozwiązania spełniającego oczekiwania społeczne i potrzeby zamawiającego. Gdyby jednak powyższy wniosek nie został uwzględniony przez Izbę, zamawiający z ostrożności procesowej wnioś o oddalenie przedmiotowego odwołania i merytorycznie odniósł się do wskazanych w odwołaniu wniosków i żądań odwołującego.

I. Odnośnie zarzutów dotyczących Catterick

Zamawiający wskazał, że wymaganie z IdD, do którego odnosi się odwołujący brzmi następująco: „Za wykonanie Usług (wskazanych w pkt od 1 do 5) i wykonanie Wdrożenia Zamawiający uzna doprowadzenie do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważonego dokumentu”, W JEDZ w/w podmiotów brak było odpowiednich informacji, w związku z czym w wezwaniu z dnia 5 lipca 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Catterick o uzupełnienie JEDZ”.

Catterick uzupełnił dokumenty JEDZ o wymagane informacje w sposób przytoczony przez odwołującego na str. 15 i 16 odwołania. Zdaniem zamawiającego, Catterick prawidłowo uzupełnił JEDZ obydwu PUZ i tym samym wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Potwierdzono bowiem, że wskazane projekty zostały ukończone i prawidłowo wykonane. Catterick wskazał, że przeprowadzono w tym zakresie testy. Jednocześnie zadeklarował, że poświadczenie należytego wykonania „może zostać potwierdzone” „may be confirmed” (tłumaczenie odwołującego, które uznajemy za właściwe) oświadczeniem zamawiających. Zamawiający zaprzecza, że zwrot „may be confirmed” należy rozumieć wąsko jako odnoszące się wyłącznie do przyszłości. Zwrot ten „może zostać potwierdzone” oznacza w tym przypadku, że wykonawca dysponuje dokumentem i dzięki niemu „może potwierdzić” wykonanie zamówienia, w każdym razie z treści JEDZ nie wynika nic przeciwnego, jak utrzymuje odwołujący.

Żądany dokument ma służyć weryfikacji zdolności technicznej i zawodowej (wiedzy i doświadczenia) wykonawcy we wcześniejszym okresie jego działalności. Powszechnie przyjmuje się, że dokumentami, które w Polsce są uznawane za potwierdzające powyższe mogą być np. protokół odbioru oraz referencje. Protokół odbioru zwyczajowo podpisują obie

strony. Brak podpisu strony zamawiającej umniejsza wartość takiego dowodu z uwagi na to, że nie ma pewności czy zamawiający nie odmówił podpisu z uwagi na nienależyte wykonanie zamówienia. Z tego względu w IdD znalazł się wymóg „podpisania przez obie strony protokołu odbioru”. Jednocześnie podpis drugiej strony nie jest zwyczajowo wymagany w odniesieniu do dokumentu referencji (oświadczenia zamawiającego), gdyż jest to oświadczenie własne jednego podmiotu - odbiorcy - potwierdzające wykonanie określonego przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Z tego względu zamawiający w niniejszej sprawie jako na okoliczność wykonania/zakończenia usługi alternatywnie do oświadczenia o podpisaniu przez obie strony protokołu odbioru dopuścił przedstawienie przez wykonawców innego równoważonego dokumentu, z którego wynikać będzie fakt jej wykonania. W treści IdD nie należy upatrywać wymagania, aby oświadczenie odbiorcy usług/wdrożenia było podpisane przez obie strony. Nie ma ani takiego zwyczaju, ani nie jest to potrzebne zamawiającemu do uzyskania potwierdzenia, że zamówienie zostało wykonane (zakończone). Kluczowy jest podpis zamawiającego, czyli odbiorcy usługi. Zamawiający wskazał, że z pkt. 5.6.1) lit b IdD wynika, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający wymagał załączenia dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że referencje/oświadczenie odbiorcy mają wręcz większą moc dowodową od protokołu odbioru, gdyż wystawiane są zazwyczaj w jakiś czas po podpisaniu protokołu odbioru, więc gwarantują, że w okresie po dokonaniu odbioru do wystawienia referencji nie ujawniły się wady lub usterki, których istnienia wcześniej strony nie były świadome. Referencję/oświadczenie zamawiającego należy zatem uznać za „inny równoważny dokument”, o którym mowa w IdD,

Co więcej, Catterick w treści JEDZ wykazał, że wykonanie zamówienia może potwierdzić również w inny sposób, tj. za pomocą korespondencji z zamawiającym w sprawie osiągnięcia kamieni milowych projektów, jak również dokumentacji zakończonych z powodzeniem projektów.

Należy dodać, że nawet gdyby uznać, że zapis z IdD jest nieprecyzyjny i można go zrozumieć tak jak tego chce odwołujący, jakkolwiek zamawiający takiemu jego rozumieniu zaprzecza, to w dalszym ciągu nie uzasadnia to wykluczenia wykonawcy Catterick, gdyż powszechnie przyjęta linia orzecnicza KIO przyjmuje, że wszelkie niejasności dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców.

Co więcej, nic nie stoi na przeszkodzie, aby Catterick opatrzył oświadczenia wystawione przez zamawiających dodatkowo podpisem własnego przedstawiciela, co powinno spełnić nawet oczekiwania odwołującego co do formy dokumentu.

Na koniec Zamawiający wskazuje, że w części VI JEDZ znajduje się oświadczenie, które podpisuje każdy wykonawca, które brzmi: „Niżej podpisany (-a) (-i) oficjalnie oświadcza (-ją) że jest (są) w stanie, na żądanie i bez zwłoki przedstawić zaświadczenia i inne rodzaje dowodów w formie dokumentów [...]”, co zdaniem zamawiającego dodatkowo potwierdza, że Catterick posiada wymagane dokumenty.

II. Odnośnie zarzutów dotyczących Konsorcjum Skyways

Zarzuty dotyczące Kierownika ds. Wdrożenia oraz Eksperta do spraw Wdrożenia IT Petera Spannagla.

Na str. 15-17 uzupełnionego w dniu 20 lipca 2017 r. JEDZ EFKON AG. potwierdzono doświadczenie Petera Spannagla i opisano je zgodnie z wezwaniem. Posługując się określeniami stosowanymi przez odwołującego na stronie 18 odwołania, Zamawiający potwierdza, że dla wykazania doświadczenia wskazano projekty: Ecopoints, System Austriacki, System Czeski oraz System Białoruski.

Zamawiający podkreślił, że nie ma żadnych powodów aby kwestionować oświadczenie wykonawcy zawarte w JEDZ. Zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp do wniosku załącza się JEDZ, który stanowi oświadczenie wykonawcy, wstępne potwierdzenie, że spełnia on warunki udziału i nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Wykonawca podpisując JEDZ potwierdza zatem prawdziwość przekazywanych informacji.

Tym samym, wobec braku jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie, że Pan P. Spannagl nie pełnił w trakcie realizacji Systemu Austriackiego, Systemu Czeskiego i Systemu Białoruskiego funkcji zastępcy kierownika projektu odpowiedzialnego za wdrożenie systemu teleinformatycznego, brak jest podstaw do twierdzenia, że wykonawca nie wykazał wstępnie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca odniósł się do wezwania zamawiającego z dnia 5 lipca 2017 r. i wyjaśnił wątpliwości, jakie zamawiający miał co do pełnienia wymaganej funkcji przez Petera Spannagla przy Systemie Białoruskim w sposób następujący:

„(...) wyjaśniamy [...], że międzynarodowa, najlepsza i powszechna praktyka pokazuje, że w tego rodzaju istotne i złożone projekty może być zaangażowanych wielu kierowników projektów. Nie mamy wiedzy, na temat tego, że w białoruskim programie poboru opłat typu free-flow (MLFF) W latach marzec 2012 - czerwiec 2015 stanowisko zastępcy kierownika projektu było zajmowane przez inną niż pan Spannagl osobę. W tym konkretnym przypadku i na podstawie ograniczonych dostępnych informacji możemy tylko potwierdzić, że Pan Spannagl posiada wymagane doświadczenie i niezbędne umiejętności [...]”.

Zatem w punktu widzenia zamawiającego wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i brak jest jakichkolwiek dowodów przeciwnych, Zgodnie z Kodeksem Cywilnym (art. 6) „Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne”, zatem w tym przypadku jest to odwołujący. W treści odwołania twierdzenia odwołującego nie zostały poparte żadnymi dowodami i w związku z tym nie zasługują na uwzględnienie.

Po pierwsze zamawiający wskazał, że przedmiotowy zarzut dotyczący rzekomych podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy nie powinien podlegać rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą, ponieważ jego podstawa faktyczna w ogóle nie odnosi się do potencjału osobowego wskazywanego przez Konsorcjum SKYWAYS, gdyż wskazano w nim, że: „Wskazane informacje mają również istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania czynności, informacja o tym, że oba wyżej wymienione projekty obejmują zapewnienie mobilnych jednostek kontrolnych decyduje o spełnieniu przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a tym samym o dopuszczeniu Wykonawcy do etapu dialogu konkurencyjnego”. Tym samym podstawa faktyczna zarzutu nie została w ogóle sprecyzowana. Konkretny zarzut odwołującego dotyczy braku odpowiedniego doświadczenia przez Petera Spannagla, nie odnosi się do doświadczenia SKYWAYS jako podmiotu.

Po drugie, zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, że wskazane odnośnie p. Spannagla informacje są nieprawdziwe lub błędne. Poza głosłownymi twierdzeniami zawartymi w odwołaniu, odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie prawdziwości swoich twierdzeń.

Zarzuty dotyczące Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat Seana Botha i Ayush Joshi

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 5 lipca 2017 r. Wykonawca w piśmie zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP” z dnia 20 lipca 2017 r. poinformował zamawiającego, że zakończył po dacie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu współpracę z Panem Seanem Bothem. Dlatego niezależnie od przedstawienia uzupełnionego JEDZ EFKON South Africa (PTY) odnoszącego do doświadczenia p. Sean Botha z ostrożności zgłosił osobę p. Ayush Joshi na stanowisko Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat wraz z uzupełnionym również w tym zakresie dokumentem JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, EFKON AG oraz stosownym zobowiązaniem EFKON AG do oddania do dyspozycji wykonawcy tych niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania zamówienia.

Zamawiający pismem z 11 sierpnia 2017 r. poinformował również, że wykonawca potwierdził spełnianie warunku dotyczącego Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat wskazując na to stanowisko p. Ayush Joshi, natomiast zamawiający nie uznaje kandydatury

p. Sean Botha do pełnienia tej funkcji. Pomiędzy EFKON South Africa (PTY) Ltd. a p. Sean Botha nie istnieje żaden stosunek zobowiązaniowy a zatem EFKOM South Africa (PTY) Ltd. nie dysponuje osobą p. Sean Botha. Tym samym zasób ten nie będzie mógł być wyegzekwowany przez Wykonawcę od EFKON South Africa (PTY) Ltd. W zakresie dysponowania osobą posiadającą wymagane warunki kwalifikacje i doświadczenie, na stanowisko Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat wykonawca spełnił wykazując się ekspertem - p. Ayush Joshi, wskazanie przez zamawiającego uwag w odniesieniu do p. Sean Botha pozostaje bez wpływu na spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił, że zobowiązanie EFKON AG do oddania do dyspozycji zasobu w postaci Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat p. Ayush Joshi (załącznik 9 do pisma z 20 lipca 2017 r.) jest datowane na dzień 17 lipca 2017 r., a JEDZ EFKON AG uzupełniony o zasób w postaci Ayusha Joshi został podpisany w dniu 19 lipca 2017 r. i nie wynika z jego treści, że jest aktualny na dzień złożenia wniosków. Zamawiający wskazał, że na upływ terminu składania wniosków warunek udziału w postępowaniu w zakresie obowiązku dysponowania ekspertem ds. elektronicznego systemu poboru opłat został przez wykonawcę wykazany za pomocą Pana Seana Botha. Dopiero na skutek zawarcia w wyjaśnieniach i uzupełnieniach następczo informacji o zaprzestaniu współpracy pomiędzy PUZ EFKON South Africa Ltd, a P. Sean Botha, wykonawca w ramach uzupełnienia wskazał do pełnienia przedmiotowej funkcji nową osobę. W związku z powyższym, z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów jednoznacznie wynika, że wykazał on spełnianie warunku na upływ terminu składania wniosku przez wskazanie Seana Botha.

Zamawiający odniósł się również do dalszej argumentacji odwołującego nawiązującej do wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-374/14.

Zamawiający wskazał, że orzeczenie TSUE w sprawie C-374/14 nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie w kilku względów: wyrok ten zapadł w nieaktualnym już stanie prawnym tj. w oparciu o Dyrektywę 2004/18/WE. Postępowanie, którego dotyczy odwołanie zostało wszczęte po wejściu w życie nowelizacji w dniu 28 lipca 2016 r., która dokonała implementacji nowej dyrektywy do polskiego porządku prawnego.

W odróżnieniu od starej dyrektywy, nowa dyrektywa zakłada odformalizowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przez ograniczenie obciążeń administracyjnych w stosunku do wykonawców. JEDZ jest to oświadczenie, które jest aktualne na dzień składania ofert (art. 25a ust. 1 Pzp), a informacje w nim zawarte stanowią wstępne potwierdzenie (dowód wstępny) spełniania warunków formalnych (art. 25a ust. 1 Pzp in fine). Dlaczego wstępne? Bowiem dowody, a więc oświadczenia i dokumenty potwierdzające informacje zawarte w JEDZ (np. wykaz usług lub wykaz osób), składane są na późniejszym etapie - już nie łącznie z ofertą/wnioskiem, ale dopiero w ramach wezwania z art. 26 ust 1 Pzp i w

przeciwieństwie do samego oświadczenia JEDZ, dowody te mają być aktualne na dzień ich złożenia (art. 26 ust. 1 Pzp). Obecnie dokumenty potwierdzające spełnianie warunków formalnych mają być aktualne przez cały czas trwania postępowania. Zgodnie z motywem 85 nowej dyrektywy, zamawiający ma opierać się na aktualnych informacjach przy weryfikacji warunków formalnych, tak aby wziąć pod uwagę zmiany, jakie mogą mieć miejsce do czasu dokonania wyboru oferty. Powyższe potwierdza także wyrok KIO z 7 października 2016 roku, sygn. akt KIO 1772/16. Obecnie, informacje i dokumenty wykonawców mają być aktualne przez całe postępowanie, tj. do momentu wyboru oferty (art. 73 lit. b nowej dyrektywy). Chociaż, biorąc pod uwagę treść art. 145a pkt 2 Pzp, stwierdzić trzeba, że czasami nawet moment zawarcia umowy może mieć istotne znaczenia dla oceny spełniania warunków formalnych przez wykonawców (jeśli w chwili zawarcia umowy wykonawca podlegał wykluczeniu zamawiający może rozwiązać z nim umowę - takie uprawnienie nie przysługiwało mu w poprzednim stanie prawnym). Obecnie warunki formalne oceniane są przez okres trwania całego postępowania, natomiast dowody na ich potwierdzenie są składane w terminie późniejszym niż dzień złożenia samej oferty/wniosku. Stąd odwołanie się do wyroku TSUE w niniejszej sprawie nie jest zasadne.

Zamawiający w dalszej kolejności wskazuje, że wyrok TSUE w sprawie C-374/14 zapadł w okolicznościach zupełnie innych niż zaistniałe w naszej sprawie. Wyrok TSUE dotyczy sytuacji, w której wykonawca w zakresie doświadczenia w wykonaniu zintegrowanych systemów szpitalnych (warunek) na wezwanie zamawiającego zastąpił doświadczenie własne, które wykazywał pierwotnie, doświadczeniem podmiotu udostępniającego zasoby, który nie był pierwotnie zgłoszony do oferty. Doszło zatem do niedopuszczalnej zdaniem TSUE zmiany strony podmiotowej wykonawcy przez spóźnione powołanie się na zasoby podmiotów trzecich. Niedopuszczalna zmiana podmiotowa w wyroku TS polegała na przedłożeniu przez wykonawcę umowy i zobowiązania podmiotu trzeciego dopiero w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, dokumenty te nie zostały natomiast przedstawione łącznie z ofertą wykonawcy. W obecnie rozpatrywanej sprawie Konsorcjum Skyways od samego początku (wraz z wnioskiem) zgłosił udział podmiotów udostępniających zasoby w postaci EFKON South Africa (PTY) Ltd oraz EFKON AG. Oba podmioty udostępniały zasoby kadrowe (osoby). Zatem w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 5 lipca 2017 r. nie doszło do wprowadzenia innego PUZ/innych PUZ do wniosku (choć jest to dozwolone zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp). EFKON AG (udostępniający Pana Ayusha Joshi) był pierwotnie i jest obecnie podmiotem udostępniającym zasoby osobowe. W zakresie Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat Wykonawca w pierwotnym JEDZ zapewniał spełnienie tego warunku przez podmiot udostępniający zasoby (EFKON South Africa (PTY) Ltd), a nie przez eksperta z własnego zasobu. Zatem w praktyce jedyna zmiana jaka następuje polega na tym, że EFKON AG udostępnia dodatkową osobę na stanowisko

Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat, zastępując w tym miejscu potencjał innego PUZ - EFKON South Africa (PTY) Ltd. W tym celu EFKON AG uzupełnił JEDZ oraz złożył zobowiązanie do udostępnienia zasobów. Nie mamy zatem do czynienia ze zmianą podmiotową, o której mowa w wyroku TSUE. Osoba fizyczna może umrzeć, zachorować lub tak jak w analizowanym przypadku zrezygnować ze współpracy z obecnym pracodawcą. Uniemożliwienie zastąpienia tej osoby inną jest nielogiczne, gdyż oznaczałoby że w praktyce wypadki losowe (np. śmierć pracownika, choroba etc.) powodowałby zawsze automatyczne wykluczenie z postępowania zgłoszonego wykonawcy i niemożliwość skorzystania przez niego z procedury art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Zachęcałoby to przedsiębiorstwa do nieuczciwej praktyki podkupywania zasobów osobowych konkurencji w okresie po złożeniu ofert/wniosek a przed ich ostateczną oceną. Aby się przed tym zabezpieczyć wykonawcy byłiby zmuszeni dla każdego stanowiska zgłaszać wraz ze wnioskiem kilka osób „rezerwowych”. Zamawiający podkreślił, że kwestia możliwości wskazania w ramach uzupełnienia nowej osoby potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu w ramach uzupełnienia dokonanego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp po wyroku TSUE z dnia 04.05.2017 r. była przedmiotem wyroku KIO z dnia 16.08.2017 r. (KIO 1581/17), w którym skład orzekający KIO przesądził, że taka sytuacja jest dopuszczalna i możliwa, a konkluzje wynikające z wyroku TS w sprawie C-374/14 nie mają w takim przypadku zastosowania.

Zamawiający wskazał, że w ustawie istnieje przepis art. 22a ust. 6, zgodnie z którym wykonawca, który wraz ze zgłoszeniem do postępowania powoływał się na zasoby PUZ może na wezwanie zamawiającego zastąpić taki podmiot innym lub innymi PUZ, względnie samodzielnie wykazać spełnienie warunków. Zatem w okolicznościach stanu faktycznego Zamawiający dopuszczając spełnienie warunku przez nową osobę w ramach zgłoszonego od początku wraz z wnioskiem PUZ EFKON AG bez wątplenia działa w granicach polskiego prawa.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, treść przepisu art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie stanowi nieprawidłowej implementacji Dyrektywy, w każdym razie w żadnym razie nie można arbitralnie stwierdzić, że przepisy polski i wspólnotowy, są ze sobą sprzeczne. Z przepisu dyrektywy nie wynika, że wykonawca wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy może zastąpić podmiot trzeci jedynie własnym doświadczeniem. Jest to własna interpretacja pełnomocnika odwołującego.

Istotna dla sprawy jest opinia Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”¹, gdzie wskazano jak interpretować orzeczenie TSUE z 4 maja 2017 r. Esaprojekt. W opinii wskazano:

1) Skutki tego wyroku [Esaprojekt] ograniczają się jedynie do przypadków, gdy wykonawca, który w chwili składania ofert pierwotnie opiera się jedynie na własnych

zdolnościach, w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, powołuje się na zdolności podmiotów trzecich.

2) Kluczowe dla stanowiska Trybunału w tym zakresie jest przekonanie, że dopuszczenie takiej zmiany [wprowadzenie po terminie zgłoszenia udziału w postępowaniu nowego podmiotu udostępniającego zasoby zamiast doświadczenia własnego] skutkowałoby poniekąd zmianą podmiotową po stronie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

3) W odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca przedkłada wymagane dokumenty niezawierające błędów, dotyczące zgłoszonego podmiotu trzeciego lub wszystkie dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego (łącznie ze zobowiązaniem do udostępnienia zasobu) lub wykonawca osobiście potwierdza spełnienie warunku, którego dotyczył zasób podmiotu trzeciego,

4) Art. 22a ust. 6 ustawy umożliwia wykonawcy, na okoliczność uzupełniania dokumentów, zmianę zgłoszonego podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci, albo wykazanie spełniania warunku samodzielnie własnym potencjałem wyłącznie w sytuacji, gdy w momencie składania oferty (wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) wykonawca opierał się, w tym zakresie, na zdolnościach podmiotów trzecich.

5) Nie jest dopuszczalne, ażeby wykonawca samodzielnie wykazujący spełnianie warunku na etapie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, na etapie późniejszym (uzupełnianie dokumentów) powołał się w tym względzie na potencjał podmiotu trzeciego.

Zamawiający podkreślił dodatkowo, że w przywołanym w odwołaniu jako materiał porównawczy artykule pt. „Kwalifikacja wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne” (PZP, Nr 1/2017, s. 28, A, Sołtysińska, G. Wicik), wskazano wprost na tezy przeciwne niż te określone w odwołaniu jako wynikające z tej publikacji.

Zamawiający wskazał, że w odwołaniu postawiono tezę, że polski ustawodawca błędnie odczytał zapis dyrektywy i nieprawidłowo transponował go przepisów polskiej ustawy, podczas gdy z publikacji wynika, że to ustawodawca unijny się albo się pomylił albo też wprowadził modyfikację podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych pozwalającą na zastępowanie zasobu przez wskazanie innego zasobu podmiotu trzeciego w trybie uzupełnienia.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 51 dyrektywy 2004/18/WE, zamawiający mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów wykluczenia lub o ich wyjaśnienie. Przepis ten nie wprowadzał przy tym rozróżnienia na dokumenty dotyczące bezpośrednio wykonawcy i te związane z tzw. podmiotem trzecim. Wydaje się zatem, że chodzi generalnie o wszelkie dokumenty i zaświadczenia składane na potrzeby

wykazania się przez wykonawcę stosownymi predyspozycjami do wykonania zamówienia. Jak wskazuje się w doktrynie: „Kluczowe jest tu stwierdzenie, że chodzi o zaświadczenia i dokumenty przedłożone, a zatem takie, które znajdują się w pierwotnie złożonym wniosku/ofercie. Oznacza to, że w świetle przepisów dyrektywy 2004/18/WE możliwe było jedynie uzupełnianie i wyjaśnienie takich informacji, które zamawiający już posiadał w związku ze złożonymi wcześniej wnioskiem lub ofertą. Mogło to zatem dotyczyć przypadków, gdy dane informacje znajdowały się we wniosku/ofercie, ale brakowało np. referencji potwierdzających ich prawdziwość. Jeszcze raz Zamawiający podkreśla, że w uprzednio obowiązującym stanie prawnym, wykonawcy byli zobowiązani do przedstawiania wszelkich dokumentów wraz z ofertą lub wnioskiem. Obecnie, po wprowadzeniu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), te dwa etapy są jednoznacznie rozdzielone. Rozstrzygając na podstawie dyrektywy 2004/18/WE Trybunał jako istotną, bo podmiotową - zmianę traktuje sytuację, w której wykonawca wymienia doświadczenia swoje na doświadczenia innego podmiotu, który nie został w jakikolwiek sposób ujawniony w pierwotnym wniosku. Mamy tu zatem do czynienia ze zmianą podmiotową, ponieważ zmianie ma podlegać podmiot, który będzie de facto realizował zamówienie.

Odpowiednikiem art. 51 dyrektywy 2004/18/WE jest art. 59 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, wedle brzmienia którego zamawiający może zwrócić się do wykonawców o uzupełnienie lub wyjaśnienie zaświadczeń otrzymanych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia lub spełniania warunków udziału w postępowaniu. Trzeba podkreślić, że odnosi się on jedynie do dokumentów otrzymanych na potwierdzenie informacji zawartych w Jednolitym Europejskim Dokumentie Zamówienia (JEDZ). Nie chodzi tu zatem o wyjaśnianie lub uzupełnianie informacji zawartych w samym JEDZ-u.

Nadto art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE przyznaje zamawiającym uprawnienie do żądania od wykonawcy złożenia, uzupełnienia, doprecyzowania lub skompletowania informacji lub dokumentacji w odpowiednim terminie, pod warunkiem, że takie żądanie zostanie złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości.

Przepis ten uprawnia zamawiających nie tylko do żądania wyjaśnień lub uzupełnienia wiadomości przekazanych, ale również do przedstawienia niepodanych uprzednio informacji lub dokumentów. Wskazuje się w nim bowiem jednoznacznie, że chodzi o informacje lub dokumentację, które są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub w ogóle brakujące".

Zamawiający podjął polemikę z uzasadnieniem orzeczenia w sprawie ESAPROJEKT, a w szczególności z opinią Rzecznika Generalnego i uznał, że nie może się ona ostać na gruncie obecnie obowiązującej dyrektywy, wskazał na stanowisko doktryny odmienne od zajętego przez odwołującego, a także na dopuszczalność pewnych zmian podmiotowych po stronie wykonawcy uznaną za dopuszczalną przez TSUE także na gruncie poprzedniej dyrektywy - wyrok TSUE z 24 maja 2016 r. w sprawie C396/14 MT Højgaard A/S

Odnosząc się do kwestii daty uzupełnionego JEDZ i daty zobowiązania do udostępnienia zasobu osobowego, zamawiający wskazał, że okoliczność, iż dokumenty EFKON AG mają daty aktualne na dzień złożenia uzupełnienia nie jest sprzeczny ani z nowym brzmieniem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, ani z orzecznictwem KIO. W wyżej cytowanej opinii UZP wyraźnie wskazano, że w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy wykonawca przedkłada wymagane dokumenty niezawierające błędów, dotyczące zgłoszonego podmiotu trzeciego lub wszystkie dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego (łącznie ze zobowiązaniem do udostępnienia zasobu) lub wykonawca osobiście potwierdza spełnienie warunku, którego dotyczył zasób podmiotu trzeciego. Siłą rzeczy w przypadku zastąpienia jednego podmiotu innym PUZ w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp trudno oczekiwać, że daty będą wskazywały na wystawienie dokumentów przed terminem składania wniosków/ofert. Wezwanie do uzupełnienia może bowiem zostać wystosowane wiele tygodni po terminie składania ofert/wniosków, wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, że w czasie trwania procedury oceny wniosków będzie zmuszony wymienić PUZ, względnie zmienić niektóre z osób fizycznych, którymi dysponuje np. ze względu na wypadki losowe. Nie oznacza to, że wykonawca nie dysponował tymi osobami w dniu składania wniosków. Oczekiwanie przedłożenia JEDZ czy zobowiązania do udostępnienia zasobów z data na dzień złożenia wniosków wymagałoby antydatowania tego dokumentu, tj. ich fałszowania. Nawet zawarcie w treści w/w dokumentów stwierdzenia, że wykonawca dysponował już daną (nową) osobą na dzień składania ofert lub że oświadczenie jest aktualne również na dzień składania ofert de facto niczym nie różniłoby się od antydatowania dokumentu, tj. polegałoby na sztucznym wypełnieniu wymogu formalnego. Podejście wymuszające na wykonawcach antydatowanie dokumentów lub zawieranie w nich oświadczeń o ich aktualności na określoną datę pomija bowiem wprowadzoną do ustawy zasadę, zgodnie z którą aktualność składanego dokumentu potwierdzana jest przez samego wykonawcę.

Wskazał na tezę z wyroku KIO 430/17 z dnia 30 marca 2017. KIO dopuszcza w określonych sytuacjach dopuszczenie posłużenia się swego rodzaju fikcją, które należy traktować w ocenie zamawiającego jak domniemanie, polegającą na tym, że w przypadku uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy należy przyjąć, że wykonawca zawsze potwierdza stan aktualny na dzień złożenia uzupełnienia oraz stan na dzień składania ofert, gdyż uzupełnienie dotyczy treści oświadczeń składanych w JEDZ w związku z konkretnym postępowaniem.

Wskazujemy, że również w wyroku o sygnaturze KIO 2334/16 Izba zaprezentowała pogląd, że ocena warunku udziału w postępowaniu powinna przede wszystkim zmierzać do oceny rzeczywistej wiedzy i doświadczenia wykonawcy, ustalonej z użyciem dostępnych narzędzi i środków prawnych przyznanych zamawiającemu ustawą, a nie być skutkiem oceny

umiejętności wypełniania formularza JEDZ, którego z kolei wprowadzenie miało na celu ułatwienie - bez zbędnego i nadmiernego formalizmu - prowadzenia procedury zamówieniowej oraz wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który obiektywnie spełnia wymagane warunki.

Zamawiający stoi na stanowisku, że w badanej sprawie Konsorcjum Skyways mógł zastąpić osobę udostępnioną pierwotnie przez PUZ EFKON South Africa (PTY) Ltd - Seana Botha, inną osobą udostępnianą przez inny PUZ EFKON AG - Pan Ayusha Joshi gdyż wprost dopuszcza to dyrektywa i ustawa Pzp. Nie ma też żadnych dowodów na to, że EFKON AG nie dysponował Panem Ayusha Joshi w dniu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Można przecież przyjąć, że pomiędzy p. Joshi na podmiocie udostępniającym zasoby zawarta została umowa/porozumienie, które nie musiało mieć formy pisemnej, że zobowiązuje się ona do udostępnienia swojego zasobu w przyszłości jeżeli zajdzie taka potrzeba

W odniesieniu do kwestii bezpośredniego stosowania dyrektywy to zamawiający stoi na stanowisku, że nie ma ku temu podstaw. Zasada bezpośredniego skutku prawa europejskiego jest wraz z zasadą pierwszeństwa, fundamentem prawa wspólnotowego. Została zatwierdzona przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), Dzięki niej podmioty indywidualne mogą powoływać się bezpośrednio na prawo wspólnotowe przed sądami niezależnie od tego, czy w prawie krajowym istnieją podobne regulacje. W ten sposób zasada bezpośredniego skutku gwarantuje stosowanie i skuteczność prawa unijnego w krajach UE. Nie będzie ona miała jednak zastosowania w sytuacji, gdy w kraju członkowskim prawo unii zostało implementowane i obowiązuje.

Dyrektywa jest aktem adresowanym do krajów UE i musi zostać przez nie poddana transpozycji do prawa krajowego. Trybunał Sprawiedliwości uznaje, że tylko w niektórych przypadkach ma zastosowanie zasada bezpośredniego skutku w celu ochrony praw osób indywidualnych. Trybunał uznał w orzecznictwie, że dyrektywa ma bezpośredni skutek, jeśli jej przepisy są bezwarunkowe oraz wystarczająco jasne i precyzyjne oraz w momencie, gdy kraj UE nie transponował dyrektywy w wyznaczonym terminie (wyrok z 4 grudnia 1974 r., Van Duyn). Tak też przyjmuje KIO w uchwale KIO sygn. KIO/KD 73/12 z dnia 16 sierpnia 2012 r. Powyższe oznacza, że można by ewentualnie rozważać, czy dyrektywa nie znajdzie bezpośredniego zastosowania tylko w przypadku, gdyby nie została ona w terminie implementowana do polskiego porządku prawnego. Co więcej, jak zostało wykazane przepis art. 22a ust. 6 ustawy choć różni się od art. 63 Dyrektywy 2014/24/UE to w żaden sposób nie można powiedzieć, że normy te są ze sobą sprzeczne, wskazujące na nieprawidłowość implementacji polskiego przepisu. Zamawiający wskazał, że dyrektywy ze swej istotny nadają tylko pewne ramy prawne, którym muszą sprostać ustawodawstwa krajowe. Ustawy krajowe nie muszą być identyczne i mogą do pewnych granic różnić się w konkretyzacji

normy wspólnotowej. W przeciwnym razie nie byłoby potrzeby implementować dyrektywy do porządku krajowego, gdyż można by ją stosować bezpośrednio w całości. Prawo wspólnotowe nie osiągnęło jeszcze takiego stopnia unifikacji.

Zarzuty dotyczące Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności Petera Hopkinsa

Zamawiający pismem z 11 sierpnia 2017 r. poinformował, że w odniesieniu do funkcji Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności wykonawca wskazał dwie osoby: p. Petera Hopkinsa oraz drugą osobę [dane personalne utajnione]. Poinformował również, że wykonawca potwierdził spełnianie warunku dotyczącego Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności wskazując na to stanowisko [dane personalne utajnione], natomiast zamawiający nie uznaje kandydatury p. Petera Hopkinsa do pełnienia tej funkcji. Powodem nieuznania kandydatury p. Petera Hopkinsa był brak spełnienia warunku odpowiedzialności za rozliczenia o średniomiesięcznej wartości co najmniej 30 mln zł brutto. Mając jednak na uwadze fakt, iż warunek udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobą posiadającą wymagane warunki kwalifikacje i doświadczenie, na stanowisko Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności wykonawca spełnił wykazując się ekspertem - [dane personalne utajnione], wskazanie przez zamawiającego uwag w odniesieniu do p. Hopkinsa pozostaje bez wpływu na spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący podniósł w odwołaniu, że wykonawca nie wykazał, że dysponował wskazanym ekspertem w dacie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wskazano, że uzupełniony JEDZ Leadville Investments Sp. z o.o. został podpisany w dniu 20 lipca 2017 r. a z jego treści nie wynika, że jest on aktualny na dzień złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł ponadto, że w okolicznościach sprawy nie można wykluczyć, że Leadville Investments Sp. z o.o. zatrudnił nową osobę, wskazaną na stanowisko Kierownika ds. rozliczeń i płatności, dopiero po upływie terminu składania ofert a zatem uznanie tej osoby oznaczać będzie nierówne traktowanie wykonawców,

Zamawiający odwołał się do przedstawionej wyżej rozbudowanej argumentacji dotyczącej możliwości wskazania nowej osoby na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w trybie uzupełnienia dokonywanego na wezwanie wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp). W odniesieniu do Pana Hopkinsa odwołał się również do wskazanej w poprzednim punkcie powyżej argumentacji odnoszącej się do kwestii dat uzupełnianego JEDZ.

Nie ulega wątpliwości, że zmiana osoby na zasób własny jest dopuszczalna w świetle art. 22a ust. 6 ustawy co przyznaje sam odwołujący. Jedyną zatem przyczyną wykluczenia wykonawcy w tym przypadku byłaby okoliczność, że nie zawarł on w JEDZ stwierdzenia zapewniającego, że dysponował nową osobą na dzień składania wniosków, odwołujący tym samym wskazuje, że wystarczy zawrzeć takie stwierdzenie w JEDZ i zmiana osoby będzie

zgodna z obowiązującym prawem. Zamawiający ponownie powołał wyrok KIO 430/17 z dnia 30 marca 2017, gdzie za dopuszczalne uznano posłużenie się w ocenie tej kwestii fikcją zakładającą, że niezależnie od tego czy w JEDZ wskazano jakąkolwiek datę, czy też nie, to biorąc pod uwagę, że składany jest on w związku z ubieganiem się o udzielenie konkretnego zamówienia publicznego, przyjmować należy, że potwierdza on stan na dzień składania ofert, jak to wynika z przepisu art. 25a ust. 1 Pzp.

Ustawodawca wspólnotowy i polski uznają, że mogą zdarzać się błędy, pomyłki czy inne nieścisłości. Całkowite wykluczenie ich poprawienia spowodowałoby większą szkodę dla szeroko pojętego rynku zamówień niż zaakceptowanie faktu, że dopuszcza się poprawienie oferty sporządzonej mniej starannie czy z innego powodu niekompletnej. Z tego powodu istnieją przepisy takie jak art. 22a ust. 6, art. 26 ust. 3, 3a, 4 ustawy Pzp czy art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Innymi słowy, zasada równego traktowania nie ma charakteru absolutnego. Jeżeli zatem sam odwołujący przyznaje, że wystarczające jest zawarcie w treści JEDZ stwierdzenia zapewniającego, że uzupełniony zasób był dostępny wykonawcy również na dzień składania ofert czy wniosków to w sposób równorzędny można przyjąć ogólne domniemanie tego rodzaju, analogicznie do tego jak stwierdziła KIO w wyroku KIO 430/17. W przeciwnym razie wykluczeniu będzie podlegał nie wykonawca, który rzeczywiście nie dysponował zasobem w dniu składania wniosków ale ten, który zapomni zawrzeć w JEDZ odpowiedniego oświadczenia, niezależnie od tego czy danym zasobem rzeczywiście dysponował czy nie. Nie ma też żadnych dowodów na to, że Leadville investments Sp. z o.o. nie dysponował osobą zgłoszoną w uzupełnionym JEDZ w dniu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zarzuty dotyczące zaniechanie ujawnienia danych osobowych nowych osób zgłoszonych przez Konsorcjum Skyways w uzupełnieniu z dnia 20 lipca 2017 r.

Wykonawca w piśmie z 20 lipca 2017 r. zatytułowanym „Odpowiedź na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP” zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa „wszelkie informacje, w tym w szczególności dane osobowe osób zadeklarowanych do wykonywania zamówienia, zawarte w niniejszym piśmie oraz z w załącznikach do niego tj, zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów na rzecz Wykonawcy, w JEDZ-a eh w części IV sekcja C (zdolność techniczna i zawodowa) oraz dodatkowych oświadczenia przedkładanych przez podmioty trzecie oraz Wykonawcę”. Prawdą jest co wskazał odwołujący, że w wyroku w sprawie KIO 888/17 Izba nakazała ujawnić zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby oraz JEDZ w części II i IV sekcja C tych podmiotów w zakresie wykazanego przez te podmioty doświadczenia. Uzasadnienie tajemnicy z wniosku zostało uznane przez KIO za niewystarczające. Zamawiający w tym zakresie prawidłowo wykonał wyrok KIO czego odwołujący nie kwestionuje. Jednakże uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa z wniosku (str. 375-377) choć uznane przez Izbę za niewystarczające, zawierało wykazanie wszystkich

przesłanek wymaganych przez przepisy prawa. W zakresie pkt.2 - Informacje stanowiące wartość gospodarczą, wykonawca udowodniał, że informacje dotyczące danych osobowych specjalistów powinny być chronione:

„informacja 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. Na rynku usług związanych z poborem opłat dysponowanie osobami o wysokich kwalifikacjach i bogatym doświadczeniu jest jednym z głównych czynników decydujących o potencjale przedsiębiorstwa. Specjaliści są jednym z głównych aktywów (oraz źródeł kosztów) danego przedsiębiorstwa, a od ich wiedzy i umiejętności zależy powodzenie realizowanych projektów”.

Powyższe uzasadnienie, choć uznane przez KIO 888/17 za niewystarczające, uzupełniono o dodatkową argumentację w piśmie przewodnim z dnia 20 lipca 2017 r.:

„szczególnie w zakresie danych osobowych osób zadeklarowanych do wykonania zamówienia (w tym danych osobowych nowych osób), w przypadku ich ujawnienia istnieje ryzyko przejęcia tychże ekspertów przez konkurencję. W takim przypadku Wykonawca lub stosowne podmioty udostępniające zasoby mogą ponieść szkodę polegającą na utracie wykwalifikowanej, kluczowej kadry. Ponadto w szczególności także informacje dotyczące wartości poszczególnych projektów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż jako istotny składnik know-how posiadają określoną wartość gospodarczą i handlową przynależną danemu podmiotowi, której ujawnienie naraziłoby dany podmiot na wymierną szkodę”.

Zatem Wykonawca łącznie w tych dwóch uzasadnieniach (z wniosku i z uzupełnienia z dnia 20 lipca) wykazał, że ujawnienie danych osobowych specjalistów grozi mu przejęciem osób przez konkurencję i poniesieniem realnej szkody majątkowej. Z oczywistych względów uzasadnienie to może się odnosić tylko do nowych osób zgłoszonych wraz z uzasadnieniem (inne zostały ujawnione w wykonaniu wyroku KIO 888/17), niemniej zdaniem zamawiającego zasługuje na uwzględnienie. Warto zaznaczyć, że w przypadku nowych osób których danych nie było w pierwotnym wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedstawienie uzasadnienia wraz z uzupełnieniem jest wystarczające w świetle orzecznictwa KIO np. wyrok z dnia 13 grudnia 2016 r, KIO 2233/16.

III. Odnośnie zarzutów dotyczących Konsorcjum Comarch

1. Usługa Wsparcia Czynności Kontrolnych

Odwołujący, podniósł, że zgodnie z „ogólnie dostępną wiedzą”, w miastach Haarlem oraz Utrecht - projekty wskazane przez Konsorcjum Comarch na potwierdzenie Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych (tak jak we wszystkich innych miastach Królestwa Holandii) nie pobiera się żadnych opłat drogowych. Zatem zdaniem odwołującego, żaden podmiot udostępniający dla Konsorcjum Comarch zasoby nie może powoływać się na wykonywanie

jakichkolwiek Usług Wsparcia Czynności Kontrolnych w zakresie wykrywania potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat drogowych.

Zdaniem odwołującego, z definicji Usługi Elektronicznego Poboru Opłat i Usługi Udostępniania OBU zamieszczonych przez zamawiającego w IdD, wynika, że przez opłaty należy rozumieć opłaty za przejazd lub opłaty elektroniczne w znaczeniu w jakim tymi pojęciami posługuje się ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1440 ze zm.).

Zamawiający wskazał, że w żaden sposób z IdD nie można wywieść wniosku, że w zakresie Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych Zamawiający definiował opłaty jako opłaty za przejazd lub opłaty elektroniczne w rozumieniu ustawy o drogach publicznych oraz ustawy o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym. Zamawiający, w zakresie Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych, przyjmuje opłaty w sposób szeroki, nie uściślając że chodzi mu o opłaty drogowe. Przykładowo w sektorze publicznym opłata stanowi należność za zindywidualizowane i bezpośrednie świadczenie lub konkretną usługę ze strony organów władz centralnych lub samorządowych. Dopuszczalne są zatem również inne opłaty np. parkingowe, środowiskowe, itp.

Co więcej, również w rozumieniu ustawy o drogach publicznych art. 13 ust. 1 opłaty za korzystanie z dróg publicznych nie dotyczą tylko opłat stricte za przejazd, lecz dotyczą też przykładowo opłat za postój pojazdów samochodowych na drogach publicznych w strefie płatnego parkowania.

Definicja dotyczy zatem wykonywania czynności kontrolnych uiszczania opłat. Nie uściśla, że musi to być opłata drogowa. Definicja opłaty nie została zawężona do opłaty drogowej, z uwagi na fakt, że najważniejsze dla zamawiającego jest sprawne realizowanie Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych, które jest niezależne od rodzaju pobieranej opłaty, o ile jest to usługa zgodna z przytoczoną powyżej definicją. Usługa Wsparcia Czynności Kontrolnych może być wykonywana z wykorzystaniem tych samych technologii jak w przypadku systemów poboru opłat drogowych, ponieważ czynności kontrolne uiszczania wszystkich ww opłat są wykonywane przez te same urządzenia (np. stałe punkty kontrolne lub mobilne pojazdy wyposażone w systemy do automatycznego rozpoznawania numerów tablic rejestracyjnych) oraz przy wykorzystaniu zaplecza technicznego systemu na potrzeby przetwarzania i porównywania kontrolowanych danych (np. zdjęć pojazdów naruszających lub podejrzanych o naruszenie, automatycznie rozpoznanie tablic rejestracyjnych i in.).

Zamawiający podkreśla, że nie ma żadnych powodów, aby kwestionować oświadczenie wykonawcy zawarte w JEDZ. W JEDZ znalazło się stwierdzenie: „Potwierdzamy, że pojęcia zapisane wielką literą, zawarte w niniejszym JEDZ w częściach zawierających informacje o zdolności technicznej i zawodowej oraz o osobach, obejmują ten sam zakres przedmiotowy

jaki został określony przez zamawiającego w definicjach określonych w Ogłoszeniu i w Instrukcji do Dialogu". Zatem Konsorcjum Comarch spełnił warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący, pomimo spoczywania na nim ciężaru dowodu, w żaden sposób nie udowodnił, że projekty dla miast Utrecht i Haarlem nie spełniają warunku dla Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych. Odwołujący wskazał jedynie na „wiedzę ogólnie dostępną w Holandii” oraz na fakt, że kontaktował się telefonicznie z urzędami w/w miast. Odwołujący stwierdził również, że: „Jak ustalił odwołujący jedynymi systemami kontroli funkcjonującym w obu miastach są systemy rozpoznawania tablic w celu kontroli stref ochronnych w miastach zapobiegające wjazdom do określonych stref w mieście pojazdom z silnikiem diesel, a także w celu kontroli prawidłowego parkowania". Tego typu ogólne stwierdzenia nie poparte dowodami są niewystarczające, aby Zamawiający mógł powziąć wątpliwości co do spełniania kwestionowanego warunku przez Konsorcjum Comarch, a tym bardziej do stwierdzenia rzekomego wprowadzenia zamawiającego w błąd. Ponadto Zamawiający podkreśla, że zarzut odwołującego opiera się tylko i wyłącznie na stwierdzeniu, że w referencyjnych projektach nie pobiera się opłat drogowych, tymczasem jak zostało wyżej wykazane, zamawiający nie zawężył definicji opłaty do opłaty drogowej. Tym samym zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Brak wykazania kryterium czasowego.

W przypadku tego zarzutu odwołujący błędnie wskazał, że wezwanie zamawiającego z pkt. II.2 pisma z dnia 5 lipca 2017 r. dotyczyło projektów zrealizowanych dla

- Statens Vegvesen, Norwegian Public Roads Administration, Leikanger, Norwegia i
- Trafverket Swedish Transport Administration, Bórlange, Szwecja.

Zamawiający domyśla się, że błąd odwołującego wziął się stąd, że nazwa projektu, którego dotyczyło wezwanie jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa Konsorcjum Comarch, Projekt ten był wskazany na tych samych stronach JEDZ, tj. 146, 147, 149, 246 i 247 (pierwotnie BT Signal Sp. z o.o.), co w/w projekty zrealizowane w Norwegii i Szwecji, lecz w wersji udostępnionej odwołującemu nie był widoczny. Wezwanie nie dotyczyło zatem projektów zrealizowanych w Norwegii i Szwecji, do których odniósł się odwołujący w swoim zarzucie.

Zamawiający podkreśla, że Konsorcjum Comarch wbrew twierdzeniu odwołującego w pkt. 2 pisma przewodniego z dnia 20 lipca 2017 r. (w aktach postępowania) oraz w JEDZ wskazał zgodnie z wezwaniem odrębne daty realizacji Usługi Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free flow oraz Wdrożenia. Konsorcjum Comarch wskazał:

„Uzupełnienie JEDZ w zakresie objętym Ad. 2 Wezwania następuje - zgodnie z Wezwaniem - przez podanie dat dla rozpoczęcia i zakończenia Wdrożenia realizowanego na rzecz [tajemnica przedsiębiorstwa] - co następuje w JEDZ podwykonawcy [tajemnica przedsiębiorstwa]. Jednocześnie wskazujemy, że wykonawca nie posługuje się na potrzeby

potwierdzenia spełniania warunku (dot. zrealizowania Usługi Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free flow) Usługą zrealizowaną na rzecz [tajemnica przedsiębiorstwa], pierwotnie omyłkowo podaną w JEDZ w konsekwencji czego doświadczenie to (Usługa wykonana na rzecz - tajemnica przedsiębiorstwa) nie występuje już we wniosku wykonawcy. Doświadczenie w zakresie tej usługi wywodzone jest z wskazanej już w pierwotnym wniosku Usłudze (wykonanej przez - tajemnica przedsiębiorstwa - na rzecz - tajemnica przedsiębiorstwa) ".

Z powyższego wynika, że w zakresie usługi, której dotyczyło wezwanie zamawiającego, a która służy potwierdzeniu doświadczenia jedynie w odniesieniu do Wdrożenia, daty są podane prawidłowo i dotyczą Wdrożenia. Zatem, biorąc pod uwagę, że Konsorcjum Comarch prawidłowo wykonało polecenie zamawiającego z wezwania z dnia 5 lipca 2017 r., należy uznać zarzut odwołującego w tym zakresie za całkowicie chybiony.

Pismo Konsorcjum Comarch po usunięciu fragmentów objętych tajemnicą zostało odwołującemu udostępnione, więc miał on możliwość zorientować się, że wezwanie w kwestionowanym zakresie zostało wykonane prawidłowo.

Wprowadzenie w błąd odnośnie do potencjału kadrowego.

Odwołujący prawidłowo wskazał, że we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu konsorcjum Comarch wskazało ten sam potencjał kadrowy w formularzach JEDZ różnych podmiotów. Zamawiający nie mogąc wzywać do wyjaśnień w tym zakresie wezwał wykonawcę do odpowiedniego uzupełnienia dokumentów JEDZ w tym zakresie. Zamawiający wskazał w wezwaniu z dnia 5 lipca 2017 r., że przykładowo może to nastąpić przez usunięcie wskazanego potencjału w JEDZ podmiotu, który nim nie dysponuje. Wykonawca zastosował się do wezwania i usunął w/w potencjał z JEDZ członków konsorcjum (którzy nim nie dysponowali) pozostawiając go w dokumentach JEDZ podmiotów udostępniających zasoby.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, zdaniem odwołującego takiej sytuacji nie można uznać za spełniającą przesłanki art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp. Konsorcjum Comarch nie wprowadziło bowiem w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji potwierdzających, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również nie przedstawiło błędnych informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego. Co istotne, Konsorcjum Comarch dysponuje wymaganym potencjałem osobowym, a fakt czy jest on przypisany PUZ czy też jednemu z członków konsorcjum jest bez znaczenia, skoro obie sytuacje są dopuszczalne przez ustawę. Z doświadczenia zamawiającego wynika też, że niektórzy wykonawcy przedstawiają we własnym JEDZ również potencjał udostępniony przez PUZ, co ma dodatkowo upewniać zamawiającego, że wykonawca tym potencjałem dysponuje.

Brak dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi.

W zakresie tego zarzutu zamawiający podtrzymał swoje stanowisko zajęte w odniesieniu do zarzutów związanych z badaniem wniosku wykonawcy Catterick. Podtrzymał swoje stanowisko, że referencja jest innym równoważnym dokumentem dla którego nie było wymagania podpisania przez obie strony.

Zmowa przetargowa

Odwołujący zarzucił Konsorcjum Comarch i jednocześnie wykonawcy SkyToll a.s. wejście w porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu ze względu na to, że w uzupełnionym na wezwanie zamawiającego JEDZ Comarch Polska S.A. w części II.A wykonawca ten wskazał jako pozostałe podmioty biorące wspólnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia między innymi Sky Toll a.s.

Zamawiający wskazał, że istotą zmowy przetargowej jest rezygnacja przez uczestników postępowania z konkurencji na rzecz niedozwolonej współpracy przy składaniu ofert. Zmowy każdorazowo prowadzą przynajmniej do częściowego ustalenia przez niezależnych wykonawców treści składanych ofert lub zachowania w przetargu, ich celem zaś jest ograniczenie konkurencji ze szkodą dla zamawiającego. Zmowa przetargowa to zarzut bardzo poważny i musi być należycie udowodniony. Tak KIO wskazało w jednym z orzeczeń: (Wyrok z dnia 9 kwietnia 2014 r. KIO 560/14; KIO 569/14). Nie jest wystarczające wykazanie, że wniosek o zaistnieniu zmowy jest tylko jednym z możliwych wniosków wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności".

Zamawiający wzywał do uzupełnienia JEDZ w Części IV C, wezwanie nie dotyczyło części II.A JEDZ. W związku z tym zamawiający uznał, że JEDZ Comarch Polska SA. zachowuje aktualność treści pierwotnie w nim zawartej w odniesieniu do składu konsorcjum.

Konsorcjum Comarch w piśmie z dnia 20 lipca 2017 r. w ostatnim akapicie wskazał, że intencją Konsorcjum Comarch było jedynie uzupełnienie JEDZ w zakresie objętym wezwaniem. Trudno również zamawiającemu przypuszczać, aby wykonawca ten usiłował zmienić skład konsorcjum. Wskazanie w uzupełnionym JEDZ podmiotu SkyToll, jak również Wojskowych Zakładów Łączności nr 1. należy uznać zdaniem zamawiającego za oczywistą omyłkę. Przyczyny omyłki należy zapewne upatrywać w wykorzystaniu przez Konsorcjum Comarch JEDZ z innego postępowania przy konstruowaniu uzupełniania na wezwanie zamawiającego lub popełnienie podobnego błędu o charakterze technicznym. Oczywistym też jest, że żaden wykonawca pozostający z zmwą przetargowej nie wskazuje tego we wniosku/ofercie. Zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, nie można w żaden sposób dojść do wniosku na podstawie informacji przedstawionych przez Comarch Polska S.A. w JEDZ, że zaistniała pomiędzy tym Wykonawcą a SkyToll zmowa przetargowa. Fakt ten, nie został przez odwołującego w żaden sposób udowodniony ani nawet uprawdopodobniony. Jak już wskazano, zdaniem zamawiającego aktualny w tym zakresie pozostaje JEDZ Comarch Polska S.A. złożony pierwotnie wraz z wnioskiem, zwłaszcza, że

kształt konsorcjum wynika również z innych pism Wykonawcy, w których w nagłówkach zawsze podaje on skład konsorcjum (np. pismo z dnia 20 lutego 2017 r.). Tego rodzaju omyłka może też zostać poprawiona przez zamawiającego przez zastosowanie per analogiam art. 87 ust. 2 ustawy jako oczywista omyłka pisarska, względnie możliwe jest wezwanie do poprawienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż do tej pory zamawiający w tym zakresie do żadnych uzupełnień wykonawcy nie wzywał. Reasumując, nie zaistniała przyczyna do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 20 ustawy.

Oдноśnie zarzutów dotyczących SkyToll

Wdrożenie Elektronicznego Systemu Opłat

Zamawiający wskazał, że uznaje za spełniający warunek udziału w postępowaniu projekt oznaczony przez odwołującego w odwołaniu lit, b) tj:

wdrożenie Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow umożliwiającego świadczenie usługi Elektronicznego Poboru Opłat na rozszerzonej sieci drogowej Republiki Słowackiej na rzecz Na rodna diaľničná spoločnosť, a.s. (data początkowa: 1 lipca 2011 n, data końcowa: 1 stycznia 2014 r.) - przy czym, wykonawca dysponuje w tym zakresie równoważnym do protokołu odbioru dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie Wdrożenia".

Projekt ten spełnia definicję wdrożenia z IdD:

Zamawiający podkreśla, że odwołujący nie kwestionuje w odwołaniu, że w/w projekt spełnia definicję Wdrożenia. Przyczyn wykluczenia z postępowania wykonawcy SkyToll odwołujący upatruje w tym, że Wykonawca nie wskazał, że dysponuje dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie projektu określonego w pkt (b), który został podpisany przez obie strony, Zamawiający nie zgadza się z argumentacją odwołującego. SkyToll w JEDZ wskazał, że dysponuje w tym zakresie równoważnym do protokołu odbioru dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie Wdrożenia. W tym zakresie zamawiający podtrzymał argumentację podniesioną do tych samych zarzutów skierowanych wobec oceny wniosku Catterick i Comarch.

Zmowa przetargowa

W zakresie tego zarzutu namawiający podtrzymuje argumentację z pkt. 5 dotyczącą Konsorcjum Comarch. Żadne okoliczności niniejszej sprawy nie wskazują na to, aby Wykonawcy Konsorcjum Comarch i SkyToll znajdowali się w zмовie przetargowej. Co więcej, ewentualna omyłka o charakterze technicznym w JEDZ innego wykonawcy tj. Comarch Polska S.A. nie powinna powodować wykluczenia innego wykonawcy z postępowania, który nie ma wpływu na kształtowanie treści JEDZ przez podmioty z nim nie związane. Brak jest jakichkolwiek dowodów wskazujących na istnienie niedozwolonego

porozumienia pomiędzy którymkolwiek z licznych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA.

V Odnosnie zarzutów dotyczących Konsorcjum S&T

W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, że zarzut podniesiony przeciwko Konsorcjum S&T jest spóźniony i jako taki powinien pozostać bez rozpoznania. W dniu 24 kwietnia 2017 r. zamawiający udostępnił odwołującemu protokół z niniejszego postępowania obejmujący między innymi wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum S&T i korespondencję tego wykonawcy z zamawiającym w zakresie nieobjętym tajemnicą przedsiębiorstwa. Informacje dotyczące projektu E-ZPass New York w zakresie potwierdzającym spełnianie warunku Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych (tj. obecnie kwestionowanym przez odwołującego) były znane odwołującemu z pisma Konsorcjum S&T z dnia 20 marca 2017 r., w którym Konsorcjum S&T wskazywało, że projekt ten ma na celu potwierdzenie spełnienia warunków pkt. 3.1.3 a) I 1-5 IdD. W uzupełnionym na wezwanie zamawiającego JEDZ Konsorcjum S&T powtórzyło te same informacje. Tymczasem odwołujący w poprzednim odwołaniu złożonym w reakcji na ogłoszenie pierwszej tzw. krótkiej listy wykonawców zaproszonych do dialogu (rozstrzygniętym wyrokiem z dnia 8 czerwca 2017 r. KIO 888/17) takiego zarzutu nie podnosił. Tym samym termin do złożenia odwołania upłynął najpóźniej w dniu 2 maja 2017 r., tj. w terminie, w którym odwołujący złożył poprzednie odwołanie.

Z ostrożności, na wypadek gdyby Izba nie przychyliła się do wniosku z pkt. 1, zamawiający odniósł się merytorycznie do zarzutu. Zamawiający podkreślił, że nie ma żadnych powodów aby kwestionować oświadczenie wykonawcy zawarte w JEDZ. Część IV dotyczy przede wszystkim potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum S&T prawidłowo potwierdziło spełnienie warunku udziału w postępowaniu w JEDZ Conduent State & Local Solutions Inc., w tym w zakresie Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych. Zamawiający nie miał powodów aby kwestionować oświadczenie Wykonawcy.

Odwołujący pomimo spoczywania na nim ciężaru dowodu w żaden sposób nie udowodnił, że projekt E-ZPass New York nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał jedynie, że zgodnie z jego wiedzą Usługa Wsparcia Czynności Kontrolnych w systemie E-ZPass New York nie obejmuje mobilnych jednostek kontrolnych i jest wykonywana jedynie w oparciu o stacjonarne kamery umieszczone przy budkach poboru opłat. Tego typu ogólne stwierdzenia nie poparte dowodami są absolutnie niewystarczające, aby zamawiający mógł powziąć wątpliwości co do spełniania kwestionowanego warunku przez Konsorcjum S&T, a tym bardziej co uznania, że wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd (art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 ustawy Pzp). Zamawiający zwrócił uwagę, że usługa przywołana przez odwołującego obejmuje również projekt zrealizowany

dla stanu New Jersey. Rozpatrując spełnianie warunku udziału w postępowaniu, należy brać pod uwagę wszystkie wskazane przez wykonawcę projekty we wszystkich lokalizacjach.

Ponadto, biorąc pod uwagę:

- skalę przedsięwzięcia E-ZPass (niezależne źródła, tj. raport z roku 2016 IBTA - International Bridge, Tunnel and Turnpike Association -Międzynarodowe Stowarzyszenie Mostów, Tuneli i Dróg Płatnych -podaje dla E-ZPass New York ok. 9,3 min urządzeń pokładowych i ok. 5,1 min kont, dla stanu New Jersey - odpowiednio ok. 5. min urządzeń OBU i ok. 3.8 min kont, natomiast sieć dróg płatnych objętych systemem, wskazanych przez wykonawcę w projektach referencyjnych, obejmuje ok. 945 km),
- fakt, iż w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu szczelności poboru opłat i kontroli uiszczania opłat w wielkoskalowych elektronicznych systemach poboru opłat typu Free-flow, konieczne jest wykorzystanie zarówno automatycznych systemów kontroli oraz inspekcji przeprowadzanych przy wykorzystaniu mobilnych jednostek kontrolnych (przykładem takiej strategii czynności kontrolnych jest np. Krajowy System Poboru Opłat w Polsce, system czeski, niemiecki, słowacki, białoruski, austriacki czy węgierski),
- brak dowodów zaprzeczających prawdziwości oświadczeń zawartych w JEDZ w zakresie spełniania przedmiotowego warunku,

zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku lub wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Zamawiający będzie dodatkowo oczekiwał potwierdzenia ww. informacji i oświadczeń zamawiającego zawartych w JEDZ w referencjach i innych dowodach należytego wykonania zamówień, będących przedmiotem potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnosnie zarzutów dotyczących Konsorcjum Egis

Pełnomocnictwo dla p. Katarzyny Mackovic

Zamawiający potwierdza, że w dniu 5 lipca 2017 r. wezwał Konsorcjum Egis do uzupełnienia formularzy JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W piśmie z dnia 20 lipca 2017 r. Konsorcjum Egis złożyło uzupełnione dokumenty. Pismo przewodnie oraz jeden z dokumentów JEDZ (Egis Projects S.A.) zostały podpisane przez Katarzynę Mackovic. Pełnomocnictwo dla Katarzyny Mackovic z dnia 30 czerwca 2017 r. załączone do uzupełnienia zostało udzielone przez Egis Projects S.A. i nie wynikało z niego uprawnienie do reprezentowania całego Konsorcjum Egis.

Z tego względu Zamawiający w dniu 31 lipca 2017 r. wezwał w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Konsorcjum Egis do przedłożenia prawidłowego pełnomocnictwa dla p. Katarzyny Mackovic. W odpowiedzi na wezwanie w dniu 4 sierpnia 2017 r. Wykonawca złożył między innymi poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię pełnomocnictwa udzielonego w dniu 4 lipca 2017 r. Panu Adbellahowi Benhattowi do działania w imieniu Egis Projects S.A. oraz

pełnomocnictwo dalsze udzielone przez Abdellah Benhatta Katarzynie Mackovic i Krzysztofowi Bernatowiczowi do reprezentacji Konsorcjum. Z uwagi na złożenie kopii pełnomocnictwa dla Abdellah Benhatta w dniu 7 sierpnia 2017 r. zamawiający wezwał do złożenia oryginału pełnomocnictwa.

Zamawiający wskazał, że niezłożenie w ofercie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa obarczonego pewnymi wadami formalnymi zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (por. wyrok KIO z 20.03.2009 r., KIO/UZP 298/09) w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. Orzecznictwo z okresu sprzed nowelizacji wskazuje też, że wezwanie do uzupełniania dokumentów, kierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest jednokrotnym wezwaniem stosowanym przez zamawiającego do wykonawcy w odniesieniu do konkretnej okoliczności faktycznej (Wyrok z dnia 22 kwietnia 2010 r. KIO/UZP 545/10). Obecnie kwestię uzupełnienia pełnomocnictw reguluje przepis art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, zgodnie z którymi 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".

Podkreślił, że wady pełnomocnictwa mogą polegać m.in. na wadzie oświadczenia woli; niewłaściwej formie pełnomocnictwa; braku podpisu na pełnomocnictwie przez umocowane osoby według KRS lub wpisu do ewidencji, itd.

Wobec stwierdzonych wad w zakresie reprezentacji w odpowiedzi na wezwanie wystosowane w trybie art. 26 ust. 3a Pzp zamawiający wezwał Konsorcjum Egis do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pani K. Mackovic (5 lipca 2017 r.).

W odpowiedzi na w/w wezwanie wykonawca przedłożył zamawiającemu pełnomocnictwo dla Pana Abdealah Behhatta z dnia 4 lipca 2017 r. udzielone przez dyrektora generalnego spółki Egis Projects S.A. - Pana Rik Joosten. prze(przedmiotowe pełnomocnictwo w ocenie zamawiającego było prawidłowe co do treści i zakresu umocowania, jednakże zostało ono złożone w nieprawidłowej formie (w formie kopii). Tym samym zamawiający wezwał wykonawcę Egis do przedłożenia przedmiotowego pełnomocnictwa w formie oryginału. W ocenie zamawiającego jakkolwiek wezwanie dotyczyło uzupełnionego już dokumentu, to obejmowało ono zupełnie inną wadę (wadliwość formy pełnomocnictwa). Tym samym zdaniem zamawiającego uzupełnienie takie jest w pełni dopuszczalne. W tym zakresie Zamawiający powołuje się na utrwalone już orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego jednoznacznie wynika, że możliwe jest wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu w sytuacji, gdy mamy do czynienia z różnymi jego wadami/błędami. Tym samym brak jest podstaw do twierdzenia, że zamawiający dopuścił się naruszenia zasady

jednokrotności uzupełniania dokumentów. Co więcej, przepis art. 26 ust. 3a ustawy literalnie nie zabrania wzywać do uzupełniania pełnomocnictw więcej niż jeden raz.

Zamawiający podkreślił, że w treści przedmiotowego pełnomocnictwa dla Pana Abdealah Benhatta w pkt. 2.1.7 zdanie ostatnie znajduje się uprawnienie pełnomocnika do „wyznaczania przedstawicieli do reprezentowania spółki i/lub jej spółek zależnych”, co powoduje, że w ocenie zamawiającego zasadnym jest przyjęcie, że Pan Abdealah Benhatta miał prawo wyznaczyć dalszych pełnomocników. Dodatkowo w ramach przedmiotowego pełnomocnictwa wskazano, że Pan Rik Joosten upoważnia P. Abdealah Behhatta do reprezentowania spółki na zewnątrz w ramach czynności i operacji wchodzących w szczególności w zakres jego obowiązków. Z pkt 2.1. wynika uprawnienie do reprezentowania spółki w stosunku do osób trzecich, wszelkich organów i urzędów, a następnie jest wymienienie ich „w szczególności”; tym samym katalog przedmiotowych czynności nie ma charakteru zamkniętego, co wskazuje, że również w oparciu o ten zapis możliwe było przyjęcie, że w zakres umocowania wchodzi również umocowanie dalszych pełnomocników do realizacji czynności objętych pełnomocnictwem. Warto dodać, że w innym niż polski systemie prawnym nie musi być wymogu zamieszczania klauzuli substytucyjnej dla umocowania do udzielania dalszych pełnomocnictw. Wystarczające, że wynika to z innych zapisów pełnomocnictwa bądź z przepisów prawa.

Jednocześnie należy podkreślić, że Pani Katarzyna Mackovic w uzupełnieniu z dnia 20 lipca 2017 r. podpisała jedynie pismo przewodnie i jeden z dokumentów JEDZ (Egis Projects S.A.). W przypadku JEDZ Egis Projects S.A. to Katarzyna Mackovic była prawidłowo uprawniona do składania oświadczeń w imieniu tego członka Konsorcjum na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 czerwca 2017 r. złożonego wraz z uzupełnieniem. Pozostałe dokumenty JEDZ będące przedmiotem uzupełnienia zostały podpisane przez inne umocowane osoby, których prawidłowości umocowania odwołujący nie kwestionuje. Nawet zatem, gdyby uznać, czemu zamawiający w całej rozciągłości zaprzecza, że Pani Katarzyna Mackovic nie była prawidłowo umocowana do podpisania pisma przewodniego, to niezasadny jest wniosek o wykluczenie Egis z postępowania za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu z tego tytułu, bowiem wykonawca w sposób należyty potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Usługa Wsparcia Czynności Kontrolnych

Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał, że zarzut ten jest spóźniony. W dniu 21 kwietnia 2017 r. Zamawiający ogłosił pierwotną tzw. krótką listę wykonawców, których zamierza zaprosić do dialogu. Termin na złożenie odwołania upływał w dniu 2 maja 2017 r. Odwołujący złożył w tym terminie odwołanie, które zostało rozstrzygnięte wyrokiem KIO 888/17 z dnia 8 czerwca 2017 r. W sprawie KIO 888/17 jedyny zarzut, jaki odwołujący postawił Konsorcjum Egis, dotyczył tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący miał dostęp do

tych samych informacji (w zakresie nieobjętym tajemnicą przedsiębiorstwa) w kwietniu 2017 r., kiedy to nie sformułował żadnego zarzutu wobec spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Egis w odwołaniu z dnia 2 maja 2017 r., jak i obecnie, tj. po ogłoszeniu krótkiej listy w dniu 11 sierpnia 2017 r. Z tego powodu zamawiający stoi na stanowisku, że nie ma żadnych powodów, aby uznać, że w dniu 11 sierpnia 2017. r. otworzył się odwołującemu nowy termin na stawienie zarzutów o charakterze merytorycznym Konsorcjum Egis. Zatem zarzuty z obecnego odwołania nie powinny zostać rozpatrzone przez Izbę.

Co więcej, zdaniem zamawiającego odwołujący nie może posiadać wiedzy dotyczącej zasobów wskazanych przez konsorcjum Egis, jako realizujące Usługę Wsparcia Czynności Kontrolnych (własne, PUZ, podwykonawców) Wykonawca Konsorcjum Egis zastrzegło te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący w zasadzie nie udowodnił stawianego zarzutu. Odwołujący powołuje się w odwołaniu na „projekty referencyjne” wskazując, że nie pobiera się w nich opłat drogowych, nie konkretyzując, jakie projekty ma na myśli. Dalej odwołujący powołuje się też na „ogólnie znane fakty” wskazując, że skoro system ogranicza się do kontroli przestrzeni parkingowych oraz kontroli prędkości, to nie może być mowy o żadnym systemie poboru opłat drogowych, co ma świadczyć o niespełnianiu warunku udziału w postępowaniu dotyczącym Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych. Zatem zarzut nie został skonkretyzowany oraz nie został w żaden sposób udowodniony. Zamawiający podobnie jak w odpowiedzi na zarzuty dotyczące wniosku Comarch podniósł, że nie ograniczył warunku do opłat drogowych.

Podsumowując, mając na uwadze brak dowodów zaprzeczających prawdziwości oświadczeń zawartych w JEDZ w zakresie spełniania przedmiotowego warunku, Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu nie wykazania spełnienia warunku lub wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Zamawiający podkreślił, że będzie dodatkowo oczekiwał potwierdzenia ww. informacji i oświadczeń zawartych w JEDZ w referencjach i innych dowodach należytego wykonania zamówień na dalszym etapie dialogu konkurencyjnego od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona.

Odnosnie zarzutów dotyczących Konsorcjum Nemzeti

We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Usługi Udostępniania OBU Konsorcjum Nemzeti powołało się na doświadczenie podmiotów udostępniających zasoby:

(a) AUTO Securit Zórtkóruen Mukódó Reszvenytarsasag (AUTO SECURIT Zrt), w ramach którego spółka AUTO Securit Zrt sprzedawała, wydawała i zarządza 4,567 OBU jako oficjalny Operator Deklarujący na Węgrzech;

(b) i-Cell Koriatoit Feieióssegu Tarsasag (i-Cell Kft), w ramach którego w ramach którego spółka i-Cell Kft. sprzedała, wydała i zarządza 36.527 OBU jako oficjalny Operator Deklarujący na Węgrzech;

(c) Multi Alarm Zsrtkörűen Működő Részvénytársaság (Multi Alarm Zrt), w ramach którego w ramach którego spółka i-Cell Kft. sprzedała, wydała i zarządza 7.635 OBU jako oficjalny Operator Deklarujący na Węgrzech;

(d) Secret Control GPS Koriatoit Feieióssegu Tarsasag (Secret Control GPS Kft), w ramach którego w ramach którego spółka i-Cell Kft. sprzedała, wydała i zarządza 24.460 OBU jako oficjalny Operator Deklarujący na Węgrzech;

(e) WebEye Magyarorszag Kft, w ramach którego w ramach którego spółka i-Cell Kft. sprzedała, wydała i zarządza 27.796 OBU jako oficjalny Operator Deklarujący na Węgrzech; Zamawiający w piśmie z dnia 5 lipca 2017 r. zwrócił uwagę wykonawcy, że zgodnie z warunkiem, wymagał realizowania usługi w ramach jednej umowy, tymczasem Wykonawca wskazał na potwierdzenie spełnienia tego warunku usługi realizowane przez pięć odrębnych podmiotów, w ramach odrębnych umów.

W uzupełnionym w dniu 20 lipca 2017 r. JEDZ przedłożono JEDZ konsorcjanta -Nemzeti Utdífizetési Szolgáltatató Zrt (National Toll Payment Services Pic), w którym w Części IV wykonawca wskazał, że Usługa Udostępnienia OBU świadczona jest przez jeden podmiot w ramach projektu HU-GO w okresie od dnia 1 lipca 2013 r. do dnia składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący nie kwestionuje prawidłowości uzupełnienia JEDZ w tym zakresie, a nie wykazanie 100 000 OBU.

Zamawiający wskazał że przedmiotowa kwestia została już rozstrzygnięta wyrokiem w sprawie KIO 888/17 z dnia 8 czerwca 2017 r. Na etapie postępowania odwoławczego w sprawie KIO 888/17 jako podstawę formułowanego zarzutu w stosunku do Konsorcjum Nemzeti odwołujący wskazywał m.in. okoliczność, że wskazana na potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.1.3.a) 1.5. IdW przez Konsorcjum Nemzeti usługa wydawania i zarządzania nie obejmowała liczby 100.000 urządzeń (vide: treść odwołania, protokół z rozprawy w sprawie o sygn. KIO 888/17).

Zamawiający przytoczył fragmenty protokołów z rozprawy KIO 888/17. z rozprawy z dnia 17.05.2017 r. (str. 14) oraz str. 5/6 protokołu z 29.05.2017 r...

Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu do wyroku KIO 888/17 na str. 41 i 42 potwierdziła że wzięta w/w dowód pod uwagę. Zamawiający podkreśla, że w/w dowody to te same dokumenty, który odwołujący załączył do niniejszego odwołania jako załącznik nr 14. Co więcej, prezentacja z października 2014 r, oznaczona jako załącznik nr 12 do odwołania zawiera analogiczne informacje co załącznik nr 14, Nie wnosi nic nowego. Przyznaje to zresztą sam odwołujący na str. 42 odwołania wskazując w ostatnim akapicie. Zamawiający podkreśla, że kwestia spełnienia warunku dotyczącego liczby OBU została już rozstrzygnięta

wyrokiem w sprawie KIO 888/17 z dnia 8 czerwca 2017 r. Wynika to wprost ze strony 68 uzasadnienia wyroku KIO 888/17 gdzie Izba wskazała:

„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”.

Tym samym, Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała przedmiotowy zarzut, oceniając, w oparciu o włączoną w poczet materiału dowodowego prezentację Pana Zoltana Vargi (w obecnej sprawie ponownie złożoną jako dowód), że Konsorcjum Nemzeti co do zakresu rzeczowego w zakresie usługi udostępniania OBU spełnia warunek. Odniesienie się przez Izbę wprost do dowodu nr 2 i 13 w uzasadnieniu wyroku świadczy o tym, że kwestia spełnienia warunku w zakresie osiągnięcia 100 000 OBU wydanych i zarządzanych została przez Izbę ostatecznie rozstrzygnięta.

Mając na względzie powyższe, zamawiający wnioskuje, by przedmiotowy zarzut pozostawić bez rozpoznania z uwagi na fakt, że był on już przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie, zgodnie z art 189 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że w części odnoszącej się do uwzględniania odwołania w odniesieniu do wniosku Konsorcjum Nemzeti, odwołujący wniósł skargę na wyrok KIO o sygn. KIO 888/17,

Na stronie 12 skargi ostatnie zdanie i dalej na str. 13 odwołujący potwierdza, iż jest świadomy, że KIO zarzut dotyczący Usługi Udostępnienia OBU rozstrzygnęła w sprawie o sygn.. KIO 888/17: „Zresztą Krajowa Izba Odwoławcza jest w tym zakresie niekonsekwentna, Oddaliła zarzut nie wykazania przez Konsorcjum Nemzeti spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zakresie Usługi wydania i zarządzania ponad 100 000 urządzeń OBU” [...].

Odwołujący uznał, że przedmiotowa kwestia została rozstrzygnięta przez KIO, bowiem w skardze zarzuca, że Izba niesłusznie uznała, że wykonawca spełnia przedmiotowy warunek. Co więcej zawarty w niniejszym odwołaniu zarzut stanowi powielenie argumentacji zawartej w skardze na wyrok KIO o sygn.. 888/17.

Słuszność rozstrzygnięcia KIO w tym zakresie będzie przedmiotem badania przez Sąd Okręgowy. Nie ma zatem podstaw prawnych, aby ponownie zajmowała się nim Krajowa Izba Odwoławcza.

Dodatkowo zamawiający wnosi o pozostawienie przedmiotowego zarzutu bez rozpoznania również na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, bowiem w oparciu o przedstawione okoliczności faktyczne należy uznać, że został on wniesiony po upływie terminu na

wniesienie odwołania. Podkreślić należy, że cały wniosek Konsorcjum Nemzeti był jawny i o fakcie ilości urządzeń OBU wydanych i zarządzanych odwołujący uzyskał wiedzę już po pierwszym zawiadomieniu o kwalifikacji do drugiego etapu dialogu.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby Izba nie uwzględniła powyższego wniosku, zamawiający odniósł się również merytorycznie do postawionego przez odwołującego zarzutu. Zamawiający podkreślił, że jest to powtórzenie argumentacji, która została przedstawiona na rozprawie KIO 888/17.

Przedmiotowa prezentacja ma charakter poglądowy. Prezentowane dane mają charakter wybiórczy, a sama prezentacja nie została stworzona na potrzeby związane z postępowaniem. Co więcej, jest to subiektywny dobór informacji nt. funkcjonującego na Węgrzech Systemu, dokonany przez Pana Zoltana Vargę, który nie przygotowywał jej jako reprezentant Konsorcjum Nemzeti, ani przedstawiciel któregośkolwiek z jej członków. W ocenie zamawiającego nie zwiększa, ani nie podnosi mocy dowodowej przedmiotowej prezentacji w kontekście wykazania okoliczności domniemanego braku spełniania warunku, fakt, że prezentacja ta - zawierająca wybiórcze zestawienie danych odmiennych od wymaganych w postępowaniu - została wykorzystana przez Komisję Europejską jako źródło informacji statystycznych przy sporządzaniu dokumentu roboczego Komisji Europejskiej z dnia 31 maja 2017 r. „OCENA EX POST Dyrektywy 2004/52/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 w sprawie interoperacyjności systemów elektronicznych opłat drogowych we Wspólnocie oraz Decyzji 2009/750/EC z 6 października 2009 Komisji w sprawie definicji europejskiej usługi opłaty elektronicznej oraz jej elementów technicznych” (s. 21, przypis 36). Moc dowodowej omawianej prezentacji nie zwiększa zatem również w żadnym razie fakt powielenia informacji w niej zawartych w innych prezentacjach redagowanych przez Pana Zoltana Vargę.

Co więcej, zamawiający wskazał, że w rzeczonej prezentacji znajduje się zestawienie danych, które odnoszą się do innych parametrów niż dane referencyjne, których wymagał Zamawiający w ramach niniejszego postępowania. Odwołujący na rozprawie w sprawie KIO 888/17 oraz obecnie konsekwentnie błędnie interpretuje treść warunku w zakresie definicji Usługi Udostępnienia OBU wywodząc, że liczba 100 000 dotyczy OBU „zarejestrowanych” w systemie i na tę okoliczność przytacza dane z prezentacji p. Vargi. Zamawiający podkreśla, że treść warunku mówi o wydawaniu i zarządzaniu ponad 100 000 OBU: „Jako Usługę Udostępniania OBU, Zamawiający uzna należycie wykonane lub wykonywane świadczenie Wykonawcy polegające na wydawaniu i zarządzaniu ponad 100 000 urządzeń pokładowych (OBU różnymi kanałami, w tym przez punkty udostępniania w różnych regionach danego kraju. Warunek stanowi o OBU wydanych i zarządzanych, nie zaś o OBU zarejestrowanych. Zamawiający wskazuje, że z treści warunku nie wynika, że liczba OBU wydanych i zarządzanych, powinna wynosić ponad 100 000 przez cały okres trwania usługi. Wszelkie

ewentualne wątpliwości co do treści SIWZ należy natomiast rozpatrywać na korzyść wykonawców, tj. w tym przypadku Konsorcjum Nemzeti.

Podkreślił, że liczba OBU wydanych i zarządzanych jest liczbą wyższą od liczby OBU zarejestrowanych (OBU zarejestrowane mieszczą się w zbiorze OBU wydanych i zarządzanych).

Zamawiający wskazuje, że od początku działania systemu viaTOLL zostało wydanych i zarządzanych ok. 2,8 mln OBU (liczba podana narastająco wg Raportu Miesięcznego za miesiąc lipiec 2017 Operatora KSPO) natomiast liczba OBU zarejestrowanych na dzień 31.07.2017 wynosi ok. 1,09 mln OBU (wg Raportu Kwartalnego z dn. 08.08.2017 Operatora KSPO). Na wykresie poniżej porównano liczbę OBU wydanych (i zarządzanych) z liczbą OBU zarejestrowanych. Tym samym prezentacja przedłożona przez odwołującego, jest zupełnie niemiarodajna w kontekście oceny spełniania warunku w niniejszym Postępowaniu, OBU zarejestrowane i sam proces rejestracji zawiera się w czynnościach związanych z wydaniem i zarządzaniem wydanymi OBU, Sama czynność rejestracji OBU jest czynnością ściśle powiązaną z zarejestrowaniem użytkownika KSPO w systemie poboru opłat drogowych i wyposażenie go w prawidłowo działające i spersonalizowane OBU, umożliwiające mu uiszczanie odpowiedniej opłaty za korzystanie z dróg płatnych. Natomiast, całościowa obsługa OBU przez operatora systemu wymaga realizacji szeregu innych czynności związanych z jego wydaniem i zarządzaniem, tj. m.in.:

- 1) czynności związane z logistyką (dostarczeniem OBU do MOK (Miejsc Obsługi Klienta), odbiorem i obsługą zwróconych przez użytkowników OBU,
- 2) zarządzanie/przyjmowanie nowych lub ponowne wprowadzonych do obiegu OBU od producenta do magazynu logistycznego,
- 3) kontrola stanów magazynowych w poszczególnych MOK i Magazynie centralnym (osiągnięcie zdefiniowanego stanu magazynowego dla poszczególnego MOK/Magazynu centralnego powoduje konieczność uruchomienia procesu dostawy nowych urządzeń pokładowych OBU do MOK/Magazynu centralnego),
- 4) analiza minimalnych poziomów stanów magazynowych i ich ewentualne dostosowywanie dla poszczególnych MOK,
- 5) weryfikacja niefunkcjonalnych/ uszkodzonych OBU zwracanych przez użytkowników,
- 6) obsługa OBU zwracanych pocztą,
- 7) personalizacja masowa OBU (dla firm z dużą liczbą OBU przed ich wydaniem dokonuje się masowej personalizacji poza MOK),
- 8) obsługa zwrotu i wymiany OBU (każde zwrócone OBU przed poddaniem go procesowi recyklingu jest odczytywane przy użyciu specjalistycznego software'u, który na podstawie liczby transakcji pozwala oszacować poziom baterii. Urządzenia, których bateria została wyczerpana w 70% są wycofywane z obrotu i zastępowane nowymi),

9) proces recyklingu OBU (wyczyszczenia, przepakowania w nowe pudełko wraz z instrukcją i rzepami),

10) obsługa procesu reklamacji związanych z niedziałającym prawidłowo OBU,

11) obsługa procesu związanego ze skradzionymi/zgubionymi przez użytkowników OBU,

Certyfikat DEVELOR

Zamawiający w pierwszej kolejności wniósł o pozostawienie przedmiotowego zarzutu bez rozpoznania w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że został on wniesiony po upływie terminu na wniesienie odwołania.

Podkreślić należy, że cały wniosek Konsorcjum Nemzeti był jawny i o fakcie rodzaju, nazwy i charakteru certyfikatu odwołujący uzyskał wiedzę już po pierwszym zawiadomieniu o kwalifikacji do drugiego etapu dialogu. Co więcej, odwołujący zarzut co do osób legitymujących się certyfikatem Develor osób wskazywanych na stanowiska ekspertów przez Konsorcjum Nemzeti odwołujący postawił w odwołaniu wniesionym po czynności pierwszego zawiadomienia o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Sam odwołujący w skardze na wyrok KIO w sprawie o sygn. KIO 888/17 przyznaje, że dane odnoszące się do certyfikatu były mu znane już po pierwszym zawiadomieniu o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Szeroką argumentację w zakresie nieprawidłowości certyfikatu Develor -przedstawił odwołujący również w czasie rozprawy w sprawie KIO 888/17 (vide: protokół z rozprawy).

W protokole z rozprawy z dnia 17.05.2017 r. (str. 15 oraz str. 6 protokołu z 29.05.2017 r.) oraz w protokole z dnia 29 maja 2017 r.

Mając na względzie powyższe, zamawiający wnosi o pozostawienie przedmiotowego zarzutu poza zakresem rozpoznania Izby w związku z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zarzut odnoszący się do certyfikatu Develor był przedmiotem odwołania Konsorcjum KOIT po pierwszym zawiadomieniu o ocenie wniosków, a fakt nie odniesienia się do tego zarzutu przez KIO w wyroku w sprawie KIO 888/17 został przez odwołującego skutecznie zaskarżony w ramach skargi do Sądu Okręgowego na przedmiotowe orzeczenie. Tym samym będzie on przedmiotem orzekania przed Sądem Okręgowym, co powoduje, że przedmiotowy zarzut powinien pozostać poza zakresem orzekania w niniejszej sprawie również z uwagi na 189 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Na wypadek, gdyby Izba nie uwzględniła powyższego wniosku, zamawiający odniósł się również merytorycznie do postawionego przez odwołującego zarzutu.

Zamawiający wyjaśnił, że z literalnego brzmienia zapisów Instrukcji wynika zatem wprost, że zamawiający nie wymagał i dlatego nie umieścił w Instrukcji wymogu, aby wiedza i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami zostały potwierdzone tak, jak to sugeruje odwołujący, przez np. egzamin.

Ponadto, okolicznością powszechnie znaną jest to, że na świecie funkcjonuje wiele instytucji wydających certyfikaty potwierdzające wiedzę i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami. Każda z tych instytucji stosuje własne zasady wydawania certyfikatów, które mogą się istotnie różnić między sobą.

Zamawiający formułując warunek, o którym mowa w IdD, dążył do zapewnienia równego traktowania Wykonawców, a nie formułowania treści w sposób dyskryminujący dla wykonawców, np. w przypadku, gdy wiedza i umiejętności osoby zostałyby potwierdzone certyfikatem, wydanym w formule bez uprzedniego egzaminu.

Podkreślić ponadto należy, że w słowniku języka polskiego PWN¹¹ certyfikat definiuje się jako: «oficjalny dokument stwierdzający np. zgodność produktu z normami, autentyczność dzieła sztuki lub ukończenie kursu». Nie ma w niniejszej definicji mowy o tym, że warunkiem sine qua non uzyskania takiego dokumentu jest uprzednie zdanie jakiegokolwiek egzaminu.

Zamawiający wskazał, że zaprezentowana w odwołaniu interpretacja brzmienia przedmiotowego warunku, pozostaje w oderwaniu od jego literalnej treści i zmierza wyłącznie do ograniczenia konkurencji, co nie było intencją zamawiającego przy formułowaniu warunków odnoszących się do potencjału osobowego.

Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii członka Komisji Przetargowej Pani Doroty Miziołek z 27 marca 2017 r. (w aktach postępowania).

Opiniująca przeprowadziła analizę „w oparciu o informacje publicznie dostępne oraz na podstawie bezpośredniej rozmowy z przedstawicielami Develora oraz Prince w Polsce. Na tej podstawie stwierdziła, cytując: „Zgodnie z uzyskanymi informacjami certyfikat Develor potwierdza, że osoba ukończyła szkolenie w zakresie zarządzania projektami”. Tym samym brak jest podstaw do twierdzenia, że zarzuty odwołującego są zasadne.

W ocenie zamawiającego w kontekście postawionego warunku, należy uznać, że certyfikat potwierdzający odbycie szkolenia z zakresu metodologii projektu/zarządzania projektami spełnia wymogi określone w IdD, bowiem potwierdza posiadania wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami.

Brak JEDZ podmiotów udostępniających zasoby

Zamawiający wskazał, że: z przedłożonych oświadczeń wprost wynika, że w okolicznościach sprawy mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim, a nie pośrednim.

Pomiędzy Wykonawcą a P. Z, Vargą i L. Veresem, nie występuje żaden pośredniczący podmiot trzeci, przy czym nie ma znaczenia w ocenie zamawiającego, czy osoby te świadczą usługi na rzecz członków Konsorcjum Nemzeti w oparciu o umowę cywilnoprawną, czy też w oparciu o umowę o pracę.

Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, że P. Zoltan Varga, czy też Pan L Veres nie należą bezpośrednio do przedsiębiorstwa członka/członków konsorcjum,

Osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą, udostępniając wykonawcy potencjał w postaci „samego siebie”, nie ma obowiązku składania pisemnego zobowiązania (ani ewentualnie dokumentów potwierdzających, że wobec tego podmiotu trzeciego nie ma podstaw do wykluczenia, gdyby zamawiający takowych żądał), jeżeli między samozatrudnionym a wykonawcą istnieje stosunek prawny, np. w postaci umowy zlecenia czy umowy o dzieło. Oznacza to bowiem, że wykonawca faktycznie dysponuje już osobą samozatrudnionego (tzw. dysponowanie bezpośrednie), a nie korzysta z jego zasobów w rozumieniu art. 22a ustawy. Tylko takie korzystanie byłoby równoznaczne z koniecznością złożenia zobowiązania przez osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą. Podkreślić należy, że dysponowanie zasobami podmiotów trzecich może się odbywać pośrednio lub bezpośrednio. Gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio między wykonawcą a osobą, na dysponowanie którą wykonawca się powołuje, to jest to dysponowanie bezpośrednie. Co istotne, nie ma tu znaczenia charakter prawny takiego stosunku, tj. czy współpraca następuje np. na podstawie umowy o pracę, umowy o świadczenie usług, umowy przedwstępnej czy na zasadzie samozatrudnienia się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą. Z kolei pojęcie dysponowania pośredniego - zgodnie z wyrokiem KIO z 4.09.2013 r. (KIO 1982/13) - wywodzi się z art. 26 ust. 2b ustawy (obecnie - art. 22a ustawy-przyp. aut.). W przypadku pośredniego dysponowania zasobami między wykonawcą a osobami „udostępnianymi” nie ma więzi bezpośredniej; z osób tych wykonawca korzysta za pośrednictwem podmiotu trzeciego, na podstawie jego pisemnego zobowiązania. Tak też wyroku KIO z 27.02.2012 r. (KIO 218/12). W związku z powyższym błędny jest wniosek odwołującego, wedle którego „należałoby uznać, że ilekroć wykonawca powołuje się na dysponowanie osobami, które prowadzą działalność na własny rachunek, musi udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował tymi osobami, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych osób do udziału w realizacji zamówienia, np. w charakterze podwykonawców” i dokumenty JEDZ ww. osób.

W konsekwencji należy uznać, że rozumowanie odwołującego jest błędne, a Konsorcjum Nemzeti potwierdziło spełnianie warunku udziału w postępowaniu w w/w zakresie.

Bezskuteczne uzupełnienie JEDZ

Odwołujący podniósł, że jego zdaniem korekta urzędowego formularza dokonana przez wymianę jego fragmentu jest niedopuszczalna bo to urzędowy formularz i nie może być dekompletowany, a jego uzupełnienie możliwe jest tylko przez złożenie całości.

Ponadto odwołujący podniósł, że uzupełnienie fragmentu JEDZ jest niedopuszczalne również dlatego, że „poprawione części formularza nie były opatrzone oświadczeniem z części VI JEDZ”, gdzie wykonawca potwierdza, że złożone przez niego oświadczenie co do zawartych w JEDZ informacji jest prawdziwe. Zamawiający nie zgodził się powyższą

argumentacją. Wskazał, że analogiczny zarzut był już w odwołaniu w sprawie sygn. akt KIO 888/17 i został rozstrzygnięty i nie powinien być w nowej sprawie rozpatrywany zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt. 4) ustawy Pzp,

Izba w sprawie KIO 888/17 nie przychyliła się do argumentacji odwołującego. W uzasadnieniu wyroku na str. 63 Izba wskazała:

„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 czy i 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”,

Z powyższego wynika, że wbrew twierdzeniom odwołującego JEDZ nie jest dokumentem, od którego ustawodawca wymaga podwyższonego rygoryzmu formalnego objawiającego się w traktowaniu formularza jako niepodzielnej całości. Nic takiego nie wynika z przepisów prawa, w tym z Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, Zupełnie nietrafione są też odniesienia odwołującego do rygoryzmu kpc i wymogów formalnych pism procesowych. Nadmierny formalizm nie jest celem samym w sobie. Przepisy te w zakresie dotyczącym JEDZ nie mają zastosowania w żaden sposób, nawet przez daleko posuniętą analogię.

Wykonawca był wzywany w zakresie dotyczącym Części IV JEDZ i w takim zakresie złożył poprawione dokumenty JEDZ. Uzupełnienie dotyczyło zatem jedynie niektórych oświadczeń z JEDZ dotyczących stricte opisanie zdolności technicznej i zawodowej. Pod każdym uzupełnionym fragmentem JEDZ został złożony podpis pełnomocnika p. Mirelli Lechna tj.

przez tę samą osobę, która złożyła podpis pod pierwotną wersją dokumentów JEDZ złożoną wraz z wnioskiem. Podpis Pani Lechna znajduje się zatem zarówno pod Częścią VI JEDZ, jak również pod każdym uzupełnianym fragmentem JEDZ. Należy zatem traktować pierwotnie złożone dokumenty JEDZ oraz ich poprawione fragmenty jako całość.

Zamawiający stoi ponadto na stanowisku, że podpis złożony pod fragmentem JEDZ również potwierdza dokładność i prawidłowość oraz przede wszystkim prawdziwość podanych tam informacji. Wprowadzenie zamawiającego w błąd niesie przewidziane prawem konsekwencje niezależnie od miejsca i formy zamieszczenia nieprawdziwych informacji. Wymaga podkreślenia, że odpowiedzialność karna za podawanie nieprawdziwych informacji w celu uzyskania zamówienia publicznego wynika w Polsce z przepisów powszechnie obowiązujących i jest niezależna od tego czy informacje te są podawane w JEDZ czy w innych dokumentach. Zamawiający powołał art. 297 § 1 Kodeksu Karnego.

Zatem Część VI JEDZ - Oświadczenia końcowe - należy raczej traktować jako informację - ostrzeżenie dla wykonawców, mające przypominać im o tym, że za złożenie niedokładnych, nieprawidłowych informacji grożą konsekwencje karne. Z art. 297 kk wynika bowiem wprost, że odpowiedzialność karna przewidziana jest nie tylko za podawanie danych nieprawdziwych ale również nierzetelnych, jeżeli mają służyć pozyskaniu zamówienia publicznego. Odpowiedzialność ta istnieje niezależnie od tego gdzie składany jest podpis na formularzy JEDZ.

Przystępujący Catterick wniósł o oddalenie odwołania w zakresie podnoszonych przez Odwołującego zarzutów dotyczących Uczestnika.

Przystępujący Catterick zwrócił uwagę, że odwołujący podnosił już zarzut zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia uczestnika z postępowania ze względu na fakt, że Uczestnik „nie wykazał, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie w jakim na ich potwierdzenie powołała się na zasoby udostępnione przez podwykonawców, ani że podmioty te nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu” w swoim odwołaniu z dnia 2 maja 2017 r. (sygn. akt. 888/2017), okoliczności podnoszone w niniejszym odwołaniu były odwołującemu znane od dnia 24 kwietnia 2017r. i powinny być znaleźć się w pierwotnym odwołaniu, a obecnie powinny zostać ocenione jako spóźnione. Odwołał się do zasady koncentracji środków ochrony prawnej i wskazał, że okoliczności stanowiące podstawę podnoszonych zarzutów powinny być oceniane, a Izba powinna dojść do przekonania, że zarzuty dotyczące tych okoliczności powinny być przedstawione w terminie liczonym od powzięcia o nich wiadomości, a nie ponownego ich przedstawienia. Na popracie powołał wyrok Sądu Okręgowego z dnia 24.04.2006 r., postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2011 r. sygn. akt KIO 336/11, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 2 marca 2011 r., sygn. akt. KIO 336/11, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2

marca 2011 r. sygn. akt. KIO 336/11, por. również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 26 listopada 2007 r. (sygn. akt V Ca 2056/07)

Podniesienie zarzutów przez odwołującego na obecnym etapie należy uznać za prowadzące do nieuzasadnionej przewlekłości postępowania, sprzeczne z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej, postulatem szybkości postępowania oraz efektywnym gospodarowaniem środkami publicznymi, a przede wszystkim za spóźnione.

Za taką kwalifikacją przemawia utrwalona linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej: postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2009 r. KIO/UZP 490/09, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 18 listopada 2016 r., sygn. akt. KIO 2114/16, por. również przykładowo: postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 18 lutego 2013 roku sygn. akt 246/13; postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2014 roku sygn. akt KIO 1798/14; postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2014 roku sygn. akt KIO 2523/14 postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2014 r. KIO 2523/14, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 21 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2659/10, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 18 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 246/13

Odnosząc się merytorycznie do podniesionych zarzutów Catterick stwierdził, że podał, iż poświadczeniem należytego wykonania i przekazania zamawiającemu: (i) usług wsparcia czynności kontrolnych przez ETC może być oświadczenie zamawiającego -Dyrekcji Dróg i Autostrad Płatnych Stanu Georgia oraz korespondencja z tym zamawiającym; (ii) wdrożenia elektronicznego systemu poboru opłat typu FREE-FLOW może być oświadczenie zamawiającego - Pedelombarda S.C.P.A oraz dokumentacja zakończonych z powodzeniem testów eksploatacyjnych.

Podniósł, że stanowisko dotyczące wymogu podpisania przez obie strony innego równoważnego dokumentu jest sprzeczne z prawem, orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, praktyką obrotu międzynarodowego, obrotu krajowego, z interesem zamawiającego oraz z zamówieniową praktyką zamawiającego.

Powszechnie stosowanym w obrocie i stanowiącym mocny dowód należytego wykonania określonej umowy jest list referencyjny zamawiającego, w którym zamawiający jednoznacznie stwierdza, że dany wykonawca należycie wykonał umowę. Jedynym celem listu referencyjnego jest poświadczenie należytego wykonania danej umowy, aby tym poświadczeniem wykonawca mógł posłużyć się ubiegając się o inne zamówienie.

Idąc dalej tokiem rozumowania odwołującego, nawet oświadczenie zamawiającego, w którym zamawiający na przykład: (i) potwierdza należyte wykonanie umowy przez wykonawcę, (ii) wyraża wdzięczność wykonawcy za ciężką pracę i współpracę z zamawiającym oraz (iii) rekomenduje wykonawcę innym zamawiającym, byłoby

niewystarczające, a to z tego powodu, że jest jednostronnym oświadczeniem podpisanym przez zamawiającego.

Oprócz listów referencyjnych, innym jednostronnie podpisywanym dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie prac/umowy, powszechnie stosowanym w obrocie gospodarczym, są tzw. świadectwa zakończenia/wykonania. Nie tylko dokumenty te są podpisywane jednostronnie, ale też powszechną praktyką jest, że świadectwa wykonania wydaje/podpisuje inny podmiot niż zamawiający, a mianowicie tzw. inżynier kontraktu nadzorujący wykonanie umowy. W szczególności koncept świadectwa wykonania stosują wzory umów FIDIC, używane powszechnie na świecie i w Polsce. Na przykład, zgodnie z sub-klauzulą 11.9 Warunków Kontraktowych (FIDIC) dla Urządzeń oraz Projektowania i Budowy (dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę) (w. 1999), „Świadectwo Wykonania będzie jedynym dokumentem, potwierdzającym przejęcie Robót”. Zgodnie z tym wzorem, świadectwo wykonania wydaje inżynier kontraktu.

Udzielając zamówień publicznych na rynku krajowym, zamawiający zawiera umowy oparte o wzory FIDIC. W umowach zawieranych przez zamawiającego pojawiają się klauzule według których albo inżynier kontraktu, albo zamawiający wydaje świadectwa wykonania potwierdzające wykonanie robót/usług objętych zamówieniem.

Oczywistym jest dla przystępującego Catterick w tym kontekście, że cel zamawiającego był inny, aniżeli ograniczenie zbioru dopuszczalnych dokumentów równoważnych jedynie do dwustronnych, skoro sam zamawiający w umowach zawieranych w celu udzielenia zamówienia publicznego stosuje jednostronnie podpisywane świadectwa, a nie protokoły odbioru lub inne dwustronnie podpisywane dokumenty.

Zwrócił uwagę na podnoszoną w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) oraz doktrynie, kwestię proporcjonalności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz jego związku z przedmiotem zamówienia, w którym podkreśla się, że celem tego opisu jest zapewnienie „(...) wyłonienia wykonawcy, dającego rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia”, a co za tym idzie, że „(...) warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w taki sposób, by ich weryfikacja pozwalała na ocenę, że sytuacja podmiotowa określonego wykonawcy, w szczególności potencjał, którym on dysponuje i który może wykorzystać do wykonania zamówienia, są wystarczające dla uznania, iż wykonawca ten będzie w stanie wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego”¹ zaś „ (...) zamawiający przy ustalaniu tego opisu powinien brać pod uwagę specyfikę zamówienia, jego zakres, wartość, stopień złożoności, warunki realizacji.”

Odnosnie zagadnienia proporcjonalności przytoczył stanowisko ETS wyrażone w wyroku z 16 września 1999 roku w sprawie C-414/97 Komisja v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999, s. 1-

5585, wyrok z 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse SA v. Instituto Nacional de Gestion Sanitaria, Zb.Orz. 2005, s. 1-9315.

Odwołał się także do stanowiska polskiej doktryny.

Nawet, jeżeli gramatyka zdania, w którym zamawiający opisuje wymóg wykazania wykonania określonego zadania: „doprowadzenie do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu” sugeruje, że zamawiający zaakceptuje protokół odbioru lub dokument równoważny podpisany przez obie strony, ścisła wykładnia językowa tego wymogu prowadzi na manowce, ponieważ eliminowałaby wszystkie te zadania należycie wykonane przez ubiegających się o udział w postępowaniu, które zostały wykonane na podstawie umów, w których nie przewiduje się podpisania protokołu odbioru (czy innego dokumentu) przez obie strony, a na przykład przewiduje się wydanie świadectwa. Podobnie nawet najbardziej pochlebny list referencyjny nie spełniałby swej funkcji.

Celem zamawiającego jest, aby dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców solidnych i doświadczonych. Interpretacja, zgodnie z którą Zamawiający zamierzał nie dopuścić wykonawców do udziału w postępowaniu na tej podstawie, że nie dysponują poświadczeniem należytego wykonania umowy w postaci dwustronnie podpisanego dokumentu, choć dysponują innym, równoważnym dokumentem, jest sprzeczna ze zdrowym rozsądkiem, interesem zamawiającego i zasadą równego traktowania wykonawców, a zatem jest interpretacją *contra legem*. Taka interpretacja mogłaby prowadzić do sytuacji, w której zamawiający musiałby wykluczyć pierwszego z dwóch wykonawców, którzy należycie wykonali identyczne zadania, z tego powodu, że umowa pierwszego wykonawcy przewidywała np. wydanie świadectwa wykonania, a drugiego obustronnie podpisany protokół odbioru.

Omożliwości potwierdzenia należytego wykonania zadań przez dokumenty wystawione jednostronnie przez podmiot, na rzecz którego zadania, te były realizowane, wyraźnie stanowi treść Instrukcji do Dialogu Konkurencyjnego, którą Zamawiający przekazał wraz z ogłoszeniem o zamówieniu - pkt. 5.6.1) lit. b) Instrukcji. Przystępujący Catterick wskazał, że dokumentami poświadczającymi należyte wykonanie usług mogą być nie tylko dokumenty już wyżej wskazane, ale wszelkie inne dowody wskazujące na to, że zamawiający ocenia usługi jako wykonane prawidłowo. Na co przystępujący powołał wybrane fragmenty orzecznictwa Izby.

Zarówno ETC w odniesieniu do usług wsparcia czynności kontrolnych, jak i ATech w odniesieniu do wdrożenia elektronicznego systemu poboru opłat typu FREE-FLOW, dysponują oświadczeniami, odpowiednio, Dyrekcji Dróg i Autostrad Płatnych Stanu Georgia oraz Pedelombarda S.C.P.A., w których każdy z tych dwóch zamawiających: (i) potwierdza należyte wykonanie umowy przez wykonawcę, (ii) wyraża wdzięczność wykonawcy za

ciężką pracę i współpracę z zamawiającym, oraz (iii) rekomenduje wykonawcę (odpowiednio, ETC i ATech) innym zamawiającym.

Podkreślił, że może przedłożyć wyżej wymienione oświadczenia na każde żądanie zamawiającego. W tym kontekście niezrozumiałe są wywody odwołującego sugerujące, że użyte w uzupełnionych formularzach JEDZ sformułowanie „może być potwierdzone” należy czytać jako odnoszące się do przyszłości, a w związku z tym każe wątpić, czy takie oświadczenia istnieją. To, że uczestnik spełnia warunki udziału w postępowaniu może być potwierdzone poprzez przedłożenie w/w oświadczeń wtedy, kiedy zażąda tego zamawiający, a więc w każdej chwili. Nie zmieniłoby tego stanu rzeczy nawet użycie sformułowania odnoszącego się do przyszłości, np. „będzie mogło być potwierdzone”, ponieważ i tak chodzi o chwilę, w której potwierdzenia zażąda zamawiający.

Przystępujący Comarch podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania w całości.

Odnośnie zarzutu Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych

Zarzut jest całkowicie chybiony. W pierwszej kolejności przystępujący wskazał, iż przedstawiony zarzut stanowi ogromną nadinterpretację treści warunku dotyczącego Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych w stosunku do treści tego warunku ujawnionej w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w IdD. W żadnym miejscu ogłoszenia i IdD zamawiający nie wskazał, iż przez przedmiotową Usługę rozumie jako usługę dotyczącą wyłącznie opłat -jak tego chce Odwołujący - „drogowych”, czy też opłat za przejazd „w rozumieniu Ustawy o drogach publicznych”. Definicja Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych referuje to licznych zjawisk (jak rozpoznawanie tablic rejestracyjnych), czy pojęć (jak ewidencja danych) - w których obrębie mieścić się może każda Usługa wspierająca w sposób- określony w IdD uiszczanie i egzekwowanie obowiązku uiszczania opłat dotyczących wykorzystywania pojazdu posiadającego tablice rejestracyjne. IdD milczy w tym zakresie odnośnie sposobu wykorzystywania pojazdu objętego opłatą, czy przykładów musi być to przejazd, jaki przejazd, czy też parkowanie. Na potrzeby potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu istotne jest jedynie to, co Zamawiający jednoznacznie wyartykułował w opisie warunku w ogłoszeniu o zamówieniu i IdD. Przedstawione we wniosku przystępującego Konsorcjum Comarch projekty (realizowane w miastach Haarlem i Utrecht) spełniają znakomicie każdy element warunku dotyczącego Usługi Wsparcia czynności Kontrolnych, tj: usługi świadczone w ramach tych projektów obejmują świadczenia polegające na: o prowadzeniu stałych punktów kontrolnych, służących wykrywaniu potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczania opłat m.in. przy wykorzystaniu rozpoznawania tablic rejestracyjnych, o zapewnieniu mobilnych jednostek kontrolnych, tj. pojazdów służących wykrywaniu potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczania opłat, o czynnościach wykonywanych w zapleczu technicznym systemu polegających na przetwarzaniu danych w zakresie egzekwowania opłat,

wytwarzaniu pakietów danych ewidencyjnych w zakresie potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat.

Rozróżnienie opłaty drogowej w rozumieniu opłaty za przejazd od opłaty za parkowanie pod kątem egzekwowania obowiązku ich uiszczenia sprowadza się jedynie do aspektu prawnego, tj. przedmiotu tej opłaty.

Ustawa o drogach publicznych pojawia się w Ogłoszeniu o zamówieniu tylko raz i to nie w kontekście warunku udziału w postępowaniu, a wyłącznie w kontekście etapu realizacji zamówienia w pkt. III.2.2).

Nawet zaś gdyby uznać, iż intencją zamawiającego było takie rozumienie warunku dotyczącego Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych jak chce tego odwołujący, to intencja taka nie została w żadne sposób wyrażona w opisie tego warunku. Dla poparcia argumentacji powoła Sygn. akt: KIO 2076/14; wyrok z dnia 24 października 2014 r., Sygn. akt: KIO 416/14 wyrok z dnia 19 marca 2015 r., wyroku KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14, wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18. marca 2015 r. sygn. akt III Ca 10/15, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 23 października 2013 r. sygn. akt IV Ca 979/14.

Odwołujący abstrahuje od tego, że w zarzucanym zakresie Konsorcjum Comarch nie było wzywane do uzupełnienia. Nawet zatem gdyby uznać, iż omawiana usługa mogła dotyczyć wyłącznie „opłat drogowych” - to jest to teza wypływająca w postępowaniu po raz pierwszy. Przystępujący nigdy nie był w tym zakresie ani wzywany do wyjaśnień, ani do uzupełnienia. W konsekwencji nawet gdyby przyznać rację odwołującemu - z czym przystępujący się nie zgadza - konieczne w tym zakresie byłoby wezwanie Konsorcjum Comarch do uzupełnienia, albowiem procedura uzupełnienia wniosku nie została w tym zakresie wyczerpana.

Całkowicie chybiony jest też zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 16) ustawy. Przede wszystkim dlatego, że w złożonych zamawiającemu dokumentach brak jest informacji nieprawdziwych, a zatem wprowadzających w błąd zamawiającego. Przystępujący nie złożył we wniosku w omawianym zakresie żadnej informacji nieprawdziwej, w szczególności nie wprowadzał w błąd zamawiającego, że podane projekty dotyczą kontroli uiszczania opłaty.

Odnosnie zarzutu braku wykazania kryterium czasowego

Zarzut odwołującego dotyczy dwóch projektów, tj. Statens Vegvesen (dalej jako „Projekt norweski”) oraz Travikvervet (dalej jako „Projekt szwedzki”), które faktycznie w ramach złożonych we wniosku JEDZów dotyczą zarówno Wdrożeń, jak i świadczenia Usług – o nierozdzielonych datach rozpoczęcia i zakończenia trwania. Przystępujący Comarch podniósł jednak, że wezwanie zamawiającego zarówno do wyjaśnienia, jak i przede wszystkim do uzupełnienia w zakresie przypisania odrębnych dat dla Wdrożeń i Usług dotyczyło tylko i wyłącznie „innego projektu”.

I w tym zakresie zgodnie z żądaniem zamawiającego podano odrębną datę dla Wdrożenia, wskazując jednocześnie na to, że Konsorcjum Comarch nie powołuje się na ten projekt w celu

potwierdzenia warunku dotyczącego Usługi.

W związku z powyższym nie jest zasadny zarzut bazujący na Projekcie norweskim oraz Projekcie szwedzkim polegający na niewykazaniu - w wyniku wezwania do uzupełniania - spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z uwagi na fakt, iż wezwanie do wyjaśnienia, późniejszy wyrok KIO 888/17, a przede wszystkim wezwanie do uzupełnienia z dnia 5 lipca 2017 roku zupełnie te dwa projekty pomijało (norweski i szwedzki), w zakresie tym procedura wezwania do uzupełnienia nie została wyczerpana. Powołał orzecznictwo: Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt 1418/12, Wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 732/12, Wyrok z dnia 8 marca 2017 r., sygn. akt KIO 366/17, wyrok ETS z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 572/17, wyrok KIO 172/17 z dnia 10 stycznia 2017 r.

Dodatkowo przystępujący Comarch wskazał, że również zgodnie z treścią pisma przewodniego do uzupełnienia dokumentów z dnia 20 lipca 2017 roku - sekcje dotyczące Projektu norweskiego i Projektu szwedzkiego nie były uzupełniane. Nie obejmowało ich bowiem wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp, W związku z dokonany zastrzeżeniem w w/w piśmie przewodnim wskazano, że uzupełnieniu podlegają tylko te sekcje, które były objęte wezwaniem, a uzupełnienie JEDZów w całości wynika jedynie z kwestii technicznej, uniemożliwiającej taką edycję JEDZów, która pozwoliłaby na uzupełnienie tylko odpowiednich sekcji (których dotyczyło wezwanie).

Przystępujący Comarch wskazał na brak wpływu dostrzeżonego przez odwołującego uchybienia na ocenę wniosku Konsorcjum Comarch w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu - dotyczącego wykonania Usługi Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow. Mianowicie powołane projekty (Projekt szwedzki i Projekt norweski) nie były jedynymi, które miały potwierdzać spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie spełnienia- warunku doświadczenia w zakresie świadczenia Usługi Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow we wniosku Konsorcjum Comarch wskazano dodatkowo jeszcze dwie inne Usługi tego typu (por. JEDZ jednego z PUZ strona 15 i 16, dwa pierwsze projekty obejmujące wyłącznie w/w Usługę, czas świadczenia każdej z nich spełnia z naddatkiem przedmiotowe kryterium czasowe).

Odnosnie zarzutu wprowadzenia w błąd co do potencjału kadrowego

Przystępujący Konsorcjum Comarch uważa, że odwołujący nadinterpretowuje. Ze złożonego pierwotnie wniosku wynika jednoznacznie, że potencjał kadrowy pozostający w dyspozycji podmiotów trzecich (PUZ) został oddany do „dalszej” dyspozycji uczestnikom konsorcjum.

Powyższe ujęcie - polegające na wskazaniu potencjału PUZ - i następnie na jego ponowieniu w JEDZach członków Konsorcjum miało na celu wskazanie, iż członkowie Konsorcjum rzeczywiście danym potencjałem dysponują i niejako wnoszą go do Konsorcjum. W efekcie dostrzeżone zdaniem zamawiającego w tym zakresie uchybienie polegało na zbędnym niejako zdublowaniu tego samego zasobu, który występował zarówno w JEDZach PUZ, jak i JEDZach konsorcjantów. Fakt ten był już wyjaśniany zamawiającemu i stanowił - co wymaga podkreślenia - jedyną przyczynę wezwania Konsorcjum Comarch do uzupełnienia JEDZów złożonych we wniosku w zakresie potencjału kadrowego oraz - na marginesie - potencjału wiedzy i doświadczenia*

W konsekwencji „uzupełnienie dokumentów” w omawianym zakresie było nieco specyficzne. Polegało bowiem na usunięciu zgodnie z wezwaniem powstałego zdublowania zasobu. Tak też rozumiał ten błąd sam zamawiający, podkreślając w wezwaniu do uzupełnienia, iż może ono nastąpić poprzez „usunięcie” zbędnego, czyli nadmiarowego wykazania potencjału z JEDZa podmiotu, który nim nie dysponuje. Przystępujący Comarch postąpił zgodnie z wezwaniem do uzupełnienia.

W efekcie nie ma mowy na tle istniejącego stanu faktycznego sprawy o jakimkolwiek wprowadzeniu w błąd zamawiającego w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Nie można uznać, że przedstawienie przez Konsorcjum Comarch oświadczenia w JEDZach w zakresie spełnienia warunku potencjału kadrowego stanowi wprowadzenie Zamawiającego w błąd, gdyż wykonawca przedstawił zamawiającemu prawdziwe informacje, co do spełnienia tego warunku. Fakt, że wykonawca nieprawidłowo niejako zdublował ten potencjał przypisując go równocześnie PUZ oraz członkom Konsorcjum w ramach „dalszego” udostępnienia na potrzeby Konsorcjum - stanowił co najwyżej omyłkę co do sposobu wypełnienia JEDZ.

Przystępujący Konsorcjum Comarch nie złożył nieprawdziwych informacji, które wbrew stanowi faktycznemu prowadzić miały do mylnego wniosku, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu, pomimo że ich nie spełniał. Przeciwnie - przystępujący złożył oświadczenia, zgodnie z którymi niejako spełniał warunki udziału w dwójnasób.

Na tle postawionych zarzutów istotne jest to, że przystępujący cały czas spełniał warunek kadrowy w oparciu o potencjał podmiotów trzecich (PUZ) - co nie jest kwestionowane przez odwołującego, a jedynie - błędnie - ponowił ten sam potencjał jako przekazany dalej w JEDZach członków Konsorcjum. W sytuacji w której spełnienie warunku udziału (za pomocą potencjału udostępnionego przez PUZ) nie budzi wątpliwości i nie jest kwestionowane - nie można zasadnie twierdzić, iż chciano za pomocą innych oświadczeń wprowadzić lub wręcz wprowadzono zamawiającego w błąd co do jego spełnienia. Brak tu przesłanki zamiaru czy rażącego niedbalstwa w wprowadzeniu w błąd przy wykazywaniu spełnienia warunków, brak też lekkomyślnego czy niedbałego złożenia informacji nieprawdziwej, a już nade wszystko

nie ma tu mowy o wpływie przedmiotowej informacji na decyzje zamawiającego w postępowaniu.

Na tle faktycznym sprawy przedmiotowe uchybienie (przekazanie potencjału dalej przez PUZ członkom Konsorcjum) zostało wszechstronnie wyjaśnione, a istniejące zdublowanie tego samego potencjału usunięte zgodnie z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. 3.7. Powyższy zarzut uznać należy za spóźniony. Skoro odwołujący upatruje naruszenia przez zamawiającego przepisów w sformułowaniu o usunięciu z odpowiednio JEDZ potencjału w zakresie w jakim dany podmiot tym potencjał nie dysponuje, a przystępujący Konsorcjum Comarch dokonując uzupełnienia postąpił zgodnie z wezwaniem - to ocena o konieczności i dopuszczalności przedmiotowego usunięcia w zarzucany sposób (usunięcie potencjału z JEDZ podmiotu który nim nie dysponuje) była znana Odwołującemu z treści wezwania z dnia 5 lipca 2017 roku. Wówczas to rozpoczął bieg terminu na odwołanie w omawianym zakresie.

Odnośnie zarzutu braku dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie ostrygł

Zdaniem odwołującego referencja dla swej skuteczności i ważności musi być podpisana przez obie strony kontraktu, w tym przez wykonawcę, co miał wykonawca „wykazać” w JEDZ. Brak jest podstaw zarówno legalnych, jak i wynikających z ustalonych zwyczajów (praktyki rynkowej) dla stawiania wymogu podpisywania referencji przez obie strony kontraktu. Oczekiwanie takie jest też sprzeczne z samym celem oraz rolą referencji, która ze swej natury jest oświadczeniem jednostronnym odbiorcy zamówienia, czyli zamawiającego. To jego jednostronne oświadczenie co do faktów ma prawnie istotne znaczenie. Rola wykonawcy - czyli podmiotu wnioskującego o jej wystawienie, ogranicza się w obrębie samego poświadczenia do prośby o jego wystawienie. W żaden sposób brak podpisu wykonawcy na referencji nie wpływa na jego ważność i skuteczność w zakresie w jakim jest on wykorzystywany, to jest w zakresie potwierdzającym należyte wykonanie określonej umowy (zamówienia).

4.3. Nadinterpretacja Odwołującego polega też jak się widać na błędnym odczytywaniu treści SIWZ. Fakt, iż referencja jest dokumentem równoważnym do protokołu odbioru nie jest sporny. Na marginesie - pojęcie „równoważnego dokumentu” należy interpretować mając na uwadze także przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów, które wprost posługuje się pojęciem referencji, jako możliwego dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usług lub dostaw, które to pojęcie znajduje się także w Instrukcji do Dialogu.

Z powołanego zapisu IdD nie wynika też, by to sama Instrukcja do dialogu była źródłem wymagania, aby inne równoważne do protokołu odbioru dokumenty były podpisywane przez obie strony. Redakcja przedmiotowego zapisu oraz elementarna egzegeza jego treści jednoznacznie wskazują, iż wymóg obustronnego podpisu przypisany jest tylko do protokołu odbioru, a nie do dokumentów równoważnych.

Wreszcie nie sposób nie zauważyć braku związku przyczynowego pomiędzy postawionym zarzutem (niewykazanie podpisania referencji przez obie strony kontraktu) a zarzucanym niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Pomiedzy jedną a drugą okolicznością nie zachodzi żaden związek przyczynowy. Fakt niepodpisania referencji przez obie strony umowy jest irrelevantny dla faktu należytego wykonania świadczenia.

Odnosnie zarzutu zawarcia niedozwolonego porozumienia z wykonawcą SkyTOLL

Odwolujący zarzutu nie wykazał, nie odniósł się też, ani nie uzasadnił obligatoryjnych elementów legalnych przesłanek omawianej podstawy wykluczenia, jak choćby elementu „celowego” działania ukierunkowanego na „zakłócenie konkurencji”. Z tych powodów przedmiotowy zarzut uznać należy za nieuzasadniony i wadliwie postawiony w rozumieniu par. 4 ust. 1 pkt 8) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie Regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U.2014.964 t.j. z dnia 2014.07.23) - co stanowi odrębną, niezależną podstawę jego oddalenia. Wskazał, że zarzut nie został skonkretyzowany w podstawie faktycznej i prawnej i nie może być uznany za skutecznie postawiony, co potwierdza stanowisko orzecznictwa np. postanowienie KIO z dnia 30 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 1054/16., wyrok KIO z dnia 17 maja 2017 roku, KIO 807/17.

Przystępujący wyjaśnił, iż ujęcie w sekcji II.A. lit. b) JEDZ Comarch Polska SA przedsiębiorców nie wchodzących w skład Konsorcjum Comarch, i pominięcie wykonawców w jego skład wchodzących (BT Signaal sp. z o. o.) jest omyłką wynikającą ze skorzystania przez pracownika wypełniającego JEDZ (celem uzupełnienia do którego przystępujący był wezwany pismem z dnia 5 lipca 2017 roku) z nieaktualnego, wstępnie wypełnionego szablonu dokumentu JEDZ. Wyjaśnił, że przed złożeniem wniosków o ubieganie się o zamówienie w niniejszym postępowaniu spółka Comarch Polska S.A. prowadziła rozmowy dotyczące wspólnego ubiegania się o zamówienie z licznymi podmiotami, nie tylko z finalnymi członkami Przystępującego Konsorcjum. Nie wszystkie z tych rozmów zostały zakończone pozytywnie, czego dowodzi finalny skład Konsorcjum Comarch. Prowadzenie takich rozmów przed datą składania wniosków/ofert to normalna, prawnie dopuszczalna i jak najbardziej dozwolona praktyka. Rozmowy takie prowadzone były m.in. z firmą SkyTool a.s. oraz z Wojskowymi Zakładami Łączności nr 1 (dalej „WZŁ”), jednakże nie zakończyły się one sukcesem. Każdy z w/w podmiotów zdecydował o niezależnym od siebie ubieganiu się o zamówienie, zaś WZŁ - wnioskując ze składów konsorcjów wykonawców którzy złożyli wnioski - w ogóle nie zdecydowało się na udział w tym postępowaniu jako wykonawca.

Powyższa omyłka wynikająca z wykorzystania nieaktualnego, wstępnie wypełnionego szablonu dokumentu JEDZ Comarch Polska S.A. to tzw. błąd ludzki, wynikający z niedopatrzeń, który nie ma żadnego wpływu ani znaczenia z punktu widzenia zarówno składu podmiotowego Konsorcjum Comarch, jak i zarzucanego, rzekomego zawarcia przez to Konsorcjum (?) lub Comarch Polska S.A. (?) niedozwolonego porozumienia z wykonawcą

SkyTool. Przystępujący Konsorcjum Comarch nie był w ogóle wzywany do uzupełnienia JEDZ w tym zakresie. W JEDZ Comarch Polska S.A. (podobnie jak i w pozostałych JEDZach uzupełnionych w dniu 20 lipca 2017 roku JEDZ'ach) przystępujący Konsorcjum Comarch uzupełniał jedynie te sekcje i w ich zakresie te treści, których dotyczyło wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 lipca 2017 roku - co wynika zresztą dodatkowo z zastrzeżenia tej okoliczności w piśmie przewodnim Konsorcjum Comarch, przedkładającym uzupełniane dokumenty. W zastrzeżeniu tym wyraźnie wskazano, iż przyczyna uzupełnienia całości dokumentów JEDZ jest podyktowana wyłącznie kwestią techniczną, związaną ze sposobem edycji dokumentów JEDZ, uniemożliwiającym uzupełnienie jedynie adekwatnych sekcji dokumentu. Potwierdzeniem prawidłowości powyższej praktyki jest zresztą wyrok KIO 888/17. Po drugie - powyższa omyłka nie zachodzi w żadnym z pozostałych JEDZów członków Konsorcjum Comarch, co potwierdza omyłkowy i nieintencjonalny charakter w/w sformułowania. Co więcej - przedmiotowy błąd ludzki (omyłka) dotyczy również innego podmiotu, nie będącego członkiem Konsorcjum Comarch, tj. WZŁ. Ta okoliczność potwierdza omyłkowy charakter w/w zapisu jako wyniku wykorzystania nieaktualnej wersji JEDZ Comarch Polska S.A., wypełnionej wstępnie na etapie poprzedzającym składanie wniosków, kiedy to rozmowy co do ewentualnego wspólnego ubiegania się o zamówienia były jeszcze ze SkyToll a.s i z WZŁ prowadzone. Zdaniem przystępującego omyłkowe wykorzystanie nieaktualnego zapisu oddaje jedynie określony i dozwolony fakt z przeszłości, z etapu poprzedzającego składanie wniosków, a mianowicie obrazuje przeszłe i nieaktualne plany co do ewentualnego wspólnego ubiegania się o zamówienie z innymi podmiotami. Powyższe w zestawieniu z finalnym, faktycznym składem Konsorcjum Comarch jest niewystarczającym argumentem dla uznania postawionego przez odwołującego zarzutu za udowodniony. Tym bardziej, iż trudno tu mówić o istnieniu jakiegokolwiek porozumienia, skoro jedyne porozumienie o jakim można mówić w tym stanie faktycznym, a polegające na prowadzeniu rozmów o ewentualnym wspólnym ubieganiu się o zamówienie, zostało zerwane.

Przystępujący Egis podniósł, że zarzuty są całkowicie bezzasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Zdaniem Odwołującego, doszło do podwójnego uzupełnienia pełnomocnictwa. Przystępujący Egis wskazuje tytułem wyjaśnienia:

a) ciąg pełnomocnictw kształtuje się następująco: EETPC + TK Telekom (konsorcjanci) umocowują EPSA (lidera konsorcjum) - EPSA działając przez upoważnionego do reprezentacji Abdellah'a Benhatta umocowują Krzysztofa Bernatowicza oraz Katarzynę Macković;

b) pan Abdellah Benhatta pełni rolę członka zarządu uprawnionego do reprezentacji EPSA (tzn. nie jest członkiem zarządu, jednak na mocy stosownego pełnomocnictwa oraz

przepisów powszechnie obowiązującego prawa we Francji, jest upoważniony do podejmowania czynności jakby był członkiem zarządu, w tym udzielania pełnomocnictw - na tę okoliczność przystępujący przedkłada opinię prawną p. Jean-Francois Quievy, stanowiącą załącznik nr 1 do niniejszego pisma).

Odnosząc się do rzekomej tożsamości wezwań zarzucanej przez odwołującego, przystępujący wskazuje, że:

1) w dniu 31 lipca 2017 r. zamawiający wezwał przystępującego „do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa dla p. Katarzyny Macković”,

zaś

2) w dniu 7 sierpnia 2017 r. zamawiający wezwał przystępującego „do złożenia oryginału pełnomocnictwa dla p. Abdellaha Benhatty”.

Z samej literalnej wykładni wezwań zamawiającego wynika, że dotyczą one innych dokumentów tj. innych okoliczności. Żadne z wezwań nie dotyczyło jednak wykazania „ciągu pełnomocnictw” lub też „umocowania p. Macković” (słowo „umocowanie” mogłoby być ewentualnie interpretowane jako „ciąg pełnomocnictw” w rozumieniu - kilku dokumentów wykazujących umocowanie).

Przykładowo, na tak skonstruowane wezwanie wskazała KIO w sprawie o sygn. KIO 463/14, gdzie nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie „treści dokumentów wykazujących umocowanie (ciąg pełnomocnictw) do reprezentowania Aldesa Construcciones S.A. w postępowaniu u udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego, w tym do złożenia oferty”. Podobna konstrukcja została przywołana w wyroku sygn. KIO/UZP 426/10. Zamawiający mógł zatem wezwać przystępującego do wykazania całego ciągu pełnomocnictw p. Macković, lecz - co zostało wskazane wcześniej - wezwanie z dnia 31 lipca 2017 r. dotyczyło „prawidłowego pełnomocnictwa dla p. Katarzyny Macković” (tj. tego konkretnego dokumentu).

O poprawności powyższej wykładni znaczenia słowa „pełnomocnictwo” (tj. czy jest to jeden dokument, czy też kilka dokumentów - w sytuacji, gdy zachodzi „ciąg pełnomocnictw”), przesądził Sąd Najwyższy w Uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. III CZP 118/08. W Uchwale tej, potwierdzającej stanowisko przystępującego w zakresie interpretacji słowa „pełnomocnictwo” (tj. rozumianego jako konkretny dokument, a nie ciąg dokumentów) wskazano, że „(...) rozciągnięcie pojęcia pełnomocnictwa udzielonego pełnomocnikowi procesowemu na inne dokumenty, w szczególności na inne pełnomocnictwa występujące w ciągu umocowań osób, prowadzącym do upełnomocnienia radcy prawnego, adwokata lub rzecznika patentowego, jest rozszerzającą wykładnią przepisu szczególnego [art. 89 K.p.c, przyp. red.] (...). Ustawodawca rozróżnia pełnomocnictwo (podstawowe) od pełnomocnictwa dalszego (substytucyjnego). Każde z nich pochodzi od innego podmiotu, a udzielenie ich jest wykazywane innym dokumentem; stanowią one ciąg wykazujący, że

dalszy pełnomocnik (substytut) działa na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez osobę, która sama została umocowana przez mocodawcę. Żaden z tych dokumentów nie może być traktowany jako element lub część składowa drugiego (...).

W niniejszej sprawie nie doszło zatem do naruszenia zasady jednokrotnego uzupełnienia, bowiem wezwanie z dnia 7 sierpnia 2017 r. dotyczyło innej okoliczności.

Jednocześnie, nie jest sporne w doktrynie i orzecznictwie, że wezwanie do uzupełnienia oświadczeń czy dokumentów musi być jednoznaczne, precyzyjne i konkretne. Tym samym za nieuprawnione uznać należy obciążanie odwołującego skutkami nieprecyzyjnego wezwania.

Analogiczna sytuacja była przedmiotem analizy KIO w wyroku sygn. akt: KIO 1490/15. Dodatkowo, przystępujący wskazał, że zgodnie z Instrukcją do Dialogu Konkurencyjnego, pkt. 9.2.3., Zamawiający wymaga przedstawienia oryginału pełnomocnictwa jedynie w zakresie „pełnomocnictwo do podpisania wniosku (oryginał lub notarialnie potwierdzona kopia) względnie do podpisania innych dokumentów składanych wraz z Wnioskiem”. Takim pełnomocnictwem jest pełnomocnictwo udzielone dla p. Katarzyny Macković oraz p. K. Bernatowicza przez lidera konsorcjum - EPSA (w której imieniu działał Abdellah Benhatta).

Odmienne - pełnomocnictwo dla p. Abdellah'a Benhatta (tj. będącego przedmiotem wezwania Zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2017 r.) obejmuje swoim zakresem wejście w prawa członka zarządu spółki EPSA - z czym wiąże się możliwość udzielania dalszych pełnomocnictw w imieniu spółki EPSA w zakresie, w jakim EPSA została umocowana przez pozostałych konsorcjantów. Pełnomocnictwo dla p. Abdellah'a Benhatta nie musiało być zatem składane w oryginale. Przystępujący przedstawił je jedynie w ramach wyjaśnienia, dlaczego pełnomocnictwo zostało udzielone przez p. Abdellah'a Benhatta.

Zamawiający nie wskazywał także w Instrukcji do Dialogu Konkurencyjnego na obowiązek przedstawiania ciągu pełnomocnictw w oryginale.

Przyjmując jednak nawet, że czynność uzupełnienia w dniu 9 sierpnia 2017 r. miałyby zostać uznana za bezskuteczną (co sugeruje Odwołujący), w świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że już w dniu 4 sierpnia 2017 r. w sposób prawidłowy wykazane zostało umocowanie p. Katarzyny Macković do podpisania JEDZ w dniu 20 lipca 2017 r.

Odwołujący następnie podnosi, że p. Abdellah Benhatta nie był umocowany do udzielenia dalszego pełnomocnictwa. Przystępujący Egis wnosi o oddalenie zarzutu ze względów formalnych, gdyż brak jest dowodów na jego poparcie i przytoczenia okoliczności przemawiających za zarzutem.

Odwołujący stwierdził w Odwołaniu, że „pełnomocnictwo dla p. AbdellaWa Benhatty nie zawiera prawa do udzielania dalszych pełnomocnictw” (str. 39 odwołania). Takie stwierdzenie stanowi treść zarzutu, ale nie może zostać uznane jednocześnie za uzasadnienie zarzutu. Odwołujący nie wskazał zatem żadnego uzasadnienia dla swojego

zarzutu. De facto, przerzucił on ciężar w zakresie ustalenia „argumentacji” przemawiającej za zasadnością własnego twierdzenia na KIO.

Takie działanie odwołującego narusza zatem podstawową zasadę kontrydiktoryjności postępowania spornego. Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji za swoim stanowiskiem. Nie sprostął zatem ciężarowi dowodowemu w zakresie uzasadnienia swojej argumentacji, zaś ewentualne uznanie zarzutu odwołującego w tym zakresie stanowiłoby rażące naruszenie podstawowej zasady kontrydiktoryjności postępowania.

Nawet jednak w przypadku rozpatrywania zarzutu odwołującego w tym zakresie, przystępujący wskazał, że zarzut ten jest bezzasadny.

Jednoznacznie potwierdza to opinia z dnia 30 sierpnia 2017 roku przygotowana przez francuskiego adwokata Jean-Francois Quievy (poświadczona za zgodność z oryginałem kopia opinii stanowi załącznik nr 1). Potwierdza ona, że p. Abdellah Benhatta był umocowany do udzielania dalszych pełnomocnictw w imieniu EPSA* Przystępujący nie przedstawił całości tej argumentacji w ramach uzupełnienia z dnia 4 sierpnia 2017 r., bowiem nie było takiej potrzeby - Zamawiający słusznie nie powziął żadnych wątpliwości co do zakresu umocowania oraz poprawności umocowania p. AbdellalYa Benhatta do działania w imieniu EPSA. Gdyby takie wątpliwości pojawiły się, mógł on wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień.

Przystępujący Egis wskazał, że powyższa możliwość podlega ocenie z perspektywy prawa francuskiego ze względu na treść art. 23 ust. 2 prawa prywatnego międzynarodowego. Mając na względzie, że siedziba EPSA znajduje się we Francji i tam też działa sam pełnomocnik, prawem właściwym dla oceny skuteczności pełnomocnictwa udzielonego przez p. Ricka Joosten'a dla p. Abdellah'a Benhatta, jak też pełnomocnictwa dalszego udzielonego przez p. AbdellalYa Benhatta dla p. Katarzyny Macković i p. Krzysztofa Bernatowicza, będzie prawo francuskie.

Biorąc pod uwagę powyższe, p. Abdellah Benhatta był umocowany do udzielania dalszych pełnomocnictw w imieniu EPSA i pełnomocnictwo udzielone p. Katarzynie Macković było ważne.

Przystępujący podkreślił, że informacje wskazywane w przedmiotowym ustępie niniejszego pisma, zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Stąd też, Przystępujący przygotował niniejsze pismo w wersji jawnej (z „zaczernionymi” polami obejmującymi tajemnicę przedsiębiorstwa) oraz wersji tajnej - do wglądu KIO oraz Zamawiającego.

Odwołujący nie prezentuje żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, a jedynie wysuwa domniemane wnioski na temat referencji/dowodów złożonych przez przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunków. W swoim odwołaniu nie wymienia

żadnego z projektów wskazanych przez przystępującego na spełnienia warunku, które zdaniem odwołującego miały posłużyć do wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Jednocześnie przystępujący zwraca uwagę, że sprzęt do „wykrywania potencjalnych naruszeń” ma zapewnić: (i) rozpoznanie pojazdu, (ii) przekazanie informacji do systemu, czy dany pojazd uiścił zapłatę za przejazd oraz (iii) wysłanie informacji odnośnie pojazdu, który nie uiścił opłaty za przejazd.

Przystępujący wskazuje, że w zakresie mobilnych jednostek kontrolnych wyposażonych w sprzęt do wykrywania potencjalnych naruszeń, korzysta z potencjału wskazanej w części niejawnej firmy co zostało potwierdzone na stronie 15 polskiego tłumaczenia JEDZ składanym przez przystępującego oraz stosownymi referencjami wystawionymi dla (tajemnica przedsiębiorstwa) przez (tajemnica przedsiębiorstwa)

Jednostki mobilne, które zostały udostępnione Przystępującemu, zawierają bowiem (tajemnica przedsiębiorstwa) W ww. referencjach wskazane zostało, że system (tajemnica przedsiębiorstwa), co umożliwia niezwłoczne przekazanie do systemu informacji, czy dany pojazd uiścił stosowną opłatę za przejazd oraz wysłanie informacji odnośnie pojazdu, który takiej opłaty nie uiścił.

Co zostało wskazane dalej, udostępnione w ten sposób jednostki mobilne mogą także swobodnie pracować w nocy. Dodatkowo (tajemnica przedsiębiorstwa).

Spełniają one zatem wszystkie przesłanki mobilnego pojazdu wyposażonego w sprzęt w celu „wykrywania potencjalnych naruszeń” (tajemnica przedsiębiorstwa) potwierdza spełniania warunku Egis Projects S.A. wykorzystania jednostek w systemie poboru opłat - co zarzuca odwołujący. Z tego też względu zamawiający nie powziął wątpliwości co do posiadania stosownego sprzętu przez przystępującego.

Ponadto (tajemnica przedsiębiorstwa) spełnia wskazany przez zamawiającego wymóg odnośnie okresu trwania usługi wsparcia czynności kontrolnych

Przystępujący Egis uważa, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, zaś zamawiający zasadnie zakwalifikował go do kolejnego etapu postępowania.

Przystępujący FBSerwis uważa, że odwołanie powinno zostać oddalone przez KIO z uwagi na następujące okoliczności.

Punkt 3.1.3) lit a ppkt II Instrukcji do Dialogu nie wprowadza wymogu, aby w ramach wykazywania danej usługi potwierdzającej warunek udziału w postępowaniu konieczne było wyłącznie podpisanie protokołu odbioru. Zamawiający w sposób oczywisty wskazał „katalog otwarty” dokumentów dopuszczając, jako dowód na wykonanie wspomnianej usługi podpisany przez strony protokół odbioru lub „inny równoważny dokument”. Powyższe oznacza, że zamawiający uznał, że przedłożenie innego dokumentu równoważnego do protokołu odbioru gwarantuje wykonawcy uznanie danej usługi za wykonaną.

Wykazywanie wykonania danej usługi wyłącznie za pomocą określonego dokumentu tj. protokołu odbioru byłoby zresztą wymaganiem nadmiernym i niezgodnym z obowiązującym prawem.

Zgodnie bowiem z § 2 ust. 4 pkt 2 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 celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ustawodawca przewidział katalog otwarty dowodów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (por. wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2013 r. KIO 1348/13), wskazując jednocześnie w § 3 ust. 2 Rozporządzenia, że jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć wymaganych przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 4 pkt 1 i 2 Rozporządzenia zamawiający może dopuścić złożenie przez wykonawcę innych odpowiednich dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Przystępujący wskazał, że np. przy usługach o charakterze koncesyjnym nie ma możliwości wystawienia protokołu odbioru końcowego, gdyż po zakończeniu podmiot wykonujący przystępuje do realizacji poboru opłat.

W takiej sytuacji poświadczenia (referencje) potwierdzające, iż w ramach koncesji wdrożenie systemu poboru opłat zostało wykonane i zakończone oraz że faza operacji systemu poboru opłat została rozpoczęta - stanowi niewątpliwie dokument równoważny do protokołu odbioru w świetle wymagań zamawiającego. Przystępujący FB Serwis powołał wyrok z dnia z dnia 7 lipca 2017 r. o sygn. KIO 1316/17, wyrok z dnia 29 maja 2017 r., sygn. KIO 949/17, wyrok

KIO z dnia 20 stycznia 2015 r., sygn. KIO 33/15, wyrok KIO z 4 lipca 2013 r.; sygn. akt KIO 1508/13; wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. KIO 2706/12; wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2015 r., sygn. KIO 1028/15.

Przystępujący Nemzeti wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 3, 4 i 5 ustawy argumentując, że odwołanie dotyczy okoliczności, które były znane odwołującemu ze złożonych wyjaśnień i termin wniesienia w tym zakresie odwołania upłynął w dniu 2 maja 2017r., okoliczności były już przedmiotem rozpoznania przez Izbę w sprawie sygn.. akt KIO 888/17 jak również czynności zostały przez zamawiającego wykonane zgodnie z wyrokiem Izby sygn.. akt KIO 888/17. Przystępujący zarzuci odwołującemu naruszenie zasady koncentracji środków ochrony prawnej i próbę obejścia przepisów ustawy w celu nieuprawnionego przywrócenia sobie terminu na wniesienie odwołania. Nadto przystępujący Nemzeti podniósł niewypełnienie przesłanki materialnoprawnej z art. 179 ust. 1 ustawy z uwagi na niewykazanie możliwości poniesienia szkody. Dopuszczenie do dalszego etapu dialogu konkurencyjnego przystępującego nie wpływa zatem na sytuację odwołującego, gdyż będzie on miał na równi z przystępującym szanse prowadzenia dialogu z zamawiającym oraz późniejszego złożenia oferty. Nie skutkuje to zatem dla niego ryzykiem utraty możliwości uzyskania zamówienia. Zamawiający nie zweryfikował jeszcze dokumentów, a jedynie wstępne oświadczenia, a więc dopiero po uznaniu jakiejś oferty za najkorzystniejszą zamawiający wezwie do złożenia dokumentów i odwołujący będzie mógł kwestionować wówczas czy zamawiający prawidłowo dopuścił danego wykonawcę do postępowania. Odwołanie jest jedynie próbą nieuprawnionego dążenia odwołującego do ograniczenia konkurencyjności postępowania, co nie zasługuje na ochronę.

Na poparcie argumentacji powołał wyrok z dnia 18 grudnia 2015 r., sygn. akt. KIO 2661/15, wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015 r., sygn. akt. KIO 2577/15; KIO 2590/15, wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2016 roku, sygn. akt. KIO 1357/16, wyrok z dnia 6 listopada 2014 roku (sygn. akt. KIO 2174/14, wyrok z dnia 17 lutego 2017 r. KIO 227/17; KIO 228/17; KIO 229/17.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania przystępujący Nemzeti w zakresie ilości OBU podniósł, że zarzut jest spóźniony, był podniesiony dopiero podczas rozprawy przed KIO w sprawie sygn.. akt KIO 888/17. Podjęcie próby kwestionowania liczby OBU na tym etapie stanowi obejście terminu przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy na wniesienie odwołania od kwestionowanej czynności zamawiającego, jak również przesłanki odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 4) ustawy. Zarzut dotyczący liczby OBU był już przedmiotem rozstrzygnięcia. Izba uznała (str.68 Wyroku Izby) że Odwołujący nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu, w związku z czym aktualność zachowało oświadczenie przystępującego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący Nemzeti podniósł, że tak poprzednio jak i obecnie zarzut nie został udowodniony, odwołujący powołuje się na te same dokumenty, które przedstawiał w sprawie sygn.. akt KIO 888/17 i które nie zostały ocenione jako dowodzące słuszności zarzutu odwołującego. Przedstawiony wydruk z internetu nie stanowi dokumentu a więc dowodu w sensie formalnym stosownie do przepisu art. 190 ust. 3 ustawy, jak również niczego nie dowodzi, gdyż na podstawie przedstawionego slajdu prezentacji nie można wysunąć formułowanych przez odwołującego wniosków. Prezentacja jest bowiem dodatkiem do ustnej wypowiedzi prezentującego, która przedstawiana jest w określonym kontekście. Jak można zauważyć już chociażby na przykładzie tytułów dwóch prezentacji pana Zoltana Vargi powołanych przez Odwołującego, pomimo, iż w obydwu został użyty ten sam slajd, tematyka której dotyczyły była odmienna. Można więc się domysleć, że również wypowiedź pana Zoltana Vargi przy okazji omawiania tego samego slajdu, była inna w przypadku każdej prezentacji. Ponowne użycie slajdu nie nadaje prezentacji mocy dokumentu urzędowego. Takiej mocy dowodowej nie nadaje przedstawionemu slajdowi również wykorzystanie prezentacji przez Komisję Europejską jako źródła informacji statystycznych. Przystępujący Nemzeti zauważył, że załączone przez odwołującego prezentacje pana Zoltana Vargi, jak również wielostronicowy dokument roboczy Komisji Europejskiej są nieprzydatne, gdyż sporządzone zostały w języku angielskim, a odwołujący przetłumaczył jedynie pojedyncze ich strony. Wskazał, że pojedynczy slajd prezentacji wygłoszonych w Pradze oraz San Diego, którego wydruk przedłożył odwołujący, wskazuje jedynie liczbę zarejestrowanych, a nie wydanych i zarządzanych urządzeń OBU. Tymczasem warunek udziału w postępowaniu odnosi się do tej drugiej kategorii.

Różnica pomiędzy kategorią wydanych i zarządzanych OBU i zarejestrowanych OBU została już wyjaśniona przez zamawiającego podczas pierwszego postępowania odwoławczego. Zamawiający wytłumaczył wtedy, że ilość wydanych i zarządzanych OBU jest zawsze większa, niż tych zarejestrowanych oraz wskazał że dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu liczy się jedynie ilość wydanych i zarządzanych urządzeń OBU.

Ponadto, stwierdzenie odwołującego, zgodnie z którym liczba zarejestrowanych OBU w okresie referencyjnym nie wyniosła 100.000 jest nieistotne dla celu wykazania, że przystępujący nie spełnił warunku dot. liczby 100 tys. wydanych i zarządzanych OBU w okresie referencyjnym. Po pierwsze, liczba niższa od 100.000 zarejestrowanych urządzeń OBU w 2014 roku, nie oznacza że tyle samo było OBU wydanych i zarządzanych. Na dzień 1 lipca 2014 r. w systemie „HU-GO” było 73,469 zarejestrowanych urządzeń OBU i jednocześnie aż 123,296 wydanych urządzeń OBU - prezentacja pana Zoltana Vargi dot. wydanych i zarejestrowanych OBU (dowód nr 12 w sprawie KIO 888/17)

Po drugie, z odwoływania się przez odwołującego do okresu referencyjnego zdaje się wynikać, iż w jego ocenie okres, w ciągu którego warunek postawiony przez zamawiającego

odnośnie liczby urządzeń OBU powinien być spełniony, wynosi trzy lata. Tymczasem, dane dotyczące ilości wydanych i zarządzanych OBU powinny być aktualne na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. 20 lutego 2017 roku. Na powyższe zwrócił już uwagę zamawiający podczas pierwszego postępowania odwoławczego, wskazując, że informacje ze slajdu prezentacji z San Diego, na które powoływał się odwołujący, dotyczą jedynie dwunastu miesięcy i wskazują jedynie zarejestrowane OBU w danym momencie czasu.

Przystępujący z ostrożności wskazuje, że liczba 100 000 wydanych i zarządzanych urządzeń OBU przekraczała 100 000 przez cały okres referencyjny. Już z prezentacji pana Zoltana Vargi dot. wydanych i zarejestrowanych OBU wynika, że poziom 100 000 wydanych urządzeń OBU został przekroczony na przełomie stycznia / lutego 2014 roku, a więc trzy lata przed złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jak zauważył również zamawiający, nawet na podstawie slajdu przedstawionego przez odwołującego można zauważyć tendencję rosnącą.

Po stronie zamawiających powstał obowiązek akceptowania oświadczeń własnych wykonawcy przy podejmowaniu decyzji o dopuszczeniu wykonawcy do udziału w postępowaniu, efektem czego, po pierwsze wykonawca jest wzywany do przedstawienia dowodów na spełnienia warunków udziału w postępowaniu tylko raz w czasie całego postępowania, tj. przed udzieleniem mu zamówienia, oraz po drugie, wykonawcy, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze, nie muszą dostarczać takich dowodów w ogóle. W efekcie, oświadczenia przystępującego zawarte w JEDZ stanowią dowód - tzw. dowód wstępny (art. 59 (1) Dyrektywy 2014/24), na potwierdzenie, że przystępujący spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Tak długo zatem, jak długo oświadczenie przystępującego w zakresie spełnienia warunku w zakresie Usługi Udostępniania OBU nie zostanie skutecznie podważone, stanowi ono dowód (wstępny) na spełnienie warunku w tym zakresie.

Odwołujący próbuje jeszcze zmienić definicję Usługi Udostępniania OBU na potrzeby poparcia swojej argumentacji w taki sposób, że obok elementów OBU wydane i OBU zarządzane, których łączna liczba w odnośnym okresie powinna wynieść ponad 100.000, wskazuje na pozycję nieistniejącą w definicji Instrukcji do Dialogu („IdD”), a mianowicie OBU zarejestrowane, co de facto jest podzbiorem OBU wydanych i zarządzanych. Taki zabieg ma na celu umożliwienie Odwołującemu wykorzystania w dyskusji cyfry ustalonej przypadkowo w odniesieniu do roku 2014 tj. ok 70.000 wtedy zarejestrowanych OBU w systemie obsługiwanym przez NTPS Pic.

Certyfikat DEVELOR

Zarzut odwołującego, zgodnie z którym certyfikat „Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOR” nie spełnia wymagań zamawiającego był już przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w

postępowaniu odwoławczym nr 1, w związku z czym zachodzi okoliczność wskazana w art. 189 ust. 1 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych będąca przesłanką odrzucenia odwołania.

Z ostrożności przystępujący wskazuje powody, dla których zarzut przystępującego nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim jeśli odwołujący uważał, że zamawiający powinien był wymagać aby wymagane wiedza i umiejętności były potwierdzone egzaminem, powinien był zakwestionować treść warunku postawionego przez zamawiającego w terminie 10 dni od publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz IdD (art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy). Taki zarzut na obecnym etapie jest już spóźniony. Zarzut dotyczący treści dokumentu Certyfikatu Develor w takim wypadku musi zostać uznany za przedwczesny, gdyż na obecnym etapie nie są bowiem badane dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a jedynie oświadczenia wykonawców. Nawet gdyby przyjąć, że certyfikat ten stanowi jedynie poświadczenie ukończenia szkolenia Develor, nie przeczy to możliwości nabycia w trakcie tego szkolenia przez przystępującego „wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami. Przystępujący zawarł w JEDZ kompletne oświadczenia, że posiadany przez wskazane podmioty certyfikat potwierdza posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/ zarządzania projektami. Zamawiający nie wymagał niczego ponad takie oświadczenie, np. szczegółowego opisu nazwy certyfikatu czy też wskazania, że podmioty posiadające certyfikat zdały w tym zakresie egzamin.

P. Lajos Veress - Ekspert ds. Utrzymania IT

Przystępujący wskazuje, iż wbrew twierdzeniu odwołującego, nie przesunął pana Lajossa Veressa z funkcji Kierownika ds. Operacyjnych na stanowisko Eksperta ds. Utrzymania IT. Przystępujący zrezygnował jedynie ze wskazywania p. Lajosa Veressa na funkcję Kierownika ds. Operacyjnych, podczas gdy p. Lajos Veress od samego początku, tj. od dnia złożenia wniosku, był wskazany przez Przystępującego na funkcję Eksperta ds. Utrzymania IT.

Brak JEDZ podmiotów udostępniających zasoby

Zarzut odwołującego, zgodnie z którym p. Zoltan Varga oraz p. Lajos Veress powinni złożyć JEDZ jako podmioty udostępniające zasoby, jest spóźniony. Podobnie jak w przypadku informacji dotyczącej ilości liczby urządzeń OBU, tak samo o wskazanej przez przystępującego funkcji pełnionej przez pana Zoltana Vargę oraz pana Lajosa Veressa, odwołujący powziął wiadomość już w dniu 21 kwietnia, w którym wniosek przystępującego wraz z wyjaśnieniami został mu udostępniony.

Informacja znajdująca się w tych dokumentach została jedynie powtórzona w JEDZ uzupełnionym po Wyroku Izby, przy czym jak już wskazano wyżej, Przystępujący nie zmieniał treści przedstawianych informacji, a jedynie sposób w który zostały przekazane.

Zarzut w tym przedmiocie stanowi próbę obejścia art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy określającego termin na złożenie odwołania w przedmiotowej kwestii.

Ponadto cytowana przez odwołującego treść dotycząca obowiązku złożenia JEDZ przez pracowników nienależących bezpośrednio do przedsiębiorstwa danego wykonawcy, nie została zamieszczona w części II formularza JEDZ przygotowanego przez zamawiającego na potrzeby Postępowania.

Odwołujący powołuje się na treść wzoru formularza JEDZ, stanowiącą załącznik do Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, przy czym powołuje się jedynie na jego fragment wyrwany z kontekstu. Odwołujący pominął bowiem dokument Instrukcji wypełniania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia JEDZ, znajdujący na stronie Urzędu Zamówień Publicznych („Instrukcja”), w której możemy znaleźć szczegółowe wskazówki kiedy JEDZ powinny zostać złożone również przez pracowników nienależących bezpośrednio do przedsiębiorstwa danego wykonawcy.

Na str. 16 Instrukcji, obowiązek złożenia JEDZ „nie dotyczy zasobów osobowych, którymi wykonawca dysponuje w sposób bezpośredni, tj. przypadków zaangażowania przez wykonawcę na podstawie różnych stosunków prawnych osoby fizycznej, niezależnie od tego, czy prowadzi działalność gospodarczą przy pomocy przedsiębiorstwa (zakładu pracy), czy też świadczącej usługę na podstawie m.in. umowy zlecenia, jeżeli osoba ta będzie wykonywała wyłącznie osobiście, uzgodnione z wykonawcą czynności związane z realizacją zamówienia publicznego, np. pełniła funkcję kierownika budowy. W takim bowiem przypadku mamy do czynienia z bezpośrednim dysponowaniem osobą zdolną do wykonania zamówienia, a nie powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego. O tej kwalifikacji rozstrzyga treść stosunku prawnego.”

Jak wynika z powyższego, nie ma wymogu aby osoby wskazane przez wykonawcę do uczestnictwa w wykonywaniu zamówienia, były jego pracownikami etatowymi, a znaczenie ma jedynie dysponowanie tymi osobami przez wykonawcę w sposób bezpośredni. Obowiązek złożenia odrębnego JEDZ oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów nie znajdzie zatem zastosowania do p. Zoltana Vargi oraz p. Lajosa Veressa.

Skuteczne poprawienie JEDZ

Odnosząc się do argumentu odwołującego, zgodnie z którym nie doszło do poprawienia JEDZ z uwagi na złożenie jedynie zmienionej jego części zamiast całego dokumentu od nowa, należy wskazać że kwestia ta była już przedmiotem wyroku Izby, a formularz JEDZ został złożony przez przystępującego w sposób wskazany w powyższym rozstrzygnięciu. W związku z powyższym zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 pkt 4) oraz pkt 5) ustawy. W tym miejscu przystępujący przywołał fragment wyroku Izby ze str. 63 i stwierdził, że w świetle tego wyroku prawidłowo uzupełnił JEDZe. Złożenie całego

JEDZ byłoby konieczne jedynie wtedy gdyby całość formularza wymagała uzupełnienia, co nie miało miejsca odnośnie JEDZ przystępującego. Ponadto oświadczenie zawarte w Części VI JEDZ zawierające oświadczenie przystępującego pozostaje w dalszym ciągu aktualne również odnośnie dokonywanych zmian JEDZ.

Przystępujący Skyways wniósł o oddalenie odwołania.

Zarzuty dotyczące Kierownika ds. Wdrożenia oraz Eksperta ds. Wdrożenia IT

Przystępujący podniósł, że zarzut sformułowany przez odwołującego dotyczący rzekomego braku po stronie Pana Petera Spannagl Ad. II 1 odwołania - zarzuty dotyczące Kierownika ds. Wdrożenia oraz Eksperta ds. Wdrożenia IT

Przystępujący podniósł, że zarzut dotyczący rzekomego braku po stronie Pana Petera Spannagl doświadczenia Kierownika ds. Wdrożenia oraz Eksperta ds. Wdrożenia IT - jest przedwczesny i już z tego powodu odwołanie w tym zakresie powinno ulec oddaleniu. Celem odwołującego jest bowiem weryfikacja już na obecnym etapie, czy inny z wykonawców spełnia warunki uczestnictwa w postępowaniu, co zarówno z uwagi na treść Instrukcji do Dialogu opublikowanej w Postępowaniu ("Instrukcja"), jak i przepisy prawa należy uznać za przedwczesne. Co więcej, odwołujący zarzuca

Zamawiający - poza formalną weryfikacją oświadczenia podmiotu trzeciego – nie sprawdzał żadnych zaświadczeń, ani dokumentów potwierdzających prawdziwość deklarowanych zasobów. W konsekwencji nie sposób zarzucać zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych ("Ustawa"), skoro zamawiający żadnej dogłębnej analizy nie przeprowadzał, jako że przeprowadzać jej nie miał obowiązku. Wskazał na charakter JEDZ jako wstępnego potwierdzenia. Zgodnie z wyraźną treścią art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający dopiero przed udzieleniem zamówienia wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia stosownych zaświadczeń i dokumentów.

Powyższa regulacja ustawowa koresponduje w pełni z treścią Instrukcji.

Przy takim ustawowym ukształtowaniu procedury przeprowadzania zamówienia publicznego jest oczywistym, iż istnieje ryzyko, że do kolejnego etapu postępowania dopuszczony zostanie podmiot, który po weryfikacji dokumentów przez zamawiającego uznany zostanie za niespełniający stosownych kryteriów lub podlegający wykluczeniu z innych przyczyn. Ryzyko to zostało jednakże świadomie zaakceptowane przez prawodawcę zarówno europejskiego jak i polskiego w celu usprawnienia i przyspieszenia procedowania w ramach procedury zamówień publicznych. Możliwe jest więc przeprowadzenie długotrwałego postępowania np. w trybie dialogu konkurencyjnego (niejednokrotnie trwającego kilka lub kilkanaście miesięcy), w efekcie którego mogłoby się okazać, iż niektóre podmioty w ogóle nie powinny być dopuszczone do konsultacji w ramach dialogu konkurencyjnego." (Jakub Pawelec, Komentarz do art. 59 Dyrektywa 2014/24/UE).

Odwołujący na skutek sformułowania zarzutu dotyczącego rzekomego braku doświadczenia po stronie Pana Spannagla w sposób sprzeczny z treścią Instrukcji oraz ustawy próbuje zatem przesunąć konieczność badania treści JEDZ na wcześniejszy etap, co oczywiście nie jest dopuszczalne. Na obecnym etapie przed KIO nie sposób prowadzić jakiegokolwiek postępowania (niejako w zastępstwie zamawiającego) zmierzającego do weryfikacji treści wstępnych oświadczeń zawartych w JEDZ.

Odwołujący za wyjątkiem zaprzeczenia, aby Pan Peter Spannagl pełnił w trakcie realizacji - posługując się terminologią odwołującego - tzw. Systemu Austriackiego, Systemu Czeskiego i Systemu Białoruskiego, funkcję zastępcy kierownika projektu odpowiedzialnego za przeprowadzenie całego Wdrożenia oraz funkcję zastępcy kierownika projektu odpowiedzialnego za Wdrożenie Systemu Teleinformatycznego, nie przedstawia żadnych dowodów, ani dalej idących twierdzeń. Już z tego względu stanowisko to należy uznać za oczywiście gołosłowne.

Jedynie z daleko idącej ostrożności przystępujący Skyways przedstawił oświadczenie własne Pana Petera Spannagla potwierdzające posiadane przez niego doświadczenie oraz spełnianie stosownych kryteriów udziału w postępowaniu. Z ostrożności oświadczył również, iż w razie potrzeby jest gotowy zaoferować dowód z przesłuchania Pana Petera Spannagla.

Wykonawca nie wie skąd odwołujący czerpie miernik "wysokiego poziomu staranności", którym zdaje się mierzyć zachowanie wykonawcy i wskazywać, że wykonawca tego standardu nie spełnia. Wykonawca przedstawiając JEDZ Efkon AG, tj. podmiotu, który od wielu lat zajmujące się profesjonalnie budową i rozwojem elektronicznego systemu poboru opłat, nie miał jakichkolwiek podstaw do kwestionowania wykazywanych przez ten podmiot zasobów. Tym bardziej, że osoba wskazana jako ekspert - Pan Peter Spannagl - również osobiście potwierdza wskazywane w JEDZ doświadczenie.

Wreszcie całkowicie niejasne jest stwierdzenie zawarte w Odwołaniu, że "informacja, o tym, że oba wyżej wymienione projekty obejmują zapewnienie mobilnych jednostek kontrolnych decyduje o spełnieniu przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a tym samym o dopuszczeniu Wykonawcy do etapu dialogu konkurencyjnego". Nie sposób odnieść się do ww. stwierdzenia, gdyż niejasne jest o jakie projekty chodzi. Ponadto, jeżeli chodzi o Elektroniczny System Poboru Opłat typu free-flow, o jakim jest mowa w przypadku Pana Petera Spannagla, to w treści Instrukcji brak jest jakiegokolwiek odniesienia do mobilnych jednostek kontrolnych. Jakikolwiek - niemożliwy do rozszyfrowania - zarzut związany z mobilnymi jednostkami kontrolnymi jest zatem z istoty rzeczy wadliwy.

W ocenie przystępującego Skyways, brak jest jakiegokolwiek odniesienia do okoliczności, że czynności, które składają się na takie "Wdrożenie", muszą nastąpić w fazie umowy. W praktyce czynności zaprojektowania systemu rozpoczynają się dużo wcześniej i z tego względu wykazywane przez Pana Spannagla doświadczenie miarodajne z punktu widzenia

spełniania kryteriów postępowania nie można każdorazowo ograniczyć tylko do fazy realizacji umowy w ramach danego projektu, lecz powinno ono również obejmować tzw. fazę wstępną realizacji danego projektu.

Konieczność wezwania Wykonawcy do zastąpienia podmiotu trzeciego

Odwołujący wskazał, że z uwagi na rzekomy brak spełniania przez wykonawcę kryteriów postępowania (brak wykazania doświadczenia w osobie Pana Petera Spannagl) zamawiający powinien był wykluczyć wykonawcę z postępowania. Wniosek taki jest oczywiście nieuprawniony, gdyż zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest wezwać wykonawcę albo do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem albo aby wykonawca zobowiązał się do osobistego wykonania stosownej części zamówienia.

Obowiązek taki wynika bezpośrednio z treści art. 22a ust. 6 ustawy oraz został powtórzony w pkt 6.6 Instrukcji. Brak jest w związku z tym jakiegokolwiek możliwości po stronie zamawiającego, aby nawet w przypadku dojścia do wniosku, iż podmiot trzeci nie dysponuje stosownymi zasobami od razu wykluczył on przystępującego z postępowania.

Zarzuty dotyczące wymiany Eksperta ds. Elektronicznego Systemu Poboru Opłat

W treści odwołania odwołujący podnosi, iż wykonawca nie był uprawniony do przedstawienia nowego Eksperta ds. Elektronicznego Systemu Poboru Opłat w miejsce eksperta wskazanego we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przyczyną przedstawienia nowego eksperta było zakończenie współpracy przez podmiot udostępniający zasoby, po dniu złożenia wniosku, ze wskazanym we wniosku ekspertem.

Zarzut oraz argumenty przedstawione przez odwołującego są oczywiście bezzasadne.

Dopuszczalność wymiany wynika z treści Instrukcji pkt. 6.6. Treść tego postanowienia stanowi w istocie powtórzenie regulacji art. 22a ust. 6 ustawy (o której szerzej poniżej) i nie pozostawia żadnych wątpliwości, że w przypadku niespełniania kryteriów zamówienia przez podmiot trzeci wykonawca albo przedstawia inny podmiot dysponujący stosownymi zasobami albo zobowiązuje się do osobistego wykonania tej części zamówienia.

Odwołujący nie zaskarżył treści Instrukcji jako rzekomo niezgodnej z prawem i tym samym - już chociażby z tego powodu - nie może on powoływać się na rzekome obowiązywanie innych zasad wymiany podmiotu trzeciego. Odwołujący pomija, a w istocie stara się ubezszyć obowiązywanie, przepisu art. 22a ust. 6 ustawy, który w sposób jednoznaczny dopuszcza wymianę podmiotu udostępniającego zasoby na inny taki podmiot.

Z uwagi na to, że w Polsce to ustawa - nie zaś Dyrektywa, która jest adresowana do Państwa polskiego - jest powszechnie obowiązującym przepisem prawa, nie sposób zignorować wyraźnego uprawnienia po stronie wykonawcy do zmiany podmiotu trzeciego w wyżej wymienionych okolicznościach. Zarzut oraz obszerne argumenty odwołującego, szczególnie odwołujące się do treści orzecznictwa TSUE, należy zatem oczywiście uznać za

contra legem, a ich jedynym celem jest przedłużenie postępowania przetargowego. Powoływane przez odwołującego argumenty oparte na analizie cytowanych orzeczeń TSUE są oczywiście nieaktualne, gdyż dotyczą innego stanu prawnego, i nie uwzględniają one aktualnej treści ustawy oraz Dyrektywy.

Po drugie, powyższą interpretację przepisów ustawy potwierdza opinia Urzędu Zamówień Publicznych. Gdyby hipotetycznie przyjąć za prawidłową interpretację przedstawioną przez odwołującego, tj. iż dopuszczalna jest wyłącznie zamiana podmiotu trzeciego tylko poprzez jego zastąpienie przez samego wykonawcę, to w istocie prowadziłoby to do sytuacji, w której w takich sytuacjach wykonawca zobowiązany byłby do osobistego wykonania zamówienia publicznego. Tymczasem zgodnie z treścią ustawy, zamawiający może jedynie w sytuacji wskazanej w postępowaniu żądać osobistego wykonania zamówienia w całości lub w części. Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia, aby tego rodzaju restrykcje rozszerzać na skutek konieczności zamiany podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, który nie spełnia kryteriów zamówienia.

Przystępujący nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, że podmiot trzeci może zastąpić wyłącznie wykonawcę i nawet stanowisko doktryny powołane przez samego odwołującego, w części przez odwołującego nieprzywołanej, tej tezy nie potwierdza.

Analiza treści powołanego przez odwołującego komentarza, nie pozostawia wątpliwości, że brak jest tam jakiegokolwiek stwierdzenia, aby wykonawca musiał zastąpić dany podmiot trzeci samym sobą.

Gdyby nawet hipotetycznie przyjąć, że treść art. 63 ust. 1 akapit drugi Dyrektywy stanowi wyłącznie o możliwości zastąpienia przez samego wykonawcę danego podmiotu trzeciego, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (czemu Wykonawca zaprzecza), to należy wskazać, że przepisy Dyrektywy są przepisami zapewniającymi tzw. harmonizację minimalną. Innymi słowy prawodawca europejski zapewnia jedynie swego rodzaju minimalne standardy rozwiązań, które w ramach implementacji do narodowych porządków prawnych mogą być stosownie rozszerzane. Brak jest zatem nawet hipotetycznego stanu naruszenia przez Państwo polskie implementacji art. 63 Dyrektywy w zakresie zamiany podmiotu trzeciego na inny podmiot, skoro w każdym przypadku ustawodawca polski mógł wprowadzić dalej idące rozwiązania.

Wreszcie, gdyby nawet hipotetycznie przyjąć, że Polska w sposób nieprawidłowy dokonała implementacji Dyrektywy do swojego porządku prawnego, to po stronie odwołującego brak jest jakiegokolwiek możliwości powoływania się w niniejszym postępowaniu na bezpośredni skutek obowiązywania Dyrektywy. W świetle zasady bezpośredniej skuteczności dyrektyw, uprawnienia przyznane jednostkom przez prawo unijne mogą być powoływane przed organami krajowymi w celu ich wykonania, o ile zostaną spełnione wszystkie wymienione niżej warunki:

- a) przepisy dyrektywy są precyzyjne i bezwarunkowe;
- b) z norm dyrektyw wynikają prawa jednostek wobec państwa;
- c) upłynął termin implementacji dyrektywy przez dane państwo członkowskie, a jej normy nie zostały implementowane albo implementacja jest nieprawidłowa (por. https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/test#_ftn1).

Należy wskazać, że treść art. 63 Dyrektywy dotycząca zamiany podmiotu trzeciego nie przyznaje żadnego uprawnienia odwołującemu do kwestionowania postępowania zamawiającego wobec innego wykonawcy. Odwołujący dąży, aby na podstawie treści przepisu Dyrektywy, który rzekomo został wadliwie implementowany, zamawiający ograniczył uprawnienia innego podmiotu, tj. wykonawcy. Brak jest jakiegokolwiek tego rodzaju uprawnienia po stronie odwołującego płynącego z treści Dyrektywy, na które mógłby powołać się względem zamawiającego.

Bezsporne w orzecznictwie oraz literaturze jest, że zamawiający nie ma jakichkolwiek prawnych możliwości powołania się wobec przystępującego na rzekomo błędną implementację Dyrektywy, aby na tej podstawie wykluczyć przystępującego z postępowania. W relacjach wertykalnych to jedynie jednostki wobec państwa - przy założeniu spełnienia określonych warunków - mogą powoływać się bezpośrednio na treść Dyrektywy, nigdy zaś odwrotnie. Odwołujący poprzez powołanie się na przepisy Dyrektywy chciałby bowiem doprowadzić do wykluczenia konkurenta, tj. wywołać skutek w relacji horyzontalnej pomiędzy dwoma podmiotami ubiegającymi się o zamówienie publiczne. (por. Marcin Kamiński, Stosowanie dyrektyw unijnych w działalności kontrolnej polskich sądów administracyjnych, Studia Gdańskie, t. VII, s. 280-294).

Kierownik Zespołu ds. rozliczeń i płatności

Całkowicie gołosłowne są twierdzenia odwołującego dotyczące rzekomego nierównego (preferencyjnego) traktowania wykonawcy poprzez umożliwienie mu przez zamawiającego zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby. Twierdzenia odwołującego stanowią w istocie przypuszczenia ("nie można wykluczyć") i nie sposób z nich wyprowadzić jakiegokolwiek konkretny zarzut. Już z tego względu zarzut ten podlega oddaleniu, jako nieprecyzyjny oraz niestanowczy.

Zgodnie z treścią art. 22a ust. 6 ustawy każdy wykonawca ma uprawnienie do wymiany podmiotu udostępniającego zasoby we wskazanych okolicznościach. Nierówne traktowanie miałoby zatem miejsce tylko i wyłącznie, jeżeli w danych okolicznościach zamawiający wobec jednego z wykonawców zastosowałby przepisy ustawy, a względem innego z wykonawców w tych samych okolicznościach stosowania tych przepisów odmówił.

Nie sposób wreszcie z samej daty podpisania JEDZ wysnuwać jakichkolwiek dalej idących okoliczności, niż te że dokument ten został we wskazanym dniu przez wskazaną osobę podpisany. Wszelkie twierdzenia odwołującego opierają się zatem na przypuszczeniach i

domysłach i nie mogą stanowić miarodajnych okoliczności uzasadniających jakikolwiek zarzut.

Utajnienie informacji

Odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczącego utajnienia przez zamawiającego informacji przystępujący Skyways wskazał, że zarzut ten jest oczywiście bezzasadny. Nie sposób znaleźć jakiegokolwiek uzasadnienia dla argumentacji przedstawianej przez odwołującego, skoro znajduje ona tylko zastosowanie wobec danych składanych w ramach oferty/wniosku o dopuszczenie udziału w postępowaniu. Tymczasem w orzecznictwie KIO przyjmuje się, że jeżeli dane podlegające utajnieniu przekazywane są na późniejszym etapie, to również one mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. KIO w wyroku z dnia 13 grudnia 2016 r. (KIO 2233/16) wprost stwierdziło, że: "Dopuszczalnym jest objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentu czy oświadczenia składanego w wyniku wyjaśnień i złożenie stosowanego uzasadnienia co do poczynionego zastrzeżenia najpóźniej z chwilą złożenia owego oświadczenia lub dokumentu". Ponadto, wykonawca oprócz powołania się na argumentację przedstawioną przy wniosku dotyczącą zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uszczegółowił powody zastrzeżenia przedstawianych informacji. Zarzuty odwołującego poprzez blankietowe odesłanie do wyroku KIO z dnia 8 czerwca 2017 r., KIO 888/17, należy zatem również z tego powodu uznać za niewystarczające. W konsekwencji brak jest podstaw do ujawniania informacji, w tym danych osobowych osób zadeklarowanych do wykonywania zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, dowody przedłożone przez odwołującego i uczestników postępowania w postępowaniu odwoławczym, a także dowody z zeznań świadków.

Izba postanowiła oddalić wniosek Odwołującego o dopuszczenie dowodu na okoliczność ustalenia wiarygodności świadka Spannagla, podnosząc iż okoliczność ta możliwa jest do ustalenia na podstawie już przeprowadzonych dowodów.

Izba postanowiła oddalić wniosek o przeprowadzenie dowodu z tłumacza przysięgłego języka węgierskiego, uznając że nie służy on wykazaniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż omyłka w dacie zatrudnienia nie jest okolicznością istotną dla rozstrzygnięcia zarzutu. Istotą zarzutu jest bowiem sposób dysponowania panem Lajosem Veressem a nie data jego zatrudnienia.

Co do wniosku o oddalenie dowodu z poglądów doktryny na gruncie prawa niemieckiego to wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż przedłożony wniosek ma jedynie walor poglądowy i stanowisko Przystępującego SkyWAYS nie jest natomiast dowodem w rozumieniu art. 190.

Izba oddaliła także wniosek odwołującego o oddalenie złożonych w dniu dzisiejszym dowodów, jako powołanych dla zwłoki. Izba wzięła pod uwagę fakt, że ocena przez zamawiającego wniosku Nemzeti nie była dotychczas przedmiotem merytorycznego rozpoznania w niniejszym postępowaniu odwoławczym, tym samym jest to pierwsze stanowisko procesowe przystępującego Nemzeti i uznać należy za zgłoszone bez zwłoki dowody przedstawione w uzasadnieniu tego stanowiska. Nadmienić należy, że odwołujący także miał prawo korzystać z inicjatywy dowodowej, co czynił także w dniu 13 września 2017r., mimo prośby Izby o przekazanie dowodów w dniu 6 września 2017r. Izba także nie wydawała zarządzeń, co do terminu przedstawiania dowodów przez strony pozostawiając w tym zakresie wnioski stron bez rozpoznania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z Instrukcji do Dialogu (IdD) wynika, że zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu:

3. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

3.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, dotyczące:

1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

Zamawiający nie określa warunku.

2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

Wykonawca musi wykazać posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 300 000 000,00 PLN (słownie: trzysta milionów złotych). Wartości podane w dokumentach w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego należy przeliczyć wg średniego kursu NBP na dzień wystawienia dokumentu.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków Wykonawcy wykazują łącznie. Zamawiający nie precyzuje szczególnego sposobu spełniania warunku przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

3) zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Wykonawcy:

Zamawiający dokona oceny spełniania przedmiotowego warunku w celu zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Zamawiający uzna, iż Wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki, który w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

I. wykonał, a w przypadku Usług niezakończonych nadal wykonuje:

1. Usługę Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow.
2. Usługę Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat z Miejscami Poboru Opłat.
3. Usługę Manualnego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Manualnego Systemu Poboru Opłat.
4. Usługę Wsparcia Czynności Kontrolnych.
5. Usługę Udostępniania OBU.

W przypadku Usług zakończonych Zamawiający wymaga, aby każda z Usług trwała co najmniej 3 lata.

W przypadku Usług w trakcie wykonywania Zamawiający wymaga, aby już wykonany okres każdej z Usług wynosił co najmniej 3 lata.

Z wymogu dotyczącego czasu trwania usługi w ocenie Izby wynika, że zamawiający nie postawił wymagań, aby czynności opisane przez niego dla każdej z usług składające się na świadczenie wykonawcy były wykonane w każdym z trzech wymaganych lat.

Zamawiający uzna spełnienie wymagań, wskazanych w pkt od 1. do 5 powyżej, w ramach zarówno odrębnych umów, jak i jednej umowy obejmującej wszystkie powyższe wymagania łącznie.

ORAZ

II. wykonał Wdrożenie Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat.

Zamawiający uzna spełnienie wymagań, wskazanych w pkt I i II powyżej, w ramach zarówno odrębnych umów, jak i jednej umowy obejmującej wszystkie powyższe wymagania łącznie.

Za wykonanie Usług (wskazanych w pkt od 1 do 5) i wykonanie Wdrożenia Zamawiający uzna doprowadzenie do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważonego dokumentu.

Izba oceniła, że powyższe zdanie nie dotyczy wykazania należytego spełnienia świadczenia, ale określa moment, w którym według zamawiającego usługa zostanie wykonana. Izba oceniła również, że zdanie to nie jest jednoznaczne, gdyż można je logicznie odczytać na dwa sposoby:

- pierwszy – wykonanie usług następuje z chwilą podpisania: przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważonego dokumentu – wówczas wymóg podpisania dokumentu przez obie strony dotyczy wyłącznie protokołu odbioru, zaś równoważny dokument na mieć

formę pisemną i być podpisany, ale innych wymogów co do równoważności zamawiający nie postawił.

- drugi – wykonanie usług następuje z chwilą podpisania przez obie strony: protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentów – wówczas wymóg podpisania przez obie strony dotyczy obu dokumentów: protokołu odbioru i dokumentu równoważnego

Biorąc pod uwagę, że oba sposoby zachowują logikę zdania, a jednocześnie mając na uwadze, że w dalszej części IdD zamawiający mówi o wykazie usług i dowodach określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy, to w ocenie Izby mogło wywołać u wykonawców przekonanie, że zamawiający za inny równoważny dokument uważać będzie także dowody należytego wykonania, w tym np. referencje. Zwłaszcza, że w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych miały być złożone referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie, które powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Izba wzięła także pod uwagę fakt, że zamawiający nie opisał jednoznacznie na czym będzie polegała równoważność innego dokumentu potwierdzającego wykonanie usług. Zamawiający nie wymagał złożenia tego dokumentu, ani nie określił w jaki sposób będzie weryfikował, że doszło do podpisania protokołu odbioru czy innego równoważnego dokumentu, nie określił także, że będzie wymagał od wykonawców składania oświadczeń w tym zakresie. Tak nieprecyzyjne postawienie wymagania nie pozwala, w ocenie Izby, zamawiającemu na weryfikację wymagania, ani także na podważenie oświadczeń wykonawców, co do tego czy usługa została wykonana i jaki dokument na potwierdzenie tego faktu został podpisany i w jaki sposób. W konsekwencji za spełniające omawiane postanowienie IdD należy uznać tak pisemne referencje, jak i pisemne oświadczenia zamawiających zlecających usługę, czy podpisane protokoły z przeprowadzenia testów, jak również każdy inny podpisany dokument, który będzie potwierdzał fakt, że wykonawca wykonał usługę.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków Wykonawcy wykazują łącznie. Zamawiający nie precyzuje szczególnego sposobu spełniania warunku przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

b) osób:

Wykonawca musi wykazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia spełniające minimalne warunki dotyczące kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości i odpowiednie do funkcji jakie zostaną im powierzone. Wykonawca na każdą funkcję wymienioną poniżej wskaże osoby, które muszą być dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

1. Kierownik ds. wdrożenia – wymagania:

- ☐ co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego przy Wdrożeniu co najmniej jednego Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow, po stronie wykonawcy, na stanowisku/-ach kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu - odpowiedzialnego za realizację całości Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow,
- ☐ certyfikat wydany przez uprawniony podmiot, niezależny od Wykonawcy, potwierdzający posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami.

Z powyższego wymagania w ocenie Izby wynika, że zamawiający wymagał, aby doświadczenie zawodowe osoby proponowanej na funkcję Kierownika ds. Wdrożenia było nabyte na stanowisku kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu. Zamawiający precyzyjnie i jednoznacznie określił stanowiska, na których ma być nabywane doświadczenie, co więcej określił także, zakres odpowiedzialności, jaka była wymagana – odpowiedzialności za całość wdrożenia. W ocenie Izby zatem zamawiający nie mógł przyjąć doświadczenia zawodowego osoby, która nie zajmowała stanowiska kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu, ani też osoby, która nie ponosiła odpowiedzialności za całość wdrożenia. Zamawiający co do stanowiska, to dopuścił równoważność tego stanowiska tylko jako zastępcy kierownika projektu, nie opisał wymagania w taki sposób, który pozwalałby na szerszą interpretację stanowiska, nie podał także definicji czy zakresu czynności jakim powinna legitymować się osoba wskazywana do funkcji Kierownika ds. Wdrożenia. Tym samym w ocenie Izby nie można obecnie uznać doświadczenia osoby, które nabywane było na innym stanowisku niż kierownik projektu lub zastępca kierownika projektu, a które oceniane byłoby przez pryzmat równoważności, bo zamawiający takiej równoważności nie dopuścił i nie określił jej wymogów minimalnych. Izba co do certyfikatu ustaliła, że zamawiający określił przez kogo powinien być wydany certyfikat, a więc przez niezależny od wykonawcy uprawniony podmiot i że ma potwierdzać posiadanie wiedzy i umiejętności w zarządzaniu projektami. Z postanowień tych nie wynika, aby zamawiający narzucił sposób w jaki uprawniony podmiot ma weryfikować stan posiadania wiedzy lub umiejętności, w szczególności nie określił, że nabycie wiedzy miało być potwierdzone złożeniem egzaminu. Z postanowienia IdD nie wynika także, że zamawiający oczekiwał konkretnego rodzaju

certyfikatu np. Prince II i jedynie dopuszczał inne certyfikaty do tego certyfikatu równoważne. Tym samym fakt, że wydanie certyfikatu Prince II poprzedza złożenie egzaminu nie powoduje, że inne certyfikaty, które składania takiego egzaminu nie wymagają, nie spełniały wymagania zamawiającego.

5. Ekspert ds. Wdrożenia IT – wymagania:

□ co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego w zarządzaniu co najmniej jednym projektem w obszarze wdrażania Systemów Teleinformatycznych o wartości projektu powyżej 40 mln zł netto każdy, na stanowisku/-ach kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu,

□ certyfikat wydany przez uprawniony podmiot, niezależny od Wykonawcy, potwierdzający posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami;

Zamawiający nie dopuszcza możliwości wskazania tej samej osoby do pełnienia więcej niż jednej funkcji wymaganych powyżej, z następującym wyjątkiem:

- Zamawiający dopuszcza możliwość pełnienia funkcji wskazanych w pkt 1 i 5 przez jedną osobę;
- Zamawiający dopuszcza możliwość pełnienia funkcji wskazanych w pkt 2 i 6 przez jedną osobę.

Zamawiający wymaga, aby wskazane osoby posiadały biegłą znajomość języka polskiego.

Przy braku wymaganej biegłej znajomości języka polskiego, Zamawiający dopuszcza angażowanie przez Wykonawcę na jego (Wykonawcy) koszt tłumaczy, zapewniających biegłe, stałe i profesjonalne tłumaczenie w kontaktach między Zamawiającym a Wykonawcą. W takiej sytuacji, Wykonawca w ofercie zobowiąże się, że zaangażuje na własny koszt tłumacza lub tłumaczy w zakresie niezbędnym do realizacji umowy.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków Wykonawcy wykazują łącznie. Zamawiający nie precyzuje szczególnego sposobu spełniania warunku przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

3.3. Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych Wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

DEFINICJE

Jako Elektroniczny System Poboru Opłat Zamawiający uzna elektroniczny system poboru opłat wykorzystujący urządzenia pokładowe w pojeździe (OBU), obejmujący wszystkie odpowiednie urządzenia przydrożne urządzenia zaplecza technicznego systemu w szczególności niezbędną infrastrukturę teleinformatyczną, oprogramowanie, interfejsy, bazy danych itp.

Jako Elektroniczny System Poboru Opłat typu Free-flow Zamawiający uzna Elektroniczny System Poboru Opłat, w którym opłata jest naliczana i pobierana bez Miejsc Poboru Opłat.

Jako Elektroniczny System Poboru Opłat z Miejscami Poboru Opłat Zamawiający uzna Elektroniczny System Poboru Opłat, w którym opłata jest naliczana na Miejscach Poboru Opłat.

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.

Jako Miejsce Poboru Opłat (MPO) Zamawiający uzna wyznaczoną w poszerzonej koronie drogi lub w poszerzonej koronie łącznicy lub w węźle drogowym, lokalizację przystosowaną do naliczania i pobierania opłat na oddzielonych pasach przejazdowych.

Jako urządzenia pokładowe (OBU – z ang. on-board unit) Zamawiający uzna Urządzenia elektroniczne przeznaczone do instalacji w pojazdach samochodowych na potrzeby pobierania opłat drogowych, umożliwiające przekazywanie danych niezbędnych do pobrania opłat za przejazd drogami lub opłaty elektronicznej.

Jako Przejęcie Zamawiający uzna należycie wykonane czynności, w wyniku których wykonawca:

☐ rozpoczął i utrzymywał oraz eksploatował Elektroniczny System Poboru Opłat wdrożony i uruchomiony w okresie poprzedzającym przejęcie w ramach odrębnego kontraktu przez inny podmiot;

lub

☐ dokonał migracji (przeniesienia) danych użytkowników lub kont z danymi użytkowników pomiędzy dwoma Elektronicznymi Systemami Poboru Opłat, z których jeden został wdrożony w ramach odrębnego kontraktu przez inny podmiot, zapewniając ciągłość utrzymania i eksploatacji Elektronicznego Systemu Poboru Opłat.

Jako Systemy Teleinformatyczne Zamawiający uzna zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci urządzenia końcowego w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2016 r. poz. 1489, ze zm.).

Jako Usługę Elektronicznego Poboru Opłat Zamawiający uzna należycie wykonane lub wykonywane świadczenie Wykonawcy polegające na zapewnieniu poboru opłat drogowych, przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat, w tym co najmniej

☐ naliczaniu i pobieraniu opłat, w tym gromadzeniu lub przetwarzaniu danych dot. poboru opłat, w związku z obsługą co najmniej 50 000 kont użytkowników,

☐ zarządzaniu, utrzymaniu i eksploatacji Elektronicznego Systemu Poboru Opłat.

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.

Jako Usługę Udostępniania OBU, Zamawiający uzna należycie wykonane lub wykonywane świadczenie Wykonawcy polegające na wydawaniu i zarządzaniu ponad 100 000 urządzeń pokładowych (OBU) różnymi kanałami, w tym poprzez punkty udostępniania w różnych regionach danego kraju.

Izba przy ocenie tej definicji wzięła pod uwagę użyte przez zamawiającego pojęcia „wydawaniu i zarządzaniu”, które wskazują na czynności ciągłe, a nie na czynności jednokrotne. W ocenie Izby zatem użyte pojęcia wskazują, że usługa w okresie jej trwania ma osiągnąć moment takiego wydawania i zarządzania, że przekroczy pułap 100 000 urządzeń OBU. Zdaniem Izby gdyby zamawiający oczekiwał, że stan ponad 100 000 OBU był osiągnięty już pierwszego dnia usługi i miał być utrzymany przez cały czas trwania tej usługi, to zamawiający powinien był użyć pojęcia „wydaniu (jednokrotnym) i zarządzaniu (ciągłym) ponad 100 000 urządzeń OBU”. Tak jednak nie został warunek skonstruowany i w ocenie Izby oczekiwanie, aby w każdym dniu usługi stan wydania i zarządzania urządzeniami OBU przekraczał 100 000 urządzeń OBU jest nielogiczne, gdyż sam odwołujący przyznaje, że urządzenia mogą być zwracane, a więc stan ich jest zmienny w czasie, tym samym zamawiający musiałby mieć możliwość weryfikacji każdego dnia świadczenia usługi, aby zbadać poziom wydanych i zarządzanych OBU.

Jako Usługę Wsparcia Czynności Kontrolnych Zamawiający uzna należycie wykonane lub wykonywane świadczenie Wykonawcy polegające na:

☐ prowadzeniu stałych punktów kontrolnych, służących wykrywaniu potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat m.in. przy wykorzystaniu rozpoznawania tablic rejestracyjnych,

☐ zapewnieniu mobilnych jednostek kontrolnych, tj. pojazdów służących wykrywaniu potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat,

☐ czynnościach wykonywanych w zapleczu technicznym systemu polegających na przetwarzaniu danych w zakresie egzekwowania opłat, wytwarzaniu pakietów danych ewidencyjnych w zakresie potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat.

W ocenie Izby warunek ten został opisany przez zamawiającego w taki sposób, że wszystkie trzy czynności opisane w poszczególnych tiretach muszą być spełnione łącznie, gdyż składają się na świadczenie wykonawcy. Przemawia za tym sformułowanie jako usługę (jedną) zamawiający uzna świadczenie wykonawcy (jedno) polegające na opisanych w tiretach czynnościach. Tak więc w ocenie Izby zamawiający obowiązany był zbadać czy wszystkie trzy czynności były realizowane w ramach świadczenia wykonawcy. Izba oceniła także, że zamawiający nie określił rodzaju opłat, których ma dotyczyć kontrola naruszeń obowiązku ich uiszczania. Jest to zachowanie zamawiającego odmienne niż w przypadku definicji Usługi Elektronicznego Poboru Opłat czy definicji urządzeń pokładowych OBU, gdzie zamawiający wskazał wprost, że chodzi mu o opłaty drogowe. Nie ma zatem oparcia w IdD wskazanie odwołującego, że Usługa Wspierania Czynności Kontrolnych miała być świadczeniem wykonawcy w zakresie potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczania konkretnie opłat drogowych.

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.

W ocenie Izby definicję wdrożenia należy odczytywać łącznie z definicją Elektronicznego Systemu Poboru Opłat, za który zamawiający uzna elektroniczny system poboru opłat wykorzystujący urządzenia pokładowe w pojeździe (OBU), obejmujący wszystkie odpowiednie urządzenia przydrożne urządzenia zaplecza technicznego systemu w szczególności niezbędną infrastrukturę teleinformatyczną, oprogramowanie, interfejsy, bazy danych itp. Obie definicje nie mają charakteru zamkniętego i nie obejmują wyłącznie czynności przez zamawiającego opisanych wyliczenie jest przykładowe lub minimalne, tym samym nie można ustalić, co składa się na całość wdrożenia. Nie mniej jednak biorąc pod uwagę, że chodzi tu także o urządzenia przydrożne, to całość wdrożenia nie polega w ocenie Izby wyłącznie na stworzeniu oprogramowania, hardware i software, ale także choćby na przeprowadzeniu prac budowlanych czy instalacyjnych rozmieszczających urządzenia przy drodze, czy w pojazdach.

5. Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu wykazania braku podstaw wykluczenia oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu

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.

5.2. Oświadczenie, o którym mowa w pkt 5.1. powyżej 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”.

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.

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.

5.3. Wykonawca, w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 60d ust. 1 ustawy Pzp, przekazuje Zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Wraz ze złożeniem oświadczenia, Wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym Wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

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

5.5. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać Wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w

postępowaniu, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

5.6. Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

1) W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:

a) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

b) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy;

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

c) wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami

6. INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW POLEGAJĄCYCH NA ZASOBACH INNYCH PODMIOTÓW, NA ZASADACH OKREŚLONYCH W ART. 22A USTAWY PZP

6.1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

6.2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi

zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

6.3. Zamawiający oceni, czy udostępniane Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 ustawy Pzp oraz, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1)–4) oraz 8) ustawy Pzp 6.4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Zdaniem Izby zamawiający w ślad za ustawodawcą wskazał, że realność udostępnienia zasobów wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia zależy od tego, czy udostępniający będą również podwykonawcami przy realizacji zamówienia.

6.5. Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba, że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

6.6. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, na którego zdolnościach polega Wykonawca, nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, Zamawiający zażąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego:

- a) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- b) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w pkt 10.1. Instrukcji.

Zamawiający wprost odwołał się w IdD do postanowień art. 22a ust. 6 ustawy i dopuścił zastąpienie podmiotu udostępniającego zasób innym podmiotem lub podmiotami, albo zasobem własnym wykonawcy.

6.7. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu, wraz z ofertą Wnioskiem, składa także Jednolite Dokumenty dotyczące tych podmiotów.

Zgodnie z informacją zawartą w JEDZ, o ile ma to znaczenie dla określonych zdolności, na których polega Wykonawca, należy dołączyć – dla każdego z podmiotów, których to dotyczy – informacje wymagane w części IV JEDZ.

W ocenie Izby z tego postanowienia wynika, że zamawiający wymagał, aby zasoby udostępniane były wskazywane w JEDZach podmiotów je udostępniających, a nie w JEDZach wykonawców, którzy się na nie powołują.

6.8. Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, zobowiązany jest do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 5.6. 2) oraz właściwych dokumentów wskazanych w pkt 5.6. 1) Instrukcji odpowiednio do udostępnianych zasobów.

6.9. W celu oceny, czy Wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda dokumentów, które określają w szczególności:

- 1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 4) czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

7. Informacja dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (spółki cywilne/ konsorcja)

7.1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku Wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

7.2. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, żaden z nich nie może podlegać wykluczeniu z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, oraz o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1)-4) oraz 8) ustawy Pzp, natomiast spełnianie warunków udziału w postępowaniu Wykonawcy wykazują zgodnie z pkt 3.1. Instrukcji.

7.3. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, Jednolity Dokument składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw

wykluczenia w zakresie, w którym każdy z Wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

7.4. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o którym mowa w pkt. 5.3. Instrukcji składa każdy z Wykonawców.

7.5. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców są oni zobowiązani na wezwanie Zamawiającego złożyć dokumenty i oświadczenia, o których mowa w pkt 5.6., przy czym:

1) dokumenty i oświadczenia, o których mowa w pkt 5.6. 1) składa odpowiednio Wykonawca/ Wykonawcy, który/ którzy wykazuje/ -ą spełnianie warunku, w zakresie i na zasadach opisanych w pkt 3.1. Instrukcji.

2) dokumenty i oświadczenia, o których mowa w pkt 5.6. 2) składa każdy z nich.

Zamawiający nie precyzuje szczególnego sposobu spełniania warunków przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby z postanowień dotyczących sposobu dokumentowania spełniania warunków przez podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia wynika, że spełnianie warunków wykazuje ten wykonawca, do którego zasób należy, a nie pozostali członkowie konsorcjum.

8. Sposób komunikacji oraz wymagania formalne dotyczące składanych oświadczeń i dokumentów

8.3. W postępowaniu oświadczenia, w tym Jednolity Dokument, składa się w formie pisemnej albo w postaci elektronicznej.

8.4. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej.

8.5. Oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126), zwanym dalej „rozporządzeniem” dotyczące Wykonawcy i innych podmiotów, na zdolnościach lub sytuacji których polega Wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp oraz dotyczące podwykonawców, należy złożyć w oryginale.

8.6. Zobowiązanie, o którym mowa w pkt 6.2. Instrukcji należy złożyć w formie analogicznej jak w pkt 8.5., tj. w oryginale.

8.7. Dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, inne niż oświadczenia, o których mowa powyżej w pkt 8.5, należy złożyć w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio Wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą. Poświadczenie za zgodność z oryginałem następuje w formie pisemnej lub w formie elektronicznej.

Poświadczenie za zgodność z oryginałem dokonywane w formie pisemnej powinno być sporządzone w sposób umożliwiający identyfikację podpisu (np. wraz z imienną pieczęcią osoby poświadczającej kopię dokumentu za zgodność z oryginałem).

8.8. Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu, innych niż oświadczeń, wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości.

9. Opis sposobu przygotowania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

9.1. Wykonawca może złożyć tylko jeden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

9.2. Wraz z wnioskiem powinny być złożone:

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

9.2.2. pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ewentualnie umowa o współdziałaniu, z której będzie wynikać przedmiotowe pełnomocnictwo. Pełnomocnik może być ustanowiony do reprezentowania Wykonawców w postępowaniu albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy. Pełnomocnictwo winno być załączone w formie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii,

W ocenie Izby z postanowienia tego wynika, że aby wykazać uprawnienie do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia należało przedłożyć oryginał pełnomocnictwa lub notarialnie poświadczoną kopię, zaś ze zdania poniżej wynika, że taki sam wymóg dotyczył pełnomocnictwa do podpisania wniosku i innych dokumentów składanych wraz z wnioskiem. Tym samym zamawiający nie dopuścił składania pełnomocnictw w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem.

9.2.3. pełnomocnictwo do podpisania wniosku (oryginał lub notarialnie potwierdzona kopia) względnie do podpisania innych dokumentów składanych wraz z Wnioskiem;

9.3. Wniosek powinien być podpisany przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy, zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy określoną w rejestrze lub innym dokumencie, właściwym dla danej formy organizacyjnej Wykonawcy albo przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy.

W dniu 26 czerwca 2017r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności zawiadomienia o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 21 kwietnia 2017r.

W dniu 5 lipca 2017r. zamawiający ujawnił informacje zawarte we wnioskach i zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie określonym wyrokiem Izby sygn.. akt KIO 888/17, a o tym jakie dokumenty zostały ujawnione zamawiający poinformował wszystkich wykonawców w dniu 19 lipca 2017r.

Dowody dotyczące Catterick:

Wniosek Catterick str. 155-156 JEDZ Autostrade Tech S.p.A. wskazano projekt Elektroniczny system poboru opłat typu free-flow dla odcinka A8-A9, obwodnicy Como i Varese w granicach autostrady „Pedemontana Lombarda” dla Pedelombarda S.c.p.A. w okresie 6 marca 2015 – 31 października 2016r. Z JEDZ nie wynika, że czy i jakim dokumentem legitymuje się Catterick, co do momentu ukończenia projektu, str. 281-285 JEDZ Electronic Transaction Consultants Corporation wskazano projekt Pasy szybkiego ruchu na autostradzie I-85 wraz z zapleczem technicznym dla Dyrekcji Dróg i Autostrad Płatnych Stanu Georgia w okresie 1 marca 2010r. – 31 sierpnia 2014r. Z JEDZ nie wynika, że czy i jakim dokumentem legitymuje się Catterick, co do momentu ukończenia projektu.

Z wezwania z dnia 5 lipca 2017r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wynika, że zamawiający wezwał w zakresie usług Dyrekcji Płatnych Autostrad w Stanie Illinois, Departamentu Transportu i Rozwoju Stanu Luizjana i Departamentu Transportu Stanu Waszyngton zawartych w JEDZ Electronic Transaction Consultants Corporation do wskazania czy ww. usługi (jeżeli są zakończone) doprowadziły do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu.

W dniu 20 lipca 2017r. Catterick uzupełnił dokumenty: str. 16-18 JEDZ Autostrade Tech S.p.A. wskazano projekt Elektroniczny system poboru opłat typu free-flow dla odcinka A8-A9, obwodnicy Como i Varese w granicach autostrady „Pedemontana Lombarda” dla Pedelombarda S.c.p.A. w okresie 6 marca 2015 – 31 października 2016r. Z JEDZ wynika, że wdrożenie elektronicznego systemu poboru opłat typu Free-Flow wykonane przez Autostrade Tech SpA zostało ukończone i prawidłowo przekazane klientom. Zakończenie świadczenia usługi/wykonanie robót było potwierdzone testami końcowymi wykazującymi prawidłowe wykonanie zamówienia, poświadczeniem należytego wykonania i przekazania zamawiającemu wdrożenia elektronicznego systemu poboru opłat typu free-flow może być oświadczenie zamawiającego –Pedelombarda SCPA o prawidłowym wykonaniu i odbiorze wdrożenia oraz dokumentacja dotycząca zakończonych powodzeniem testów eksploatacyjnych. Str. 16-19 JEDZ Electronic Transaction Consultants Corporation wskazano projekt Pasy szybkiego ruchu na autostradzie I-85 wraz z zapleczem technicznym dla Dyrekcji Dróg i Autostrad Płatnych Stanu Georgia w okresie 1 marca 2010r. – 31 sierpnia 2014r. Z JEDZ wynika, że usługi wsparcia czynności kontrolnych wykonane przez ETCC

zostały ukończone i prawidłowo przekazane klientom. Zakończenie świadczenia usługi/wykonanie robót było potwierdzone testami końcowymi wykazującymi prawidłowe wykonanie zamówienia. Poświadczeniem należytego wykonania i przekazania zamawiającemu usług wsparcia czynności kontrolnych może być oświadczenie zamawiającego – Dyrekcji Dróg i Autostrad Płatnych Stanu Georgia o prawidłowym wykonaniu usług oraz korespondencja z zamawiającym w sprawie osiągnięcia przez ETCC ostatniego z kamieni milowych projektu (tj. ostatecznej akceptacji systemu ang. „Final system acceptance”) Usługi wsparcia czynności kontrolnych były świadczone w ramach projektu o szerszym zakresie pn. „Pasy szybkiego ruchu na autostradzie I-85 z zapleczem technicznym”, który jest nadal wykonywany przez ETCC.

W ocenie Izby oświadczenia wykonawcy Catterick są wiarygodne i kompletne. Wykonawca uzupełnił dokument JEDZ w sposób zgodny z żądaniem zamawiającego wskazując na różne dokumenty, które może przedstawić jako dowody wykonania usługi. Nie są to protokoły odbioru, ale inne dokumenty, które zamawiający ocenił jako równoważne. Izba ustaliła, że wymagania zamawiającego, co do równoważnego dokumentu nie zostały w IdD postawione w sposób jednoznaczny, tym samym brak jest jednoznacznego dowodu na to, że wskazane przez wykonawcę Catterick dowody nie spełniają kryterium innego równoważnego dokumentu.

Dowody dotyczące SKYWAYS:

JEDZ EFkon AG str.15 Peter Spannagl realizował projekty takie jak:

- 1996-1998 austriacki system poboru opłat od samochodów ciężarowych „Ecopoints”. Elektroniczny system poboru opłat typu Free-flow. Odpowiedzialność za realizację całego wdrożenia jako kierownik projektu. Spełnia kryteria dla pkt. 1 Kierownika ds. wdrożenia oraz 5 Eksperta ds. Wdrożenia IT, Wdrażanie Systemów Teleinformatycznych o wartości projektu powyżej 80 mln. Zł. netto. 2000-2002 austriacki system poboru opłat na autostradach, elektroniczny system poboru opłat typu free-flow, odpowiedzialność za przeprowadzenie całego wdrożenia systemu jako zastępca kierownika projektu oraz zarządzanie wdrożeniem systemu teleinformatycznego jako zastępca kierownika projektu. Spełnia kryteria dla pkt. 1 Kierownika ds. wdrożenia oraz 5 Eksperta ds. Wdrożenia IT: Wdrażanie systemów teleinformatycznych o wartości projektu powyżej 400 mln zł. netto, 2005-2007 czeski system poboru opłat od samochodów ciężarowych, elektroniczny system poboru opłat typu free-flow, odpowiedzialność za przeprowadzenie całego wdrożenia systemu jako zastępca kierownika projektu oraz zarządzanie wdrożeniem systemu teleinformatycznego jako zastępca kierownika projektu. Spełnia kryteria dla pkt. 1 Kierownika ds. wdrożenia oraz 5 Eksperta ds. Wdrożenia IT: Wdrażanie systemów teleinformatycznych o wartości projektu powyżej 320 mln zł. netto, 2011-2013 białoruski system poboru opłat od samochodów ciężarowych, elektroniczny system poboru opłat typu free-flow, odpowiedzialność za przeprowadzenie

całego wdrożenia systemu jako zastępcy kierownika projektu oraz zarządzanie wdrożeniem systemu teleinformatycznego jako zastępcy kierownika projektu. Spełnia kryteria dla pkt. 1 Kierownika ds. wdrożenia oraz 5 Eksperta ds. Wdrożenia IT: Wdrażanie systemów teleinformatycznych o wartości projektu powyżej 320 mln zł. netto,

JEDZ EFKON South Africa PTY Ltd str. 140 na stanowisko Ekspert ds. elektronicznego systemu poboru opłat zaproponowano SEANa Botha.

Z zobowiązania do udostępnienia zasobów EFKON South Africa PTY LTD wynika, że podmiot ten zobowiązał się udostępnić zasób – potencjał techniczny w osobie Seana Botha.

JEDZ SATELLIC N.V. str. 311 wynika, że na stanowisko Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności zaproponowano p. Peretra Hopkinsa

Z zobowiązania do udostępnienia zasobu Satellic NV wynika, że zobowiązało się ono udostępnić zasób zdolności zawodowej w osobie Petera Hopkinsa na stanowisko Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności.

W dniu 5 lipca 2017r. zamawiający wezwał SKYWAYS w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do określenia czy Peter Spannagl zdobył w latach 2011 – 2013 doświadczenie jako zastępcy kierownika projektu po stronie wykonawcy, jak również o wyjaśnienie czy w białoruskim systemie poboru opłat sprawował to stanowisko we wskazanym okresie 2011 – 2013, bo z wniosku innego wykonawcy wynika, że w latach marzec 2012- czerwiec 2015 stanowisko było zajmowane przez inną niż p. Spannagl osobę. Co do pana Seana Botha, to zamawiający żądał podania w JEDZ na jakich stanowiskach wskazana osoba zdobyła doświadczenie w zakresie Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat, ile lat doświadczenia wskazana osoba posiada w zakresie Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat, w jakich projektach wskazana osoba nabyła doświadczenie w zakresie Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat, w jakich okresach czasu p. Both wykonywał wykazane przez wykonawcę usługi oraz pełnione funkcje (dokładne daty, co najmniej miesiąc i rok rozpoczęcia i zakończenia pełnienia funkcji). W zakresie p. Petera Hopkinsa zamawiający wzywał do uzupełnienia JEDZ przez podanie danych referencyjnych projektów, w których wskazana osoba nabyła wymagane przez zamawiającego doświadczenie i kwalifikacje zawodowe wraz z podaniem nazw projektów, okresów (dokładne daty, co najmniej miesiąc i rok, rozpoczęcia i zakończenia pełnienia funkcji), w jakich dana osoba wykonywała wykazane usługi, pełnione funkcje – w sposób pozwalający zamawiającemu na identyfikację tych projektów oraz zdobycie informacji pozwalających na analizę spełnienia przez daną osobę warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 20 lipca 2017r. SKYWAYS odpowiedział i w wyjaśnieniach utajnił dane osobowe dodatkowych osób podawanych na stanowisko Eksperta ds. Elektronicznego Systemu poboru opłat i Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności oraz wyjaśnienia SKYWAYS dotyczące doświadczenia p. Petera Spannagl, trzeci tiret na str. 1-2. Jako uzasadnienie

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa SKYWAYS odwołał się do argumentacji przedstawionej we wniosku oraz w dalszych pismach wykonawcy, podniósł, że zawarte już we wniosku dane, a tu jedynie ponownie przedstawione w JEDZach, były skutecznie zastrzeżone i nadal stanowią tajemnice przedsiębiorstwa i nie powinny zostać ujawnione, szczególnie w zakresie danych osobowych osób zadeklarowanych do wykonania zamówienia (w tym danych osobowych nowych osób). W przypadku ich ujawnienia istnieje ryzyko przejęcia tychże ekspertów przez konkurencję. Może ponieść szkodę polegającą na utracie wykwalifikowanej, kluczowej kadry. Osoby te posiadają know-how o określonej wartości gospodarczej i handlowej, a ujawnienie jej stanowiłoby wymierną szkodę.

Z JEDZ Leadville Investments sp.z o.o. str. 16 – 17 wynika, że firma ta wskazała na stanowisko opisane w pkt. 3.1.3)b)4) IdD Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności nie podaną wcześniej osobę, dane osobowe tej osoby oraz jej doświadczenie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z JEDZ EFKON AG str. 15-21 wynika, że doświadczenie p. Spannagl zawarte we wniosku ponowiono i dodatkowo uszczegółowiono obejmując dodatkowe informacje klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, przy czym jak ustaliła Izba dane te są zbieżne z danymi przedstawionymi w oświadczeniu z dnia 1 września 2017r. złożonym przez p. Spannagla i przedłożonym do akt postępowania odwoławczego przez przystępującego SKYWAYS w formie jawnej, a także zbieżne z zeznaniami świadka Petera Spannagl złożonymi podczas jawnej rozprawy, tym samym informacje zastrzeżone w JEDZ EFKON AG nie zostały w tym zakresie utrzymane w poufności i są dostępne dla wszystkich zainteresowanych przebiegiem postępowania odwoławczego, tym samym w ocenie Izby na datę wyrokowania odpadła jedna z przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co powoduje, że potrzeba ochrony tych informacji w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy odpadła.

Z informacji tych wynika, że P. Peter Spannagl :

1. w okresie styczeń 1995 – wrzesień 1998 zajmował stanowisko kierownika projektu w projekcie Austrian Ecopoints Truck Toll System jako odpowiedzialny po stronie wykonawcy za realizację całości wdrożenia elektronicznego systemu poboru opłat typu free-flow i zarządzanie projektem w obszarze wdrożenia systemu teleinformatycznego w fazach 1995 – lato 1996 (udzielenie zamówienia lato 1996) – odpowiedzialny za kierowanie i organizację całym zaproponowanym rozwiązaniem, lato 1996 do kwietnia 1998 – podczas wdrożenia elektronicznego systemu poboru opłat typu free-flow. Zdobyte doświadczenie 3 lata 9 miesięcy (w fazie umowy 3 lata).
2. W okresie styczeń 2000 – grudzień 2002 Austrian National Motorways Truck Toll System zajmował stanowisko zastępcy kierownika projektu po stronie wykonawcy odpowiedzialny za realizację całości wdrożenia elektronicznego systemu poboru opłat typu free-flow i zarządzanie projektem w obszarze wdrożenia systemu

teleinformatycznego, faza początek 2000- maj 2002 (udzielenie zamówienia czerwiec 2002) – odpowiedzialny za organizację i kierowanie techniczną operacyjną, funkcjonalną stroną zaproponowanego rozwiązania, faza czerwiec 2002 – grudzień 2002 odpowiedzialność polegała co najmniej na zapewnieniu wdrożenia zaproponowanego rozwiązania, definiowaniu dodatkowych i alternatywnych rozwiązań, zarządzaniu rozszerzeniami i zmianami zamówienia, odpowiedzialność za wspieranie kierownika projektu w komunikacji z zamawiającym dotyczącej zamówienia, wybór, zamówienie i zarządzanie strategicznymi podwykonawcami. Zdobyte doświadczenie 3 lata (w ramach umowy 0,5 roku)

3. W okresie styczeń 2005 – grudzień 2007 Czech Truck Toll System zajmował stanowisko zastępcy kierownika projektu po stronie wykonawcy odpowiedzialny za realizację całości wdrożenia elektronicznego systemu poboru opłat typu free-flow i zarządzanie projektem w obszarze wdrożenia systemu teleinformatycznego, faza początek 2005- marzec 2006 (udzielenie zamówienia czerwiec 2002) – odpowiedzialny za organizację i kierowanie techniczną operacyjną, funkcjonalną stroną zaproponowanego rozwiązania, faza marzec 2006 – grudzień 2007 odpowiedzialność polegała co najmniej na zapewnieniu wdrożenia zaproponowanego rozwiązania, definiowaniu dodatkowych i alternatywnych rozwiązań, zarządzaniu rozszerzeniami i zmianami zamówienia, odpowiedzialność za wspieranie kierownika projektu w komunikacji z zamawiającym dotyczącej zamówienia, wybór, zamówienie i zarządzanie strategicznymi podwykonawcami. Odpowiedzialny jako główny kierownik za fazę II)podział geograficzny projektu dla dróg krajowych) (nie autostrad) ze specjalnym rozwiązaniem dla zbyt wysokich pojazdów. Zdobyte doświadczenie 3 lata (w ramach umowy 2 lata)
4. W okresie luty 2011 – grudzień 2013 Elektroniczny System Poboru Opłat dla pojazdów ciężarowych na Białorusi zajmował stanowisko zastępcy kierownika projektu po stronie wykonawcy odpowiedzialny za realizację całości wdrożenia elektronicznego systemu poboru opłat typu free-flow i zarządzanie projektem w obszarze wdrożenia systemu teleinformatycznego, faza początek 2011- marzec 2012 (udzielenie zamówienia luty 2012) – odpowiedzialny za organizację i kierowanie techniczną operacyjną, funkcjonalną stroną zaproponowanego rozwiązania, faza marzec 2012 – grudzień 2013 odpowiedzialność polegała co najmniej na zapewnieniu wdrożenia zaproponowanego rozwiązania, definiowaniu dodatkowych i alternatywnych rozwiązań, zarządzaniu rozszerzeniami i zmianami zamówienia, odpowiedzialność za wspieranie kierownika projektu w komunikacji z zamawiającym dotyczącej zamówienia, wybór, zamówienie i zarządzanie strategicznymi

podwykonawcami. Zdobyte doświadczenie 2 lata 11 miesięcy(w ramach umowy 2 lata).

Z JEDZ EFKON AG str. 19 wynika, że EFKON AG podało dodatkową osobę na stanowisko Eksperta ds. Elektronicznego Systemu Poboru Opłat i jej dane osobowe oraz informacje dotyczące posiadanego doświadczenia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ze zobowiązania EFKON AG wynika, że EFKON w dacie 17 lipca 2017r. zobowiązała się udostępnić SKYWAYS innemu Ekspertowi ds. Elektronicznego Systemu Poboru Opłat, którego dane osobowe i doświadczenie objęła tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z JEDZ EFKON South Africa PTY LTD wynika, że podmiot ten nadal udostępnia zasób Seana Botha przy czym informacje zawarte w JEDZ pierwotnym uzupełniono o szczegółowe przedstawienie doświadczenia tej osoby, które to informacje objęto tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z JEDZ Satellic NV wynika, że podmiot ten nadal udostępnia Petera Hopkinsa przy czym informacje zawarte w pierwotnym JEDZ uzupełniono o szczegółowe przedstawienie doświadczenia tej osoby, które to informacje objęto tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ani EFKON South Africa ani Satellic nie składały nowych zobowiązań podmiotów udostępniających zasoby.

Do uzupełnienia dołączono opracowanie „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych” bez danych osoby, która ten dokument sporządziła i bez podpisu.

Oświadczenie p. Petera Spannagla z dnia 17 września 2017r. w swojej treści pokrywa się z informacjami podanymi w uzupełnionym JEDZu EFKON AG.

Z oświadczenia p. Johanna Bohna wynika, że od dnia 23 maja 2003r. w projekcie Krajowego Elektronicznego Systemu Poboru Opłat dla Pojazdów Ciężarowych Go Maut typu Free –flow w Austrii kierownikiem tego projektu był Victor Hatwagner i było 9 kierowników odpowiedzialnych za konkretne sprawy, wśród nich nie ma p. Spannagla.

Z oświadczenia p. Berndta Eberstallera wynika, że od dnia 23 maja 2003r. w projekcie Krajowego Elektronicznego Systemu Poboru Opłat dla Pojazdów Ciężarowych Go Maut typu Free –flow w Austrii kierownikiem tego projektu był Victor Hatwagner i było 9 kierowników odpowiedzialnych za konkretne sprawy, wśród nich nie ma p. Spannagla.

Z oświadczenia p. Gernota Woebera wynika, że od dnia 23 maja 2003r. w projekcie Krajowego Elektronicznego Systemu Poboru Opłat dla Pojazdów Ciężarowych Go Maut typu Free –flow w Austrii kierownikiem tego projektu był Victor Hatwagner i było 9 kierowników odpowiedzialnych za konkretne sprawy, wśród nich nie ma p. Spannagla.

Z informacji Federalnego Ministerstwa Nauki, Transportu i Sztuki z dnia 5 września 1996 do firmy Kapsch wynika, że z postanowień umownych dotyczących utworzenia automatycznego

systemu eko-punktów, wynika, że całkowite ukończenie tej umowy miało nastąpić 31 grudnia 1997r.

Z podręcznika projektowego wynika, że w jakimś projekcie realizowanym przez Kapsch TrafficCom AG w dacie 29 stycznia 2002 – 22 maja 2003 p. Victor Hatwagner był kierownikiem projektu, przy czym podany w tym dokumencie skład kierownictwa projektu poza członkami zarządu i kierownictwem dystrybucji pokrywa się z oświadczeniami p. Bohna, p. Eberstallera i p. Woebera, dla projektu Go Maut, choć w tych oświadczeniach pojawia się dodatkowo Siegfried Schettina jako kierownik ds. zarządzania wiedzą.

Z pisma firmy ASFiNAG z dnia 4 września 2017r. wynika, że w projekcie Go Maut kierownikiem projektu był Victor Hatwagner odpowiedzialnym za wykonanie całości wdrożenia ze strony Kapsch TrafficCom AG.

Z oświadczenia Karela Feix wynika, że w ramach projektów świadczenie usług i dostaw dla wybranej infrastruktury w celu wykonania wprowadzenia poboru opłat i świadczenie wybranych usług i dostaw dla infrastruktury w celu wykonania projektu wdrożenia poboru opłat na wybranych drogach w Czechach w okresie od udzielenia zamówienia w dniu 29 marca 2006r. do jego przejęcia w dniu 31 grudnia 2007. jedynym kierownikiem projektu był Walter Pühringer.

Z protokołu spotkania z dnia 19 lipca 2012 w Mińsku pomiędzy przedstawicielami Białoruskiego Ministerstwa Transportu, a przedstawicielami Kapsch w ramach ICCT: Roman Himmler, Peter Spannagl, Martin Karolyi, Doris Popp, Burghard Arlow i zarządzający projektem Serguei Rodionov, wynika, że p. Spannagl należał do zespołu ICCT i był odpowiedzialny za kwestie techniczne (informacja na str. 7 protokołu), a jego odpowiednikiem po stronie zamawiającego był Igor Ryabov.

Z protokołu spotkania z przedstawicielami Kapsch Traffic Com AG z dnia 29 marca 2012r. wynika, że dla projektu białoruskiego Kapsch utworzyła zespół ds. koordynacji umowy inwestycyjnej, którego celem jest obsługa modyfikacji i wyjaśnień umowy inwestycyjnej, stanowiących strategiczne rozwiązania projektowe, a członkami tego zespołu są Roman Himmler, Peter Spannagl, Martin Karoli, Doris Popp, Burghard Arlow, zaś grupa projektowa składała się z Sergieja Rodionova, Christophera Schreiber (finanse), Roberta Kutchera (operacje) i Alexandra Abl (inżynieria systemów). Celem grupy projektowej była odpowiedzialność za wdrożenie pierwszych dwóch etapów umowy inwestycyjnej, wdrożenie i odbiór etapu 1 i 2. Sergiej Rodionov był dyrektorem generalnym projektu.

Z tymczasowego świadectwa pracy z dnia 14 lutego 2005r. p. Petera Spannagl wynika, że był on zatrudniony w Kapsch AG od 24 września 1990 do 30 czerwca 2002 i od 1 lipca 2002 był przejęty przez Kaosch TrafficCom AG i miał realizować następujące zadania:

Oprogramowanie dla sterowania laserowego i analiza danych, dozór komputerów i sieci komputerowej, utworzenie grupy kierowników projektu, sprawy techniczne, wybór produktów

i dostawców, zarządzanie relacjami z dostawcami, specyfikacja elementów, przygotowywanie koncepcji i ofert, realizacja projektów, wsparcie techniczne dystrybucji, kierownictwo w sprawach wewnętrznych projektów firmy. Ze świadectwa wynika, że p. Spannagl kierował projektem ds. technicznych, projektowania systemów i elementów w tym projekt pilotażowy systemu eko-punkt, automatyczny system eko-punktowy, system poboru opłat drogowych do pojazdów ciężarowych w Austrii.

Ze świadectwa p. Petera Spannagla z dnia 2 listopada 2015 wynika, że był zatrudniony u odwołującego od 24 września 1990 do 31 października 2015r. Zakres jego funkcji sięgał od funkcji pierwszego technika poprzez funkcję łącznika pomiędzy obszarami pozatechnicznymi takimi jak zarządzanie, dystrybucja, marketing, prawo i dziedziny handlu oraz techniką albo realizacją (projektu), po funkcje w zakresie kierownictwa w obszarze realizacji technicznej. Do ważnych projektów dla klientów zewnętrznych zaliczały się 1994-2003 system eko-punktów,

1998 – 2002 porób opłat drogowych od pojazdów ciężarowych w Austrii,

2003-2007 pobór opłat drogowych od pojazdów ciężarowych w Czechach, 2010 – 2013 Krajowy system poboru opłat drogowych na Białorusi.

Pełnił różne funkcje takie jak tworzenie koncepcji albo konfekcjonowanie, wsparcie techniczne dystrybucji, zarządzanie (techniczne) sporządzaniem ofert, tworzenie organizacji projektu (techniczne) kierownictwo projektu albo monitorowanie projektu i kierownictwo zakładu. W latach 1999 – 2004 współpracował przy specyfikacji europejskiej architektury telematycznej w austriackim Ministerstwie ds. transportu, innowacji i technologii.

Dowody ze źródeł osobowych:

Z zeznań świadka Johanna Bohna wynika, że nie wie on jakie funkcje pełnił Peter Spannagl w projekcie Ecopoints przy czym projekt ten był realizowany w okresie od 5 września 1996 do 31 grudnia 1997, wie natomiast, że w projekcie Go-Maut kierownikiem projektu był Victor Hatwagner, w projekcie czeskim kierownikiem projektu był Walter Pühringer, a w projekcie białoruskim Sergiej Rodionov, natomiast p. Spannagl w tych projektach zajmował się kwestiami technicznymi, co do konkretnego zakresu obowiązków p. Spannagla w poszczególnych projektach świadek nie miał wiedzy, wiedział tylko, że jest to wieloletni zaangażowany pracownik Kapscha. Nie ma wiedzy, co do ram czasowych innych projektów niż Ecopoints, nie wie, aby w tych projektach byli powołani zastępcy kierownika projektu.

Z zeznań świadka Victora Hatwagnera wynika, że był on kierownikiem projektu Go Maut, nie wie nic o zdarzeniach sprzed lipca 2002, ani roli p. Spannagla przed lipcem 2002r. Wie, że p. Spannagl był w projekcie Go Maut jako kierownik techniczny projektu i był zaangażowany w obszarze systemu centralnego Backoffice i hardware. Według niego projekt rozpoczyna się z chwilą podpisania umowy i od tego momentu można mówić o wdrożeniu. W projekcie Go Maut nie było funkcji zastępcy kierownika projektu.

Z zeznań Waltera Pühringera wynika, że ma on wiedzę, co do projektów Go Maut, bo był przedstawicielem Asfinag (zamawiającego dla tego projektu) i o projekcie czeskim. Pan Spannagl pracował jako starszy inżynier, starszy ekspert ds. systemu. P. Spannagl pracował przy projekcie czeskim w obu fazach pierwszej w 2006r. dotyczącej autostrad i drugiej z 2007 rozbudowy na drogach krajowych. P. Spannagl zajmował się organizacją projektów, analizą i oceną architektury systemu, operacyjną analizą funkcjonalnych aspektów dot. Technicznych rozwiązań komunikacyjnych między urządzeniami montowanymi w samochodach, a antenami nad jezdnią, opracowywał prace projektowe dotyczące systemu, który miał się pojawić na drogach krajowych. Walter Pühringer był kierownikiem projektu w Czechach, a zastępcą był najpierw Jan Rak, a później Paweł Pazorek. Prezesem Zarządu spółki nadzorującej projekt czeski z ramienia Kapsch był Karel Feix. P. Spannagl pełnił funkcję sztabową, doradztwa technicznego. P. Spannagl był obecny w fazie przygotowawczej projektu czeskiego uczestniczył w przekazaniu wiedzy na kilkunastu spotkaniach. Jako pracownik Asfinag świadek wie, że projektem Go Maut kierował p. Hatwagner, a p. Spannagl pełnił funkcję eksperta technicznego, starszego inżyniera. P. Spannagl odpowiadał w projekcie czeskim za przygotowanie opisu technicznego wchodził w skład zespołu sprzedażowego, przygotował ofertę techniczną i techniczny opis systemu.

Z zeznań świadka Petera Spannagla wynika, że nie był on tytułarnie kierownikiem projektu, czy zastępcą kierownika projektu w projektach Go Maut, czeskim i białoruskim. W Go Maut kierownikiem projektu był p. Hatwagner, w czeskim p. Walter Pühringer, w białoruskim p. Rodionov. W czeskim zastępcą p. Pühringera był p. Rak. Był natomiast kierownikiem projektu w projekcie Ecopoints. W ramach każdego z projektów swoje doświadczenie podawał w okresie obejmującym przygotowanie koncepcji, dokumentacji technicznej, ofert, przez okres realizacji, po okres operacyjny. Wykonywał architekturę systemu, podział obowiązków pomiędzy dostawców, specyfikację świadczeń z ich strony, zdefiniowanie dostaw, harmonogram dostaw, testy dostaw, także za design, software, hardware, kwestie techniczne i funkcjonalne, systemy eksploatacyjne i implementacyjne. Co do projektu białoruskiego był członkiem zespołu ICCT, który nadzorował zespół projektowy i określał dla niego wytyczne. Co do Ecopoints, to wykonywał wszystkie funkcje związane z tym projektem w tym komunikację z zamawiającym i rozliczenie całości projektu. W pozostałych projektach przyznał, że nie wykonywał funkcji menedżerskich, a w szczególności nie odpowiadał za rozliczenie całości kontraktów. Świadek uważa, że opisane powyżej przypisane mu zadania wyczerpują obowiązki zwyczajowo przypisywane roli kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu. Świadek podkreślał kilkakrotnie, że był odpowiedzialny za kwestie funkcjonalne, techniczne i implementację. Świadek przyznał także, że w projekcie austriackim Go Maut nie doczekał fazy implementacji i finalnych testów, bo został zastąpiony inną osobą.

Z wydruku ze strony www.juris.de w zakresie stanowiska przystępującego SkyWays co do niemieckiej doktryny zamówień publicznych wynika, że zamawiający wymaga aby kandydat lub oferent zmienił przedsiębiorstwo, które nie spełnia odpowiedniego kryterium przydatności lub w przypadku którego zachodzą bezwzględne podstawy wykluczenia i może wyznaczyć kandydatowi lub oferentowi termin na przeprowadzenie takiej zmiany. Ze stanowiska doktryny wynika, że taka zmiana – naprawienie błędu może nastąpić tylko jeden raz.

Izba oceniła powyższe dowody jako wiarygodne, spójne, niesprzeczne. Z dowodów przedstawionych co do osoby Petera Spannagla Izba ustaliła, że wbrew wyraźnemu oświadczeniu zawartym w JEDZu EFKON AG pan Spannagl w projektach austriackim Go Maut, czeskim i białoruskim nie pełnił funkcji zastępcy kierownika projektu, gdyż w projektach austriackim i białoruski takie stanowisko nie zostało utworzone, a w projekcie czeskim to stanowisko sprawowali p. Rak i p. Pazorek. W tym zakresie zatem oświadczenie w JEDZu EFKON AG należało uznać za wprowadzające zamawiającego w błąd. Z dowodów wynika natomiast, że prawdziwe są oświadczenia zawarte w JEDZu EFKON AG, że p. Spannagl był odpowiedzialny za organizację i kierowanie techniczną operacyjną, funkcjonalną stroną zaproponowanego rozwiązania, a odpowiedzialność ta polegała co najmniej na zapewnieniu wdrożenia zaproponowanego rozwiązania, definiowaniu dodatkowych i alternatywnych rozwiązań, zarządzaniu rozszerzeniami i zmianami zamówienia, odpowiedzialność za wspieranie kierownika projektu w komunikacji z zamawiającym dotyczącej zamówienia, wybór, zamówienie i zarządzanie strategicznymi podwykonawcami, przy czym w projekcie austriackim nie uczestniczył w fazie zakończenia wdrożenia, testów i stabilizacji systemu, bo został zastąpiony inną osobą. W ocenie Izby podanie stanowiska zastępcy kierownika projektu w oświadczeniu zawartym w JEDZu EFKON AG wynikało z przekonania wewnętrznego p. Spannagla, co do istotności swojej roli w procesie wdrożenia, choć sam przyznawał on, że na takim stanowisku zatrudniony nie był. W ocenie Izby podanie w JEDZu Efkon AG informacji o sprawowaniu stanowiska zastępcy kierownika projektu i jednocześnie wskazanie zakresu odpowiedzialności p. Spannagla miało dać możliwość obrony przed ewentualnym zarzutem nieprawdziwej informacji, w przypadku zakwestionowania doświadczenia zawodowego p. Spannagla i powinno było skłonić zamawiającego do dokładniejszego zbadania prawdziwości tego oświadczenia zwłaszcza, że zamawiający już na wcześniejszym etapie powziął wątpliwość, co do prawdziwości oświadczenia w zakresie projektu białoruskiego i sprawowanego stanowiska, bo ten sam projekt wskazano w innym wniosku dla doświadczenia innej osoby. Tym samym zamawiający nie dokonał badania wniosku Skyways z należytą starannością, a w szczególności nie zażądał w tym zakresie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że podmiot udostępniający zasób spełnia warunki udziału w postępowaniu, mimo, że w ślad za art. 26 ust. 2f ustawy taką możliwość w IdD przewidział. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie daje podstawy do

przyjęcia, że EFKON AG w sposób zamierzony czy rażąco niedbały przedstawiał zamawiającemu informację wprowadzającą w błąd, co do stanowiska zastępcy kierownika projektu, jaką rzekomo miał sprawować p. Spannagl. Jak zeznał świadek Spannagl EFKON znał jego karierę zawodową, jednak nie wiadomo czy znał ją ze świadectw pracy, z których nie wynikało jakie stanowiska w poszczególnych projektach p. Spannagl zajmował, czy też z przekazu samego p. Spannagla, który był przekonany, że pełnione przez niego czynności odpowiadają stanowisku co najmniej zastępcy kierownika projektu. W ocenie Izby EFKON AG, a co za tym idzie Konsorcjum Skyways można natomiast przypisać niedbalstwo, co do tego, że nie dokonano sprawdzenia, w jakich projektach jakie stanowiska p. Spannagl sprawował, choćby przez sprawdzenie informacji u zamawiających, czy w poprzednim miejscu pracy. Zwłaszcza, że ze złożonego w JEDZu prawdziwego oświadczenia, co do zakresu odpowiedzialności EFKON mógł powziąć wątpliwość, czy rzeczywiście sprawowane czynności i zakres odpowiedzialności nie odpowiadają jedynie stanowisku kierownika ds. technicznych. W tym stanie rzeczy Izba oceniła, że zgromadzony materiał dowodowy daje podstawę do przyjęcia, że Konsorcjum Skyways wprowadziło zamawiającego w błąd przedstawiając informację o zajmowanym stanowisku przez p. Spannagla, co najmniej przez niedbalstwo, a informacja ta miała istotny wpływ na decyzję zamawiającego, co do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy potwierdza także, że stanowiska zastępcy kierownika projektu czy kierownika projektu były obejmowane dopiero z datą podpisania umowy i kończyły się z datą ukończenia projektu, a więc także podane przez EFKON AG oświadczenia, co do czasu nabycia doświadczenia na stanowisku zastępcy kierownika projektu były informacjami wprowadzającymi w błąd zamawiającego, co do czasu uzyskanego zamówienia. Co do projektu Ecopoints, to w ocenie Izby z postawionego przez odwołującego zarzutu wynika, że kwestionuje on jedynie czasookres nabytego doświadczenia w charakterze kierownika projektu. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, że p. Spannagl nie był kierownikiem projektu Ecopoints. Co do tego projektu zeznawał wyłącznie świadek Both, który znał tylko datę rozpoczęcia i zakończenia tego projektu, a co do stanowiska p. Spannagla, to nie mógł go ani potwierdzić, ani zaprzeczyć. Sam świadek Spannagl zeznał, że w tym projekcie był kierownikiem projektu i odpowiadał także za rozliczenie całości projektu z zamawiającym. W ocenie Izby taki materiał dowodowy w świetle skonstruowanego zarzutu nie pozwala ustalić, że p. Spannagl nie był kierownikiem projektu Ecopoints. Natomiast Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego i przystępującego Skyways, że czasookres sprawowania tego stanowiska wynosił od stycznia 1995 do września 1998, gdyż jak już ustalono wyżej stanowisko kierownika projektu powstawało z chwilą zawarcia umowy o realizację projektu, co miało miejsce według zeznań świadka p. Botha 5 września 1996r. Według zeznań świadka p. Botha ukończenie realizacji

projektu miało nastąpić według umowy 31 grudnia 1997 i świadek p. Spannagl przyznał, że od 1 stycznia 1998r. już odbywały się pierwsze przejazdy, a ostatecznie wszystkie funkcjonalności zaczęły funkcjonować od 1 kwietnia 1998r. Izba ustaliła, że przyjmując najkorzystniejsze zeznania dla doświadczenia zawodowego p. Spannagla jako kierownika projektu Ecopoints, to nie sposób uznać za prawdziwą informację o 3 latach i 9 miesiącach nabytego doświadczenia, w tym 3 latach w ramach umowy. Tym samym informacja o czasie nabytego doświadczenia była w ocenie Izby informacją wprowadzająca w błąd zamawiającego i mającą istotny wpływ na decyzję zamawiającego, co do wyników oceny spełniania przez Konsorcjum Skyways warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby zamawiający nie dokonał w tym zakresie aktów należytej staranności, gdyż nie zestawili choćby pierwotnej treści JEDZa Efkon z treścią uzupełnioną. Z pierwotnej treści JEDZa EfkonAG wynikało bowiem, że p. Spannagl nabył doświadczenie jako kierownik projektu Ecopoints w latach 1996-1998, co odpowiadało ustaleniom Izby opartym o zgromadzony materiał dowodowy, dopiero w JEDZu EFKON AG uzupełnionym pojawia się czasookres styczeń 1995 – wrzesień 1998, co zamawiający mógł ustalić na podstawie posiadanych dokumentów i do powinno wzbudzić jego wątpliwości, co do tego w jakim okresie p. Spannagl nabył doświadczenie zawodowe i czy jest to wymagany okres minimum 3 lat. Podobnie jak w przypadku pozostałych projektów Izba nie znalazła dowodów na świadome podanie informacji nieprawdziwej, czy też rażące niedbalstwo. W ocenie Izby natomiast można EFKON AG, a w konsekwencji Konsorcjum Skyways przypisać niedbalstwo, co do tego, że mając rozbieżności w składanych przez siebie dokumentach, co do czasookresu sprawowania przez p. Spannagla stanowiska kierownika projektu Ecopoints, nie ustalono tej okoliczności w sposób niebudzący wątpliwości. Izba na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustaliła, że Konsorcjum Skyways na datę wyrokowania nie podjęło się naprawienia szkody wyrządzonej podaniem nieprawdziwej informacji, nie doprowadziło do wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego, przeciwnie dokonywało korzystnej dla siebie wykładni rozszerzającej warunku postawionego w IdD dla osoby Kierownika ds. Wdrożenia, nie wykazało także podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych czy kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu Konsorcjum Skyways. Zamawiający zatem nie miał podstaw do dokonywania na datę wyrokowania oceny takich dowodów, jako potencjalnie zapobiegających wykluczeniu wykonawcy Skyways.

Izba na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustaliła, że zarówno EFKON AG jak i EFKON South Africa udostępniały w ramach swoich zasobów zasoby potencjału kadrowego. Efkon AG po wezwaniu do uzupełnienia JEDZa wskazał dodatkową osobę udostępnioną w ramach tego potencjału. EFKON South Africa nie wycofał swojego udostępnienia potencjału kadrowego. Tym samym oba podmioty udostępniające zasoby

potencjału kadrowego tak pierwotnie jak i po uzupełnieniu udostępniają wykonawcy Skyways potencjał kadrowy.

Izba ustaliła także, że podmiot udostępniający zasób Satellic tak pierwotnie jak i po uzupełnieniu udostępnia wykonawcy Skyways potencjał kadrowy. Jednocześnie po uzupełnieniu JEDZa wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia LeadvilleInvestments wskazał na posiadany przez siebie osobiście potencjał kadrowy.

Przedłożony materiał dowodowy nie dowodzi, że osoby wskazane w uzupełnionych JEDZach Efkon AG i Leadville Investments nie pozostawały w dyspozycji tych podmiotów w dacie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci danych osobowych osób podanych jako eksperci w uzupełnianych JEDZach konsorcjum Skyways nie dowodzi, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba wzięła pod uwagę uzasadnienie zawarte w piśmie z dnia 20 lipca 2017r., gdyż wówczas informacje zostały zastrzeżone i jak wynika z ustaleń Izby poprzednie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie dotyczyło tego zakresu informacji. Z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynika zakres informacji, który wykonawca chce chronić, wynika także obawa o możliwość utraty zasobu w przypadku ujawnienia informacji, jednak nie wykazano, że ujawnienie danych osobowych akurat tych osób w rzeczywistości powoduje realne zagrożenie ich utraty, jak również nie wykazano, w jaki sposób potencjalna utrata tych osób może spowodować szkodę u wykonawcy. Nie wskazano, że dane te są poufne i nie były podane do publicznej wiadomości, ani w jaki sposób wykonawca zamierza chronić ich poufność.

Dowody dotyczące Comarch

JEDZ BT Signaal str. 146 – 150 zawiera następujące informacje w takim zakresie w jakim nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, część IV pkt. C

1. usługa elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu free – flow w okresie 21 kwietnia 2009 – 31 grudnia 2016 dla Statens Vegvesen, Norwegian Public Roads Administrations
2. usługa elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu free – flow – element stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa obejmuje więcej niż 1 usługę i ma dowodzić więcej niż usługa elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu free – flow
3. usługa wsparcia czynności kontrolnych w okresie 17 sierpnia 2010 – 15 sierpnia 2019 dla Urzędu Miasta Utrecht,
4. usługa wsparcia czynności kontrolnych w okresie 1 lutego 2010 – 30 czerwca 2019 dla Urzędu Miasta Haarlem

5. usługa utajniona nie wskazana na wykazanie usługi wsparcia czynności kontrolnych
6. wdrożenie elektronicznego systemu poboru opłat typu free-flow umożliwiającego świadczenie usługi elektronicznego poboru opłat w okresie 21 kwietnia 2009 – 31 grudnia 2016 dla Statens Vegvesen, Norwegian Public Roads Administration
7. kolejna usługa objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Doświadczenie podano także na str. 202-204 części niejawnego wniosku, str. 246-247 odtajniony częściowo JEDZ Tecsidel opisujący :

1. usługa elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu free – flow, wdrożenie elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu free – flow umożliwiającego świadczenie usługi elektronicznego poboru opłat w okresie 21 kwietnia 2009-31 grudnia 2016 dla Statens Vegvesen, Norwegian Public Roads Administration
2. usługa
3. usługa elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu free – flow, wdrożenie elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu free – flow umożliwiającego świadczenie usługi elektronicznego poboru opłat w okresie 15 września 2014-1 lutego 2015 dla Trafikverket Swedish Transport Administration
4. usługa,
5. usługa

i str. 283 JEDZ podmiotu udostępniającego zasób opisujący

1. usługa wsparcia czynności kontrolnych w okresie 17 sierpnia 2010-15 sierpnia 2019 Urząd Miasta Utrecht Niderlandy
2. usługa wsparcia czynności kontrolnych w okresie 1 lutego 2010-30 czerwca 2019 Urząd Miasta Haarlem

Z wniosku wynika, że na str. 144 dotyczącej Comarch Polska znajdują się te same informacje, co na stronie 168 dotyczącej Comarch SA, na stronie 149 dotyczącej Signaal sp. z o.o. znajdują te same informacje, co na str. 248 dotyczącej Tecsidel. Te zbieżności dotyczą także innych stron i innych podmiotów, jednak nie były przedmiotem zarzutu. Z ustaleń Izby wynika, że podmiot, któremu udostępniano zasób wpisywał też zasób jako własny.

W dniu 5 lipca 2017r. zamawiający wezwał Konsorcjum Comarch w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia poprawnego JEDZa BT Signaal sp. z o.o. lub innych podmiotów w zależności od tego, który z podmiotów dysponuje danym potencjałem w zakresie

zdolności technicznej i zawodowej. Zamawiający wezwał do przypisania odrębnych dat rozpoczęcia i zakończenia wdrożenia usługi i rozpoczęcia i zakończenia świadczenia usługi, ale nie dotyczyło to usług, która zostały odtajnione, zamawiający wezwał także do złożenia oświadczenia czy usługi zostały doprowadzone do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu.

W dniu 20 lipca 2017r. Konsorcjum Comarch uzupełniło JEDZe i usunęło potencjały w zakresie zdolności technicznej i zawodowej z JEDZów wykonawców, którym zasób jest udostępniany, złożyło oświadczenie, że usługa, do której uzupełnienia było wzywane, a która nie została odtajniona, nie jest już wykazywana na potwierdzenie spełniania dwóch elementów warunku, a jedynie na wdrożenie, gdyż drugi element został już wykazany we wniosku inną usługą, złożył oświadczenie w JEDZach, co do stanu ukończenia usług, wskazał dane referencyjne projektów stanowiących doświadczenie zawodowe potencjału kadrowego, złożył oświadczenia co do biegłości w używaniu języka polskiego i oświadczenia, co do kosztów tłumaczy.

W uzupełnionym JEDZu Comarch Polska nie występuje potencjał kadrowy, zaś w części II A wskazano, że wykonawca ubiega się o zamówienie z Integrated Solutions sp. z o.o., Orange Polska SA, Wojskowymi Zakładami Łączności nr 1 i SkyToll, w uzupełnionym JEDZu BT Signaal sp. z o.o. nie występuje już udostępnione doświadczenie zawodowe ani potencjał kadrowy, w JEDZu BT Signaal AS oświadczone poprawność realizacji projektu potwierdzona referencjami, dokumentem równoważnym do protokołu odbioru – dotyczy wszystkich wskazanych usług, w uzupełnionym JEDZu Tecsidał oświadczone poprawność realizacji projektu potwierdzona referencjami, dokumentem równoważnym do protokołu odbioru – dotyczy wszystkich wskazanych usług, w uzupełnionym JEDZu Comarch SA występuje podany we wniosku potencjał kadrowy, w JEDZu podmiotu udostępniającego zasób występuje doświadczenie odpowiadające pierwotnej str. 283 i złożono oświadczenie, że poprawność realizacji projektu potwierdzona referencjami, dokumentem równoważnym do protokołu odbioru – dotyczy wszystkich wskazanych usług.

Usługa elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu free – flow została wykazana w JEDZu BT Signaal AS str. 15 - 16, zaś wdrożenie elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu free – flow umożliwiającego świadczenie usługi elektronicznego poboru opłat zostało wykazane w JEDZu Tecsidał str. 16.

Z oświadczenia złożonego pod przysięgą przez Brama Nijhofa adwokata członkiem holenderskiej rady adwokackiej (lokalna rada w Oost-Brabant), zatrudnionym obecnie w holenderskiej kancelarii prawnej TaylorWessing IM.V, wynika, że zgodnie z prawem

holenderskim obowiązuje tzw. doktryna swobody dowodowej. Aby dowieść swoich stwierdzeń, strona może użyć wszelkich koniecznych środków prawnych. Wiadomość elektroniczna jest więc uznawana jako dowód w tym samym stopniu co list sporządzony na piśmie i podpisany. Oświadczający nie ma żadnego powodu, by uważać, że osoby do których się zwrócił nie pracują dla rzeczonych gmin, biorąc pod uwagę, że także posługują się oficjalnymi adresami poczty elektronicznej gmin i że są oficjalnie wymienione jako osoby do kontaktu w różnych bieżących postępowaniach przetargowych. Ponadto, nie ma żadnego powodu, by uważać oświadczenia tych osób za nieprawdziwe, gdyż osoby te nie mają żadnego interesu w udzielaniu mi nieprawdziwych informacji. W zamian za informacje W zamian za odpowiedzi nie oferował niczego w zamian, ani też w żaden sposób nie zmusił gmin do udzielenia takiego oświadczenia.

Jedynymi informacjami, które udzielił gminom, stanowią wiadomości elektroniczne przesłane dn. 10 sierpnia 2017 r., które następnie podsumował w rozmowach telefonicznych.

Z załączonej do oświadczenia korespondencji mailowej wynika, że oświadczający zapytał osoby pracujące w Wydziałach Gmin Utrecht i Haarlem o to czy w zamawianym przez nich systemie będzie prowadzona kontrola uiszczania opłat drogowych. Oświadczający zadał następujące pytania:

- 1) Czy gmina Utrecht korzysta z następujących usług (które odpowiadają doświadczeniu wymaganemu w polskim przetargu)?
 - (i) Konserwacja stałych punktów kontroli, które w stanie są wykryć potencjalne naruszenia obowiązku dokonywania opłat drogowych m.in. przy pomocy rozpoznawania tablic rejestracyjnych.
 - (ii) Dostarczanie mobilnych pojazdów kontroli (czytaj: samochodów skanujących), w celu wykrywania potencjalnych naruszeń obowiązku wnoszenia opłat drogowych.
 - (iii) Prace „na zapleczu” systemu, na które składa się przetwarzanie danych związanych z egzekwowaniem opłat drogowych, tworzenie zestawów danych i dowodów związanych z ewentualnymi naruszeniami obowiązku uiszczania opłat drogowych.
- 2) Czy gmina Utrecht zawarła na okres od 15 sierpnia 2010 do 17 sierpnia 2019 roku z BT Signaal lub jakąś inną jednostką umowę na świadczenie usług wymienionych w pytaniu 1., a jeżeli tak, to z którymi jednostkami?
- 3) Czy jakiegokolwiek usługi, jak opisane powyżej, które zostały zlecone przez gminę, mają cokolwiek wspólnego z opłatami za korzystanie z dróg?
- 4) Jeżeli odpowiedź na pytanie 3. jest twierdząca, to czy pobór opłat odbywa się poprzez wydzielone pasy i punkty poboru (np. przy skrzyżowaniach i przy wjazdach i zjazdach) lub czy pobór odbywa się poprzez istnienie systemu, w którym zapewniony jest wolny

przejazd w ruchu drogowym?

5) W przypadku, gdy odpowiedź na pytanie 2. jest twierdząca:

- (i) Na jaki okres zawarte zostały te umowy?
- (ii) W celach jakiego rodzaju egzekucji zaangażowane są pojazdy kontroli?
- (iii) Czy zlecenia, o których mowa, zostały wykonane w sposób w pełni zadowalający?

A w odniesieniu do Gminy Haarlem zadał następujące pytania

1) Czy gmina Haarlem korzysta z następujących usług (które zgodne są doświadczeniem sformułowanym w polskiej ofercie przetargowej)?

(i) Konserwacja stałych punktów kontroli, które w stanie są wykryć potencjalne naruszenia obowiązku dokonywania opłat drogowych m.in. przy pomocy rozpoznawania tablic rejestracyjnych.

(ii) Dostarczania mobilnych pojazdów kontroli (czytaj: samochodów skanujących) służących do wykrywania potencjalnych naruszeń obowiązku wnoszenia opłat drogowych.

(iii) Prace „na zapleczu” systemu, na które składa się przetwarzanie danych związanych z egzekwowaniem opłat drogowych, tworzenie zestawów danych i dowodów związanych z ewentualnymi naruszeniami obowiązku uiszczania opłat drogowych.

2) Czy gmina Haarlem zawarła na (część) okres(u) od 1 lutego 2010 do 30 czerwca 2019 roku z BT Signaal lub jakimiś innymi jednostkami umowy na świadczenie usług wymienionych w pytaniu 1., a jeżeli tak, to z którymi jednostkami oprócz BT Signaal?

3) Czy jakiekolwiek usługi, jak opisane powyżej, które zostały zlecone przez gminę, mają cokolwiek wspólnego z opłatami za korzystanie z dróg?

4) Jeżeli odpowiedź na pytanie 3. jest twierdząca to, czy pobór opłat odbywa się poprzez wydzielone pasy i punkty poboru (np. przy skrzyżowaniach i przy wjazdach i zjazdach) Lub czy pobór odbywa się poprzez istnienie systemu, w którym zapewniony jest wolny przejazd w ruchu drogowym?

5) w przypadku, gdy odpowiedź na pytanie 2. jest twierdząca:

- (i) Na jaki okres zawarte zostały te umowy?
- (ii) W celach jakiego rodzaju egzekucji zaangażowane są pojazdy kontroli?
- (iii) Czy zlecenia, o których mowa, zostały wykonane w sposób w pełni zadowalający?

Jako pracownik gminy Utrecht odpowiedział p. Vilco van de Vosse jako kierownik projektu zaangażowany w przetarg „Mobilne automatyczne rozpoznawanie tablic rejestracyjnych” W Wydziale Pozwoleń, Nadzoru i Egzekucji (VTH) gminy Utrecht zajmuje się cyfryzacją

podstawowych procesów. Nie jest więc w stanie odpowiedzieć w imieniu całej gminy Utrecht, ponieważ może istnieć możliwość, że inne wydziały gminy Utrecht mają związki ze stroną, którą wymieniono w mailu.

- 1) Czy gmina Utrecht korzysta z następujących usług (które odpowiadają doświadczeniu wymaganemu w polskim przetargu)?

- (i) Konserwacja stałych punktów kontroli, które w stanie są wykryć potencjalne naruszenia obowiązku dokonywania opłat drogowych m.in. przy pomocy rozpoznawania tablic rejestracyjnych. Wydział VTH gminy Utrecht nie pobiera opłat drogowych.

- (ii) Dostarczanie mobilnych pojazdów kontroli (czytaj: samochody skanujące) w celach wykrywania potencjalnych naruszeń obowiązków związanych z uiszczaniem opłat drogowych.

Urządzenia do rozpoznawania tablic rejestracyjnych stosowane są w celach kontroli przestrzegania przepisów w zakresie parkowania oraz kontroli przestrzegania stref środowiskowych.

- (iii) Prace „na zapleczu” systemu, na które składa się przetwarzanie danych związanych z egzekwowaniem opłat drogowych tworzenie zestawów danych i dowodów związanych z ewentualnymi naruszeniami obowiązku uiszczania opłat drogowych. Wydział VTH gminy Utrecht nie pobiera opłata drogowych.

- 2) Czy gmina Utrecht zawarła na okres od 15 sierpnia 2010 do 17 sierpnia 2019 roku z BT Signaal lub jakąś inną jednostką umowę na świadczenie usług wymienionych w pytaniu 1., a jeżeli tak, to z którymi jednostkami?

Nie posiadam informacji na temat, by wydział VTH gminy Utrecht w wymienionym okresie korzystał z usług BT Signaal.

- 3) Czy jakiegokolwiek usługi, jak opisane powyżej, które zostały zlecone przez gminę, mają cokolwiek wspólnego z opłatami za korzystanie z dróg?

Wydział VTH gminy Utrecht nie pobiera opłat drogowych.

- 4) Jeżeli odpowiedź na pytanie 3. jest twierdząca, to czy pobór opłat odbywa się poprzez wydzielone pasy i punkty poboru (np. przy skrzyżowaniach i przy wjazdach i zjazdach) lub czy pobór odbywa się poprzez istnienie systemu, w którym zapewniony jest wolny przejazd w ruchu drogowym?

- 5) W przypadku, gdy odpowiedź na pytanie 2. jest twierdząca:

- (i) Na jaki okres zawarte zostały te umowy?

(ii) W celach jakiego rodzaju egzekucji zaangażowane są pojazdy kontroli?

(iii) Czy zlecenia, o których mowa, zostały wykonane w sposób w pełni zadowalający?

Natomiast pracownik Gminy Haarlem Marleen Oosterveld Starszy Doradca ds. Zakupów M&S/Biuro Prawne/Zakupy i przetargi odpowiedziała wspomniany przetarg dotyczy przetargu na samochody skanujące. Strona, której udzielono zamówienia, nie jest jednym z wymienionych w mailu przedsiębiorstw. Nie zna ich również. Okres, na który została zawarta umowa, również się nie zgadza, biorąc pod uwagę, że do przetargu doszło w roku 2015. Gmina Haarlem nie pobiera żadnych opłat drogowych.

Z listu referencyjnego z dnia 8 lutego 2017r. wystawionego przez Kierownika zespołu Utrzymania i Obsługi parkingów w Gminie Haarlem wynika, że podmiotu udostępniający zasób przystępującemu Comarch od 1 lutego 2010 zapewnia wsparcie usług czynności kontrolnych w zakresie kontroli pobierania opłat, czyli prowadzenie stałych punktów kontrolnych wykorzystywanych do wykrywania potencjalnego naruszenia obowiązku uiszczenia opłat z wykorzystaniem systemu rozpoznawania tablic rejestracyjnych, zapewnienie mobilnych jednostek kontrolnych tj. pojazdów wykorzystywanych do wykrywania potencjalnego naruszenia obowiązku uiszczenia opłat, czynności wykonywanych na zapleczu operacyjnym obejmujące przetwarzanie danych w zakresie egzekwowania opłat, wytwarzanie pakietów danych w zakresie wykrywania potencjalnego naruszenia obowiązku uiszczenia opłat, a usługi są realizowane należycie, zgodnie z oczekiwaniami, wysokiej jakości.

Dowody ze źródeł osobowych

Z zeznań świadka Łukasza Orłowskiego wynika, że jako prawnik reprezentujący firmę Comarch uczestniczył w negocjacjach dotyczących zawiązania konsorcjum na potrzeby przedmiotowego postępowania. Wie, że w skład tego konsorcjum mieli wchodzić Comarch, WZŁ, Skytoll i Orange, ale z powodu zaproponowania przez SkyToll warunków konsorcjum, których pozostali wykonawcy nie byli w stanie zaakceptować na 3 – 4 dni przed złożeniem wniosku nie doszło do zawarcia umowy konsorcjum i złożono wniosek w innym składzie osobowym bez SkyToll, a o złożeniu przez tę firmę wniosku dowiedział się z informacji o otwarciu wniosków.

Z zeznań świadka Anny Wiśniewskiej wynika, że jako prawnik reprezentujący firmę Integrated Solutions uczestniczyła w negocjacjach dotyczących zawiązania konsorcjum na potrzeby przedmiotowego postępowania. Wie, że w skład tego konsorcjum mieli wchodzić Integrated Solutions, Comarch, Skytoll i Orange, ale z powodu zaproponowania przez SkyToll warunków konsorcjum, których pozostali wykonawcy nie byli w stanie zaakceptować na tydzień przed złożeniem wniosku nie doszło do zawarcia umowy konsorcjum i złożono wniosek w innym składzie osobowym (tj. z BT Signaal) bez SkyToll,

a o złożeniu przez firmę SkyToll wniosku dowiedziała się z informacji o otwarciu wniosków.

W ocenie Izby oświadczenia wykonawcy Comarch są wiarygodne i kompletne. Natomiast dowody przedłożone przez odwołującego dowodzą jedynie, że w gminach Utrecht i Haarlem nie są pobierane opłaty drogowe. Jak wynika z ustaleń Izby IdD w zakresie Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych nie ograniczyło świadczenia wykonawcy wyłącznie w zakresie wykrywania potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczania opłaty drogowej, tym samym przedstawione przez odwołującego dowody nie są rozstrzygające dla ustalenia, że wykonawca Comarch nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych. Izba natomiast za wiarygodny uznała w tym zakresie list referencyjny wystawiony przez Kierownika zespołu Utrzymania i Obsługi parkingów w Gminie Haarlem, który potwierdza, że podmiot udostępniający zasób doświadczenia wykonawcy Comarch wykonał wszystkie trzy czynności składające się na Usługę Wsparcia Czynności Kontrolnych określone przez zamawiającego w warunku. Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania rzetelności tego dokumentu, zwłaszcza, że nie został on sporządzony dla podmiotu, o który odwołujący zapytywał za pośrednictwem adwokata holenderskiego. Wykonawca Comarch uzupełnił dokument JEDZ w sposób zgodny z żądaniem zamawiającego wskazując na inny niż protokół odbioru dokument, który może przedstawić jako dowody wykonania usługi, który zamawiający ocenił jako równoważny. Izba ustaliła, że wymagania zamawiającego, co do równoważnego dokumentu nie zostały w IdD postawione w sposób jednoznaczny, tym samym brak jest jednoznacznego dowodu na to, że wskazane przez wykonawcę Comarch dowody – referencje nie spełniają kryterium innego równoważnego dokumentu. Izba ustaliła, że rzeczywiście w pierwotnych JEDZach było tak, że te same osoby i doświadczenia podawali zarówno sami wykonawcy jak i podmioty te zasoby udostępniające. W ocenie Izby skoro są to te same zasoby i doświadczenia podane dwukrotnie, to nie doszło do podania informacji wprowadzającej w błąd zamawiającego, gdyż ten sam zasób będzie dla niego dostępny, a to czy jest to zasób własny czy udostępniony zamawiający pozyskiwał wiedzę w pierwotnym wniosku z zobowiązań podmiotów trzecich. Tym samym miał wiedzę, co i od kogo będzie przeznaczone do realizacji jego zamówienia, oraz jakie podmioty wezmą udział w realizacji tego zamówienia i w jakim charakterze – wykonawcy czy podwykonawcy. Zamawiający jak wynika z wezwania z dnia 5 lipca 2017r. nie miał problemu z ustaleniem, że informacje zostały dwukrotnie powielone, a JEDZe wypełniono niezgodnie z postawieniami IdD, co do tego, że dany zasób ma być wskazany w JEDZu tego podmiotu, do którego należy, a nie któremu jest udostępniany lub wykazywany jako wspólny. Tym samym w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy pozwala na

ustalenie, że doszło do złożenia JEDZów zawierających błędy, co do sposobu ich wypełnienia, a nie do złożenia JEDZów podających informacje wprowadzające zamawiającego w błąd. Izba ustaliła także na podstawie uzupełnionych JEDZów, że zamawiający dysponuje osobno wykazanymi doświadczeniami na Usługę Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free – Flow została wykazana w JEDZu BT Signaal AS str. 15 - 16, zaś wdrożenie Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free – Flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat zostało wykazane w JEDZu Tecsidał str. 16. Tak dla usługi jak i dla wdrożenia podano osobne projekty i osobne daty ich realizacji spełniające wymagania zamawiającego, co do czasu ich trwania. Izba ustaliła zatem, że zgromadzony materiał dowodowy potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Comarch. Zgromadzony materiał dowodowy nie potwierdza istnienia umowy przetargowej pomiędzy konsorcjum Comarch, a wykonawcą SkyToll. Przeprowadzone dowody z zeznań świadków wskazują, że podmioty te miały zamiar wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, ale ostatecznie nie uzgodniły warunków tej współpracy i podjęły decyzję o osobnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Nie ma jakiegokolwiek dowodu na to, że konsorcjum Comarch i wykonawca SkyToll przed złożeniem wniosku o udzielenie zamówienia uzgodniły w jakikolwiek sposób współpracę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności brak jest dowodu na to, że ich wzajemny udział ogranicza lub zakłóca konkurencję w postępowaniu. Brak jest także choćby cienia dowodu, co do tego, że podmioty te obecnie utrzymują kontakty i podejmują działania mające zaburzyć konkurencję w postępowaniu. Przeciwnie zeznania świadków wskazują na zakończenie współpracy na etapie przygotowania wniosków i brak świadomości po stronie konsorcjum Comarch, że wykonawca SkyToll zdecyduje się na samodzielne złożenie wniosku. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do ustalenia, że pomiędzy tymi wykonawcami zostało zawarte niedozwolone porozumienie mające wpływ na konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjaśnienia tak konsorcjum Comarch, jak i wykonawcy SkyToll, co do potencjalnych przyczyn wskazania w JEDZu Comarch jako podmiotu wspólnie ubiegającego się o zamówienie są spójne i pokrywają się z zeznaniami złożonymi przez świadków, których wiarygodność nie była kwestionowana.

Dowody dotyczące Skytoll

Na str. 18 -19 wniosku SkyToll znajduje się JEDZ i oświadczenie wykonawcy, co do posiadanego doświadczenia w zakresie Usługi elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu free – flow oraz usługi wsparcia czynności kontrolnych oraz usługi udostępniania OBU wykonawca wskazał

zamówienie o wartości 716 mln euro realizowane w okresie 1 stycznia 2010 – 31 grudnia 2022 dla Narodnej diaľnicna spoločnosť a.s. i dla wdrożenia elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu free – flow umożliwiającego świadczenie usługi elektronicznego systemu poboru opłat wykonawca wskazał zamówienie o wartości 716 mln euro realizowane w okresie 1 stycznia 2010 – 31 grudnia 2022 dla Narodnej diaľnicna spoločnosť a.s. oraz dla wdrożenia elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu free – flow umożliwiającego świadczenie usługi elektronicznego systemu poboru opłat na rozszerzonej sieci drogowej Republiki Słowackiej wykonawca wskazał zamówienie o wartości 75 mln euro realizowane w okresie 1 stycznia 2014 do 31 grudnia 2022 dla Narodnej diaľnicna spoločnosť a.s.

SkyToll oświadczył, że samodzielnie ubiega się o udzielenie zamówienia.

W dniu 5 lipca 2017r. zamawiający wezwał SkyToll w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia JEDZ m. in. w zakresie wdrożenia, dla którego zamawiający wymagał, aby było wykonane przez podanie dokładnych dat rozpoczęcia i zakończenia wdrożenia oraz informacji czy wdrożenie zostało doprowadzone do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu.

W dniu 20 lipca 2017r. SkyToll uzupełnił JEDZ oświadczając:

co do posiadanego doświadczenia w zakresie Usługi elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu free – flow oraz usługi wsparcia czynności kontrolnych oraz usługi udostępniania OBU wykonawca wskazał zamówienie o wartości 716 mln euro realizowane w okresie 1 stycznia 2010 – 31 grudnia 2022 dla Narodnej diaľnicna spoločnosť a.s., podał, że wykonywanie tej usługi jest w dalszym ciągu kontynuowane i nie zachodziła potrzeba podpisania protokołu odbioru, dysponuje dokumentami potwierdzającymi należyte wykonywanie usługi i dla wdrożenia elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu free – flow umożliwiającego świadczenie usługi elektronicznego systemu poboru opłat na rozszerzonej sieci drogowej Republiki Słowackiej wykonawca wskazał zamówienie o wartości 75 mln euro realizowane w okresie 1 lipca 2011 – 1 stycznia 2014 dla Narodnej diaľnicna spoločnosť a.s., podał, że wykonawca dysponuje równoważnym do protokołu odbioru dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie wdrożenia oraz dla usługi elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu free – flow usługi wsparcia czynności kontrolnych, usługi udostępniania OBU na rozszerzonej sieci drogowej Republiki Słowackiej wykonawca wskazał zamówienie o wartości 75 mln euro realizowane w okresie 1 stycznia 2014 do 31 grudnia 2022 dla Narodnej diaľnicna spoločnosť a.s. i podał, że wykonywanie tej usługi jest nadal

kontynuowane, więc nie było potrzeby wystawienia protokołu odbioru, ale dysponuje dokumentem potwierdzającym należyte wykonywanie tej usługi.

Zamawiający podczas rozprawy podał, że uznał doświadczenie wykonawcy za spełniające postawione warunki w zakresie usługi na rozszerzonej sieci drogowej.

Izba oceniła dowody przedłożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez wykonawcę SkyToll za kompletne i wiarygodne. Wykonawca SkyToll uzupełnił dokument JEDZ w sposób zgodny z żądaniem zamawiającego wskazując na inny niż protokół odbioru dokument, który może przedstawić jako dowody wykonania usługi, który zamawiający ocenił jako równoważny. SkyToll wprost wskazała, że jest to dokument równoważny do protokołu odbioru. Izba ustaliła, że wymagania zamawiającego, co do równoważnego dokumentu nie zostały w IdD postawione w sposób jednoznaczny, tym samym brak jest jednoznacznego dowodu na to, że wskazane przez wykonawcę SkyToll dowody – dokument równoważny do protokołu odbioru nie spełnia kryterium innego równoważnego dokumentu. Co do umowy przetargowej, to Izba w całości podtrzymuje swoją ocenę materiału dowodowego przedstawioną w odniesieniu do konsorcjum Comarch i poczynione w stosunku do tego wykonawcy ustalenia, są tymi samymi ustaleniami w odniesieniu do wniosku wykonawcy SkyToll.

Dowody dotyczące S&T

Na str. 102-106 wniosku S&T znajduje się JEDZ Xerox obejmujący zdolność techniczną i zawodową. W ramach tego dokumentu wskazano na 3 projekty:

1. Na rzecz New Jersey Turnpike Authority w okresie od 15 października 2015 do 16 października 2023
2. Na rzecz The Metropolitan Transportation Authority Bridges and Tunnels, the New York Thruway Authority and the Port Authority of New York and New Jersey w okresie 17 września 2007 do 31 grudnia 2020
3. Na rzecz Texas Department of Transportation, Toll Operations Division w okresie od 2 czerwca 2013 do 1 czerwca 2018.

Zamawiający w dniu 5 lipca 2017r. w zakresie JEDZ Xerox wezwał o uzupełnienie JEDZ o: informacje, jakie były dokładne daty, co najmniej miesiąc i rok, rozpoczęcia i zakończenia wykonywania zadań/ usług wykazanych dla spełnienia warunków, o których mowa w pkt 3.1.

3) lit a) pkt I. 1 - 5 i pkt II IdD oraz pozostałe informacje potwierdzające okoliczności spełnienia przez te zadania/ usługi spełnienia warunków, o których mowa w pkt 3.1. 3) lit a) pkt I. 1 - 5 i pkt II IdD. Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt 3.1., 3) a) IdD, za wykonanie Usług (wskazanych w pkt od 1 do 5) i wykonanie Wdrożenia zamawiający uzna doprowadzenie do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu. W zakresie

wszystkich wykonanych już usług wykazanych przez wykonawcę i podmioty udostępniające zasoby brak jest informacji o tym, czy ww. usługi zostały doprowadzone do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu.

W uzupełnionym w dniu 20 lipca 2017r. JEDZ Conduent State & Local Solutions Inc. – dawniej Xerox znalazły się następujące oświadczenia dotyczące doświadczenia:

1. Kompletny system poboru opłat Back-Office dla zarządu dróg New Jersey Turnpike. Projekt obejmował wykonanie następujących prac: wykonanie Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat. Projekt ten spełnia warunki udziału z punktu 3.1.3)a) pkt. II. Instrukcji do Dialogu. Zakończenie Wdrożenia zostało doprowadzone do podpisania przez obie strony równoważnego dokumentu do protokołu odbioru potwierdzającego należyte wykonanie o wartości 435 mln USD w okresie 2 sierpnia 2007 – 31 stycznia 2017r. na rzecz New Jersey Turnpike Authority
2. Program E-ZPASS New York zapewniający pobór opłat back-office oraz usługi eksploatacyjne. Projekt obejmował wykonanie następujących prac: 1. Usługę elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu Free-Flow. 2. Usługę elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat z Miejscami Poboru Opłat, 3. Usługę manualnego poboru opłat przy wykorzystaniu manualnego systemu poboru opłat. 4. Usługę wsparcia czynności kontrolnych. 5. Usługę udostępniania OBU. Projekt ten spełnia warunki udziału z punktu 3.1.3)a)pkt. I. 1-5 Instrukcji do Dialogu, Zakończenie Usług zostało doprowadzone do podpisania przez obie strony równoważnego dokumentu do protokołu odbioru potwierdzającego należyte wykonanie o wartości 800 mln USD rozpoczęte w dniu 2 sierpnia 2007 zakończone 31 stycznia 2017r. na rzecz The Metropolitan Transportation Authority Bridges and Tunnels, the New York State Thruway Authority, and the Port Authority of New York and New Jersey,
3. Zapewnienie usługi Centrum Obsługi Klienta (CSC) oraz pełna obsługa techniczna dla operacji związanych z opłatami i obsługą klientów dla Stanu Texas. Projekt obejmował wykonanie następujących prac: 1. Usługę elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu Free-Flow, 2. Usługę elektronicznego poboru opłat przy wykorzystaniu elektronicznego systemu poboru opłat z Miejscami Poboru Opłat. 3. Usługę manualnego poboru opłat przy wykorzystaniu manualnego systemu poboru opłat, 4. Usługę wsparcia czynności kontrolnych, 5. Usługę udostępniania OBU. Projekt ten spełnia warunki udziału z punktu 3.1.3)a)pkt I. 1-5 Instrukcji do Dialogu o wartości 174, 5 mln USD w okresie 1 lipca 2014r. do 1 czerwca 2018r. na rzecz Texas Department of Transportation, Toll Operations Division
4. Program E-ZPASS New York zapewniający pobór opłat, back-office oraz usługi

eksploatacyjne. Projekt obejmował wykonanie następujących prac: wykonanie Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat. Projekt ten spełnia warunki udziału z punktu 3.1.3)a) pkt, II Instrukcji do Dialogu, Zakończenie Wdrożenia zostało doprowadzone do podpisania przez obie strony równoważnego dokumentu do protokołu odbioru potwierdzającego należyte wykonanie o wartości 800 mln USD, w okresie 2 sierpnia 2007 do 31 stycznia 2017r. na rzecz The Metropolitan Transportation Authority Bridges and Tunnels, the New York State Thruway Authority, and the Port Authority of New York and New Jersey

Z korespondencji Mailowej pomiędzy Cathrine Louise, a the New York State Thruway Authority wynika, że na pytanie, czy mogliby mnie państwo poinformować o tym, w jaki sposób System E-ZPass w stanie Nowy Jork identyfikuje osoby, które nie dokonały opłaty? W szczególności, chciałabym się dowiedzieć, czy w tym celu używają państwo tylko kamer na górze i poboczu, czy istnieje również flota pojazdów z funkcją mobilnego wykrywania osób, które nie dokonały płatności, The New York State Authority odpowiedział - W kabinach poboru opłat na drogach szybkiego ruchu w stanie Nowy Jork, kamery są zamocowane na górze w celu odczytywania tablic rejestracyjnych w wypadkach, gdy E-ZPass nie zostanie wykryty. Wówczas informacji na temat zarejestrowanego właściciela pojazdu są uzyskiwane w oparciu o numer tablicy rejestracyjnej. Natomiast na pytanie, czy mogliby państwo wyjaśnić, czy New York E-ZPass System używa jakiejś formy mobilnego wykrywania pojazdów w celu zidentyfikowania kierowców/pojazdów, którzy nie dokonali wymaganej przedpłaty/opłaty?, urząd ten odpowiedział -Nie mamy mobilnego wykrywania, jedynie kamery które robią zdjęcia w kabinach poboru opłat. Rachunki i informacje o naruszeniach są wysyłane do zarejestrowanego właściciela samochodu. Jeśli opłaty nie są uregulowane w określonym czasie, możemy je kierować do Wydziału Ruchu Drogowego w celu zawieszenia.

Jednocześnie odwołujący załączył dowód, że wystąpił do tego urzędu z prośbą o oficjalną informację, ale czas oczekiwania wynosi 20 dni.

Izba ustaliła na podstawie protokołu rozprawy z dnia 5 września 2017r., że odwołujący przyznał, iż system E-Z Pass był realizowany nie tylko w stanie New York, o który pytała wprost p. Catherine Louise, ale także w stanie New Jersey. Wynika to z następujących wyjaśnień odwołującego „System EZ-PASS zarówno bazowy jak i w hotline-ach (płatnych dodatkowych liniach szybkiego przejazdu w New Jersey i New York) występuje system bramek i bramownic, gdzie nie stosuje się mobilnych jednostek kontrolnych. Dla zobrazowania problemu Odwołujący wskazuje, że system bramek i bramownic to systemy stosowane w większości pojazdów osobowych w Polsce za wyjątkiem systemu VIATOLL, który jest systemem typu Free-flow. Z uwagi właśnie na to, że z wiedzy dostępnej

powszechnie system nowojorski i New Jersey jest oparty o bramy i bramownice Odwołujący powziął wątpliwość co do spełnienia całości warunku. Nie zgadza się z interpretacją tego warunku przedstawioną przez Przystępującego S&T, gdyby warunek był alternatywny to Zamawiający użyłby spójnika „lub” tak jak wyżej na str. 6. Biuro, z którego Odwołujący pozyskał informacje jest oficjalnym biurem posiadającym informacje o projekcie.” W ocenie Izby pozyskane przez odwołującego informacje potwierdzające, że w stanie New York nie występuje system mobilnego wykrywania nie stanowią dowodu rozstrzygającego na to, że zastosowano takiego systemu w całym projekcie E-Z Pass, tym samym brak jest podstaw do skutecznego podważenia prawdziwości oświadczenia wykonawcy S&T złożonego w jego wniosku. To na odwołujący spoczywa w tym zakresie obowiązek dowodowy, któremu na datę wyrokowania odwołujący nie sprostął. Tym samym Izba nie dysponuje materiałem dowodowym pozwalającym na ocenę, że zamawiający dopuścił się zaniechania wykluczenia wykonawcy S&T pomimo tego, że nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie Usługi Wsparcia Czynności Kontrolnych przez zapewnienie mobilnych jednostek kontrolnych.

Dowody dotyczące Egis

We wniosku Egis na str. 131 w części niejawnej w pkt 6 znajduje się usługa wsparcia czynności kontrolnych, dla której podano zakres zgodny z warunkiem zamawiającego, w tym w zakresie zapewnienia mobilnych jednostek kontrolnych, stałych punktów kontroli. Usługa ta także została wykazana na str. 220 wniosku w złożonym tam JEDZ i także z JEDZ wynika pełen zakres podany w warunku. Zamawiający w dniu 5 lipca 2017r. nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia JEDZów w odniesieniu do usługi wspierania czynności kontrolnych.

Egis uzupełnił także JEDZ zawierający doświadczenie dotyczące usługi wsparcia czynności kontrolnych jednak uzupełnienie nie dotyczyło zakresu przedmiotowego tego projektu, lecz kwestii, których odwołujący nie objął odwołaniem, tym samym uzupełnienie nie wniosło nowych informacji, które wpływałyby na zakres przedmiotowy projektu.

W piśmie z dnia 20 lipca 2017 r. wykonawca złożył uzupełnione dokumenty JEDZ. Pismo przewodnie zostało podpisane przez p. Katarzynę Mackovic. Do ww. pisma Wykonawca załączył pełnomocnictwo z dnia 30 czerwca 2017 r. dla p. Krzysztofa Bernatowicza i p. Katarzyny Mackovic do działania w imieniu Egis Projects S.A. udzielone przez p. Rika Joostena. Pani Mackovic podpisała także wyjaśnienia powodów zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz JEDZ Egis Projekt SA.

W dniu 31 lipca 2017 r. zamawiający wezwał konsorcjum Egis do przedłożenia prawidłowego pełnomocnictwa dla p. Katarzyny Mackovic. W treści wezwania zamawiający wskazał, że;

(a) pełnomocnictwo z dnia 30 czerwca 2017 r. zostało udzielone wyłącznie przez spółkę Egis Projects S.A. podczas, gdy treść pisma przewodniego wskazuje, że p. Katarzyna

Mackovic składa oświadczenia w imieniu wykonawcy, tj. konsorcjum spółek Egis Projects SA, Egis Electronic Toll Collection Polska Sp. z o.o. oraz TK Telekom Sp. z o.o.;

(b) pełnomocnictwo z dnia 30 czerwca 2017 r. zostało udzielone p. Katarzynie Mackovic, natomiast z treści pełnomocnictwa z dnia 15 lutego 2017 r. załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, które zostało udzielone przez spółkę Egis Toll Collection Polska Sp. z o.o. spółce Egis Projects S.A. (s. 6-8 wniosku) wynika, że Egis Toll Collection Polska Sp. z o.o. uprawnili spółkę Egis Projects S.A. do udzielania pełnomocnictw dalszych wyłącznie p. Krzysztofowi Bernatowiczowi.

W swojej odpowiedzi na ww. wezwanie z dnia 4 sierpnia 2017 r. wykonawca wyjaśnił, że w chwili składania pisma w dniu 20 lipca 2017 r. p. Katarzyna Mackovic była już umocowana do działania w imieniu Egis Projects S.A., Egis Electronic Toll Collection Polska Sp. z o.o. oraz TK Telekom Sp. z o.o. Z powodu omyłki do wyjaśnień wykonawcy nie zostało jednak załączone prawidłowe pełnomocnictwo potwierdzające tę okoliczność. W związku z powyższym, do pisma Wykonawca załączył m.in.:

(a) pełnomocnictwo z dnia 19 lipca 2017 r. udzielone p. Krzysztofowi Bernatowiczowi i p. Katarzynie Mackovic do działania w imieniu Egis Projects S.A., Egis Electronic Toll Collection Polska Sp. z o.o. oraz TK Telekom Sp. z o.o. udzielone przez p. Adbellaha Benhatta;

(b) poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię pełnomocnictwa udzielonego w dniu 4 lipca 2017 r. p. Adbellahowi Benhattowi do działania w imieniu Egis Projects S.A. przez p. Rika Joostena.

W dniu 7 sierpnia 2017 r. zamawiający wezwał konsorcjum Egis do złożenia oryginału pełnomocnictwa dla p. Adbellaha Benhatta, które zostało złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

W dniu 9 sierpnia 2017 r. Wykonawca złożył oryginał pełnomocnictwa dla p. Abdellaha Benhatta.

Z pełnomocnictwa tego wynika, że Rik Joosten Dyrektor Generalny Egis Projekt upoważnił p. Benhatta do reprezentowania spółki na zewnątrz w ramach czynności i operacji wchodzących w zakres jego obowiązków. P. Benhatt w myśl tego pełnomocnictwa miał zapewnić zarządzanie zespołami ds. tworzenie złożonych projektów, zespołami ds. rozwoju projektów elektronicznego pobierania opłat drogowych, jak również zespołami ds. rozwoju Multi Model City Services i odpowiada za koordynację kontaktów z komitetami ds. zobowiązań Grup Egis i CDC w ramach procedury zatwierdzania związanej ze wszystkimi projektami w ramach pełnomocnictwa do wykonywania czynności ogólnego zarządu w stosunku do osób trzecich, wszelkich organów i urzędów miał prawo dokonywać formalności związanych z dostosowaniem spółki lub spółek zależnych do przepisów obowiązujących w krajach, w których mogą one prowadzić operacje, wyznaczanie przedstawicieli do

reprezentowania spółki lub/i spółek zależnych. Pełnomocnictwo do składania podpisów obejmuje także podpisywanie z zastrzeżeniem uprzedniej zgody Komitetu ds. Ryzyk i Komitetu ds. Zobowiązań, jeżeli operacje są przedmiotem zainteresowania ww Komitetów, wszelkich protokołów ugody, memorandum of understanding, umów konsorcjalnych, klauzul poufności, przedkładanie i podpisywanie wszelkich dokumentów związanych z wstępną kwalifikacją, wyrażeniem zainteresowania, przedkładanie i podpisywanie wszelkich ofert handlowych obejmujących odpowiedzi techniczne i handlowe opracowywane przez spółkę i jej partnerów w ramach zamówień publicznych, podpisywanie celem realizacji projektów wszelkich umów z klientami, partnerami, dostawcami i podwykonawcami przy czym podpisywanie umów o dokumentów zobowiązujących spółkę Egis Projekts podczas nieobecności Rik Joostena tylko za zgodą Rady Administracyjnej. Pełnomocnictwo zawiera delegację odpowiedzialności i p. Benhatt ponosi osobistą odpowiedzialność karną w przypadku zawinionego naruszenia w wykonywaniu przez niego obowiązków. P. Benhatt wyraził zgodę na przekazanie powierzonych mu uprawnień.

Z utajnionych referencji z dnia 17 lutego 2017r. złożonych przez przystępującego Egis na rozprawie wynika potwierdzenie, że usługa wsparcia czynności kontrolnych zawiera wymagane przez zamawiającego elementy – w szczególności za przekonujące Izba uznała akapit 2, 6, 7, 8, 9 str. 2 referencji.

Z opinii prywatnej złożonej przez odwołującego wynika, że opiniujący ocenia pełnomocnictwo p. Rik Joostena nie jako pełnomocnictwo ale jako przekazanie uprawnień wynikające z praktyki spółek prawa francuskiego i oparte o stanowisko francuskiego Sądu Kasacyjnego. Opiniujący wyraził stanowisko, że w świetle prawa francuskiego akt przekazania uprawnień z dnia 4 lipca 2017 będący przedmiotem opinii i niezawierający wzmianki o możliwości dalszego przeniesienia uprawnień nie daje uprawnionemu z jego tytułu możliwości takiegoż dalszego przeniesienia. Opiniowany akt zawiera w punkcie 2.1.7 klauzulę zgodnie z którą rzekomy uprawniony nabywa prawo do "dokonywania czynności niezbędnych do podporządkowania się przez spółkę lub jej oddziały prawu krajów, w których prowadzić będą one działalność oraz do wyznaczania osób uprawnionych przez prawo tych krajów do reprezentowania spółki lub/i jej oddziałów.. Opiniodawca jest zdania, że powyższa klauzula nie spełnia wymogów nakreślonych przez Sąd Kasacyjny co do ważności dalszego przeniesienia uprawnień. Swoje zdanie motywuje on tym, że klauzula jest sformułowana w sposób generalny i nie określa o prawie jakiego kraju jest mowa, w żaden sposób nie określa czynności, które mogłyby być przedmiotem ewentualnego dalszego przekazania uprawnień. Opiniujący podniósł, że pomiędzy otwartym charakterem tej klauzuli, a zamkniętym charakterem przekazywanych uprawnień zachodzi sprzeczność. Nie jest logiczne, aby uprawniony do ściśle określonych czynności został jednocześnie uprawniony w sposób ogólny do desygnowania osób uprawnionych do reprezentowania spółki zgodnie z prawem

kraju, którym owa mogłaby wykonywać działalność. Z faktu, iż kraj w którym owa reprezentacja miałaby zachodzić oraz z ogólnego sformułowania „do reprezentowania spółki” wynika, że ewentualny dalszy uprawniony dysponowałby uprawnieniami tożsamymi z tymi którymi dysponuje organ przekazujący, co byłoby sprzeczne z dominującą linią orzeczniczą francuskiego Sądu Kasacyjnego.

Z prywatnej opinii prawnej przedstawionej przez Egis wynika, że milczące prawo udzielania dalszych pełnomocnictw odpowiada ostatecznie, za każdym razem, kiedy pełnomocnik wykonuje zadania pracownicze związane z organizacją przedsiębiorstwa lub usługi zamiarowi faktycznego zarządzającego, który udziela pełnomocnictwa, jak również w znaczeniu, jakie nadałaby mu osoba rozsądna, która znalazłaby się w takiej samej sytuacji. W ocenie opiniującego szeroki zakres upoważnienia w ramach różnych dziedzin funkcjonowania spółki, w tym w przetargach w kraju i zagranicą daje podstawy do przyjęcia, że zdroworozsądkowo myślący człowiek nie uznałby, że na podstawie tego pełnomocnictwa nie można udzielić dalszych pełnomocnictw. Pełnomocnik pełniący poważne funkcje związane z organizacją przedsiębiorstwa nie może być rozumiany inaczej, jak posiadający pełnomocnictwo do udzielania dalszych pełnomocnictw. Opiniujący powołał pkt. 2.1.7 pełnomocnictwa i wskazał, że postanowienie to nie miałoby sensu, gdyby pracownicy w ten sposób wyznaczeni, zobowiązani do reprezentowania EPSA i jej spółek zależnych nie dysponowali umocowaniem do dokonywania tych czynności. Ponadto w prawie francuskim istnieje zasada, że jeżeli dana klauzula może mieć dwa znaczenia nadające ww klauzuli jakiś skutek ma pierwszeństwo znaczenie, które nie nadaje ww klauzuli żadnego skutku (art. 1191 C.civ). Postanowienie to zawiera zatem dorozumiane prawo pozwalające p. Benhattowi na udzielanie dalszych pełnomocnictw na rzecz pracowników polskiej spółki zależnej do dokonywania formalności związanych ze złożeniem oferty w ramach postępowania przetargowego. Sąd Kasacyjny nigdy nie zakwalifikował pełnomocnika czy prokurenta jako pełnomocnika spółki, przedstawiciela prawnego czy organu spółki. Zasadą jest, zgodnie z art. 1153 kc, że źródłem przedstawicielstwa może być jedynie ustawa, orzeczenie sądowe lub umowa. Gdy pełnomocnik swego prawa z takich aktów nie wywodzi jest pełnomocnikiem w rozumieniu prawa cywilnego. Opiniujący wskazał na art. 1984 kc i wskazał, że na gruncie tego tekstu zawsze twierdzono, że pełnomocnik może wyznaczyć osobę trzecią do wykonania swego zadania, przy czym nie jest w tym wypadku wymagana pisemna ani ustna zgoda mocodawcy. Opiniujący zwrócił także uwagę, że taka interpretacja przepisów nie ma miejsca na gruncie postępowania sądowego, gdzie bez wyraźnego umocowania do udzielania dalszych pełnomocnictw, pełnomocnik dalszy nie może wszcząć postępowania sądowego, to jednak nie dotyczy procedury przetargowej.

Izba na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustaliła, że wykonawca Egis wykazał się Usługą Wsparcia Czynności Kontrolnych dla której wykazano wszystkie wymagane przez zamawiającego czynności. Izba ustaliła także, że zamawiający wzywał do uzupełnienia pełnomocnictwa tylko jeden raz w odniesieniu do p. Mackovic, natomiast, co do pełnomocnictwa dla p. Benhatta, to wzywał do uzupełnienia prawidłowej formy tego pełnomocnictwa. Zamawiający jak wyżej ustalono dla pełnomocnictw wymagał formy oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii, a pełnomocnictwo p. Benhatta zostało złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność. Tym samym wbrew stanowisku odwołującego już przy pierwszej czynności uzupełnienia wykazano ciąg pełnomocnictw, natomiast w ocenie Izby to, że jedno z pełnomocnictw zostało złożone w nieprzewidzianej w siwz formie, nie stanowiło ponownego uzupełnienia tego samego dowodu na te same okoliczności (istnienia uprawnienia do reprezentowania wszystkich członków konsorcjum), ale wyłącznie zadośćuczynienia formie dokumentu określonej przez siwz. W ocenie Izby były to dwa osobne wezwania dotyczące innych braków i nie można uznać, że prowadziły do naruszenia zasady jednokrotności wzywania. Co do oceny stanowisk stron i uczestnika postępowania, co do dopuszczalności udzielenia przez p. Benhatta dalszych pełnomocnictw, to okoliczność twierdzona przez odwołującego nie została poparta jakimkolwiek dowodem. Opinia prywatna stanowi stanowisko własne strony i nie może być uznana za dowód, podobnie jak opinia złożona przez uczestnika Egis. Oba te stanowiska w istocie sprowadzają się do wykładni oświadczeń woli mocodawcy w dacie udzielania upoważnienia, przy czym stanowisko odwołującego opiera się na założeniu, że dokument nazwany pełnomocnictwem udzielony przez p. Joostena – p. Benhattowi nie jest pełnomocnictwem ale przekazaniem uprawnień. Według odwołującego miałyby to następować przez wyzbycie się tych uprawnień przez przekazującego. W ocenie Izby tej interpretacji przeczy literalne brzmienie tego dokumentu, gdyż p. Benhatt może podpisywać umowy o dokumentów zobowiązujących spółkę Egis Projekts tylko pod nieobecność p. Joostena i to nie samodzielnie, ale za zgodą Rady Administracyjnej. Gdyby zatem uznać wiarygodność stanowiska odwołującego, to p. Benhatt wstępowałby w zakresie wyznaczonym przekazaniem w uprawnienia p. Joostena i nie potrzebowałby do zawierania umów zobowiązujących zgody Rady Administracyjnej, gdyż mieściłoby się to w zakresie jego przekazania. Tym samym w ocenie Izby nie jest wiarygodne to, że dokument określony przez wystawcę jako pełnomocnictwo, pełnomocnictwem nie jest, a jest przekazaniem uprawnień. Nadto w ocenie Izby w stanowisku odwołującego nie przedstawiono przekonującej argumentacji, dlaczego francuski Sąd Kasacyjny miałby uznać klauzulę z pkt. 2.1.7 za zbyt ogólną. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że nie zostało przez odwołującego wykazane, że dokument upoważniający p. Benhatta nie jest pełnomocnictwem, a klauzula 2.1.7 nie jest upoważnieniem do udzielania dalszych pełnomocnictw.

Dowody dotyczące Nemzeti:

W wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 5 lipca 2017r. zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.1.3)

a) 1.5 IdD i zgodnie z treścią warunku dotyczącego Usługi Udostępnienia OBU, zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał doświadczenie w zakresie wydania i zarządzania ponad 100 000 urządzeń OBU różnymi kanałami, w tym poprzez punkty udostępniania w różnych regionach danego kraju, realizowane w ramach jednej umowy. Tymczasem wykonawca wskazał na potwierdzenie spełnienia tego warunku usługi realizowane przez pięć odrębnych podmiotów, w ramach odrębnych umów/usług Nemzeti Utdfjizetesi Szolgaltató Zrt, Auto Securit Zrt, i-Cell Kft, Secret Control GPS Kft, WebEye Magyarorszag Kft. Zamawiający zwrócił się o uzupełnienie JEDZ poprzez wykazanie się Usługą Udostępnienia OBU spełniającą warunki, o których mowa w pkt 3,1.3) a) 1.5 IdD, w tym ewentualną modyfikację JEDZ (część II sekcja C) w zakresie oświadczenia w przedmiocie powoływania się na zasoby podmiotów trzecich i o wskazanie dat świadczenia tejże usługi, jej odbiorców oraz informacji, czy ta usługa została doprowadzona do podpisania przez obie strony protokołu odbioru lub innego równoważnego dokumentu, o ile została wykonana przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Do pełnienia funkcji Kierownika ds. wdrożenia wykonawca wskazał p. Dezso Meszarosa (str. 82 wniosku). Ze złożonych informacji wynika, że p. Meszaros nabywał wymagane przez zamawiającego 3-letnie doświadczenie przy Wdrażaniu co najmniej jednego Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu free-flow na projekcie „HU-GO” od 04.2013 r. zamawiający zwrócił się o uzupełnienie JEDZ m. in. przez podanie informacji czy posiadany przez p. Meszarosa „Certyfikat: Szkolenie Metodologia Projektu DEVELORw został wydany przez uprawniony podmiot, niezależny od wykonawcy, potwierdzający posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami?

Do pełnienia funkcji Kierownika ds. operacyjnych Wykonawca wskazał p. Zoltana Vargę oraz p. Lajossa Veressa. Zamawiający wezwał do podania informacji m. in. czy posiadany przez p. Vargę certyfikat został wydany przez uprawniony podmiot, niezależny od Wykonawcy, potwierdzając posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami i czy posiadany przez p. Veressa certyfikat „KPMG - BME Akademia Zarządzania Projektem - Kierownik Projektu” jest nadal ważny.

Do pełnienia funkcji Eksperta ds. Wdrożenia IT wykonawca wskazał p. Dezso Meszarosa (str. 62 wniosku). Zamawiający wezwał do uzupełnienia informacji czy posiadany przez p. Meszarosa certyfikat został wydany przez uprawniony podmiot, niezależny od wykonawcy, potwierdzając posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami.

Do pełnienia funkcji Eksperta ds. Utrzymania IT Wykonawca wskazał p. Lajosa Veressa (str. 38 wniosku). Zamawiający wezwał do uzupełnienia informacji czy posiadany przez p. Veressa certyfikat „KPMG - BME Akademia Zarządzania Projektem - Kierownik Projektu jest nadal ważny.

Zamawiający pouczył także wykonawcę, że w świetle orzeczenia KIO 888/17: „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".

W piśmie przewodnim do uzupełnienia przystępujący Nemzeti wyjaśnił, że rezygnuje ze wskazywania pana Lajossa Veressa na funkcję Kierownika ds. operacyjnych oraz wskazuje pana Istvána Veresa jako dodatkową osobę na funkcję Kierownika ds. operacyjnych.

Z uzupełnionego JEDZa I-CELL wynikają następujące zdolności zawodowe i techniczne:

Projekt 1- Wdrożenie Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow umożliwiającego udostępnianie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat. Firma i-Cell Mobilsoft Zrt stworzyła i wdrożyła System Poboru Opłat HU-GO (<https://hu-go.hu/articles/article/about-the-introduction-of-the-system>), umożliwiającego udostępnianie: - naliczanie i pobieranie opłat. - gromadzenie i przetwarzanie danych dotyczących poboru opłat, w związku z obsługą

ponad 73 000 kont użytkowników, ponad 270 000 zarejestrowanych pojazdów i ponad 160 000 zarejestrowanych urządzeń pokładowych (OBU) do lutego 2017 roku. Oparty na technologii GNSS system free-flow został wprowadzony 1 lipca 2013 roku. Wdrożony system obejmował wszystkie odpowiednie urządzenia przydrożne urządzenia zaplecza technicznego systemu. Opłata w systemie była naliczana i pobierana bez Miejsc Poboru Opłat Firma była odpowiedzialna za stworzenie koncepcji, procesów biznesowych, Systemu Podstawowego, interfejsów, aplikacji, ogólnodostępnej usługi internetowej oraz za integrację wszystkich części składowych, dostarczanie rozwiązań dotyczących egzekwowania opłat i kontroli, w tym kamer i skanerów, projektowanie, montaż i stabilizacyjnych. • Usługa Wdrożenia, zgodna z definicją z Instrukcji do Dialogu, obejmowała przeprowadzenie testów i uruchomienia w środowisku produkcyjnym wraz ze stabilizacją w środowisku produkcyjnym Elektronicznego Systemu Poboru Opłat. Usługa Wdrożenia została doprowadzona do podpisania przez obie strony protokołu odbioru o wartości 17048400000 HUF (Forint) w okresie od 14-04-2013 do 01-07-2013 dla Nemzeti Utcléífizetési Szolgáltatás Zártkörűen Működő Részvénytársaság (Nemzeti Útdíjfizetési Szolgáltatás Zrt, wersja angielska: National Toll Payment Services Plc). Kierownik ds. wdrożenia (1) + Ekspert ds. wdrożenia IT (5) - Pan Dezso Meszaros.

Kierownik ds. wdrożenia (1) - Pan Dezso Meszaros.

Posiadany przez Pana Dezso Meszarosa, wymagany zgodnie z warunkiem certyfikat, "Certyfikat: Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOR" został wydany przez uprawniony podmiot, niezależny od Wykonawcy, oraz potwierdza posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/ zarządzania projektami. DEVELOR jest organizacją akredytowaną przez Węgierski Urząd ds. Szkoleń i Kształcenia Dorosłych. Ekspert ds. wdrożenia IT (5) - Pan Dezso Meszaros.

Posiadany przez pana Dezsó Meszarosa, wymagany zgodnie z warunkiem, certyfikat "Certyfikat: Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOR" został wydany przez uprawniony podmiot, niezależny od Wykonawcy, potwierdzający posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami. DEVELOR jest organizacją akredytowaną przez Węgierski Urząd ds. Szkoleń i Kształcenia Dorosłych. Certyfikat: • Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOR

Z JEDZa Nemzeti wynikają następujące kwalifikacje zawodowe i techniczne

Projekt 1 Wykonawca świadczy Usługę Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow na terenie Węgier od 1 lipca 2013 roku. Usługa Elektronicznego Systemu Poboru Opłat jest usługą świadczoną przez Wykonawcę polegającą na zapewnieniu poboru opłat drogowych przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat, w tym • naliczanie i pobieranie opłat o rocznej wartości brutto: o 162 798 903 628 HUF w 2014 o 185 773 629 166 HUF w 2015 o 198 063 038 438 HUF w 2016 • gromadzenie i przetwarzanie danych dotyczących poboru opłat w

związku z obsługą ponad 73 000 kont użytkowników, ponad 270 000 zarejestrowanych pojazdów i ponad 160 000 zarejestrowanych urządzeń pokładowych (OBU) do lutego 2017 roku • zarządzanie, obsługa i konserwacja Elektronicznego Systemu Poboru Opłat HU-GO • sieć dróg płatnych wynosi 6 841,71 km, w tym 2 443 km odcinków z wirtualnym poborem opłat - stan na luty 2017 • Oparty na przebytej odległości system elektronicznego poboru opłat HU-GO używa technologii GNSS (Globalny System Nawigacji Satelitarnej) • Istotą systemu HU-GO jest to, że technologia satelitarna pozycjonuje użytkowy pojazd mechaniczny powyżej 3,5 ton przy pomocy kilku satelitów. Elektroniczny system poboru opłat określa pozycję pojazdu przy wykorzystaniu sieci nawigacji satelitarnej, która zostaje porównana z danymi GIS w odniesieniu do odcinków poboru opłat przez urządzenie i śledzi ruch pojazdu, na podstawie czego zostaje naliczona opłata i określone zobowiązanie płatności. Wykonawca działa na Węgrzech jako podmiot pobierający opłaty, a także jako podmiot świadczący usługi powiązane. Wykonawca równolegle do systemu HU-GO od 2008 roku obsługuje także oparty na czasie elektroniczny System Opłat dla Użytkowników dróg (RUC) - tzw. system e-winieta dla osobowych pojazdów mechanicznych poniżej 3,5 ton, motocykli i autobusów, w tym: • opłaty od użytkowników dróg o rocznej wartości brutto: o 47 386 804 995 HUF w 2014 o 57 696 195 966 HUF w 2015 o 62 973 766 256 HUF w 2016 • gromadzenie i przetwarzanie danych dotyczących opłat od użytkowników dróg w związku z usługą sprzedaży ponad 12 800 000 e-winiet rocznie (2016) • zarządzanie, obsługa i konserwacja Systemu RUC e-winieta • sieć dróg

płatnych wynosi 1 434,81 km - stan na luty 2017 Wartość: • Przychody brutto z opłat w 3 kolejnych latach: 546 635 571 231 HUF • Koszty operacyjne brutto systemu HU-GO w 3 kolejnych latach: 26 553 682 741 HUF Usługa Elektronicznego Systemu Poboru Opłat działa: od 1 lipca 2013 na rzecz państwa węgierskiego

Projekt 2 Usługa Wsparcia Czynności Kontrolnych jest należycie realizowana przez Wykonawcę na terenie Węgier od 1 lipca 2013 roku. Poniższe czynności są świadczone przez system HU-GO:

- sieć dróg płatnych wynosi 6 841,71 km • obsługa 110 stałych punktów kontrolnych na sieci dróg płatnych • 301 pasm jest stale (24 godzin na dobę, 7 dni w tygodniu) kontrolowanych poprzez stałe punkty kontrolne • obsługa 45 mobilnych pojazdów na sieci dróg płatnych • jednostki kontrolne (stałe i mobilne) w sumie rejestrują około 420 000 000 kontrolnych czynności rocznie • Automatyczne rozpoznawanie tablic rejestracyjnych jest wykorzystywane do wykrywania potencjalnych naruszeń obowiązku uiszczenia opłat • pakiety danych dotyczących egzekwowania są automatycznie generowane i przetwarzane • system ten stale komunikuje się z różnymi elektronicznymi bazami danych różnych władz •

dane władze regularnie otrzymują aktualizację najnowszych danych dotyczących egzekwowania Wartość:

- Koszty operacyjne brutto czynności egzekwowania systemu HU-GO w 3 kolejnych latach: 16 261031997 HUF Usługa Wsparcia Czynności Kontrolnych działa: od 1 lipca 2013 roku na rzecz państwa węgierskiego

Projekt 3 - Usługa Udostępniania OBU jest wykonywana przez Nemzeti Utdijfizetesi Szolgaltató Zrt, i polega na wydawaniu i zarządzaniu ponad 100 000 urządzeń pokładowych (OBU) różnymi kanałami, poprzez punkty udostępniania prowadzone przez Operatorów Deklarujących Opłaty w różnych regionach Węgier. Zarejestrowani użytkownicy końcowi poprzez rejestrację urządzenia pokładowego w systemie HU-GO nawiązują stosunek prawny z Nemzeti Utdpzetesi Szolgaltató Zrt Urządzenie to może być aktywowane na stronie internetowej NUSZ Zrt www.hu-go.hu Nawiązany stosunek prawny między Nemzeti Utdijfizetesi Szolgaltató Zrt a użytkownikiem obejmuje wydawanie i zarządzanie OBU. Operatorzy Deklarujący Opłaty zapewniają wsparcie (pomoc) w realizacji usługi. Usługa jest nadal realizowana od 1 lipca 2013 na rzecz państwa węgierskiego.

Kierownik ds. operacyjnych (2): Imię i nazwisko: Zoltan Varga

Posiadany przez pana Zoltana Vargę certyfikat "Certyfikat: Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOR", został wydany przez uprawniony podmiot, niezależny od Wykonawcy oraz potwierdza posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami. DEVELOR jest organizacją akredytowaną przez Węgierski Urząd ds. Szkoleń i Kształcenia Dorosłych.

Kierownik ds. operacyjnych (2): Imię i nazwisko - Istvan Veres. Pan Istvan Veres posiada ponad 3 lata doświadczenia zawodowego przy realizacji Usługi Elektronicznego Poboru Opłat, w węgierskim HU-GO Elektronicznym Systemie Poboru Opłat typu Free-flow, po stronie wykonawcy, na stanowisku zastępcy kierownika projektu - odpowiedzialnego za realizację całości Usługi Elektronicznego Poboru Opłat typu Free-flow, nieprzerwanie w okresie od dnia 1 lipca 2013 roku do lipca 2017 roku (funkcja jest wciąż pełniona w dniu składania niniejszego oświadczenia) oraz posiada certyfikat "Certyfikat: Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOR" wydany przez uprawniony podmiot, niezależny od Wykonawcy, potwierdzający posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami. Ekspert ds. utrzymania IT (6) Imię i nazwisko: Lajos Veress Posiadany przez pana Lajosa Veressa certyfikat „KPMG - BME Akademia Zarządzania Projektem - Kierownik Projektu II został wydany przez uprawniony podmiot, niezależny od Wykonawcy oraz potwierdza posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami. • Posiadany przez pana Lajosa Veressa certyfikat „KPMG - BME Akademia Zarządzania Projektem - Kierownik Projektu" jest nadal ważny. Certyfikat został wydany w grudniu 2003

Ekspert ds. utrzymania IT (6) Imię i nazwisko: Csaba Andrastyak •

Pan Csaba Andrastyak, wskazany do pełnienia funkcji Eksperta ds. utrzymania IT, posiada "Certyfikat: Szkolenie Metodologia Projektu DEVELOR", który został wydany przez uprawniony podmiot, niezależny od Wykonawcy oraz potwierdza posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/ zarządzania projektami. DEVELOR jest organizacją akredytowaną przez Węgierski Urząd ds. Szkoleń i Kształcenia Dorosłych.

Z prezentacji Zoltana Varga „Wprowadzenie HU-GO, węgierskiego elektronicznego systemu poboru opłat opartego na odległości” z października 2014 w Pradze wynika, że w styczniu 2013 zarejestrowanych OBU było 11 631 sztuk, a w styczniu 2014 - 73 469, pod wykresem na str. 10 prezentacji znajduje się informacja o ilości OBU 80 262, jednak nie można ustalić czego ta dana dotyczy, czy zarejestrowanych OBU na datę sporządzenia prezentacji, czy ilości dostarczonych i zarządzanych OBU

Z dokumentu roboczego służb Komisji oceny ex post dyrektywy 2004/52/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004r. w sprawie interoperacyjności systemów elektronicznych opłat drogowych we Wspólnocie (...) str. 20 wynika jedynie to, że Komisja dane ewaluacyjne dotyczące Zoltana Varga. Komisja jak wynika z dokumentu nie prowadziła ustaleń, co do ilości urządzeń OBU

Z prezentacji Zoltana Varga „Wprowadzenie HU-GO, węgierskiego elektronicznego systemu poboru opłat opartego na odległości” z lipca 2014 w San Diego p. Zoltan Varga podawał te same dane co do zarejestrowanych OBU, tak co do czasookresu jak i ilości, co w późniejszej prezentacji z października 2014r. w Pradze.

Z pisma Narodowego Poborcy Opłat Spółki Akcyjnej o Zamkniętym Akcjonariacie wynika, że spółka nie upublicznia informacji, o które pytał wnioskodawca, jednak udostępnia w rozbiciu rocznym żądane dane. Z danych tych wynika, że liczba OBU przypisanych do pojazdu w 2014 wyniosła 85 037szt, w 2015 114 307, w 2016 – 158 174, w 2017 – 177 862, a aktywnych będących w użyciu: w 2014 – 70 529, 2015-90 125, 2016 – 115 576, 2017 – 129 092.

Z zaświadczenia Ministra Rozwoju Narodowego Republiki Węgierskiej wynika, że na dzień 20 lutego 2017r. ilość urządzeń pokładowych (OBU) wydanych i zarządzanych przez firmę Nemzeti przekraczała 100 000szt.

Z oświadczeń Zastępcy Dyrektora naczelnego ds. kontaktów strategicznych oraz międzynarodowych i dyrektora ds. HR z podpisami poświadczonymi notarialnie wynika, że p. Lajos Veress i Zoltan Varga są pracownikami firmy Nemzeti.

Izba na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustaliła, że ilość wydanych i zarejestrowanych OBU już w 2015r. przekroczyła 100 000 sztuk i poziom ten utrzymywała na pewno do upływu terminu składania wniosków. Taki stan rzeczy wynika bowiem z załącznika

do pisma Nemzeti z dnia 16 sierpnia 2017r. oraz zaświadczenia wydanego przez Ministerstwo Rozwoju Narodowego. Jak wynika z wcześniejszych ustaleń Izby zamawiający nie postawił wymagania, co do ilości OBU w taki sposób, aby z tego wymagania wynikało jednoznacznie, że ilość ponad 100 000sztuk OBU miała być wydana w dacie rozpoczęcia świadczenia usługi i zarządzana w każdym dniu trwania umowy. W tym stanie rzeczy zgromadzony materiał dowodowy w ocenie Izby pozwalał na stwierdzenie, że przystępujący Nemzeti wykazał Usługę Udostępniania OBU w sposób wynikający z IdD, a zatem zamawiający prawidłowo nie wykluczył wykonawcy z postępowania. Izba ustaliła, że część osób mających realizować przedmiotowe zamówienie wskazanych przez wykonawcę Nemzeti posiada certyfikat Szkolenie Metodyka Projektu Develor, nie było kwestionowane przez odwołującego, że dokument jest wystawiany przez podmiot uprawniony, od wykonawcy niezależny. Z oświadczenia Nemzeti w JEDZ nie wynika, że szkolenie kończy się egzaminem, szkolenie natomiast dotyczy zakresu przedmiotowego wymaganego przez zamawiającego, czego również odwołujący nie kwestionował. W ocenie Izby z treści IdD nie da się wyprowadzić wymagania, aby nabycie wiedzy i umiejętności było potwierdzone zdaniem egzaminu. Samo zdanie egzaminu nie było zawarte w treści warunku, ani zamawiający nie wskazywał jako spełniającego jego wymagania certyfikatu który byłby wydawany po przeprowadzeniu egzaminu. W tym stanie rzeczy Izba oceniła, że odwołujący nie wykazał, że kwestionowane osoby nie posiadają certyfikatu wymaganego przez zamawiającego. Izba ustaliła także, że zgromadzony materiał dowodowy daje podstawę do przyjęcia, że p. Varga i p. Veress są pracownikami Nemzeti, tym samym nie są zasobem udostępnionym Nemzeti.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Art. 8 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Art. 8 ust. 2 ustawy - Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

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. 22 ust. 1 ustawy - O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu;
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Art. 22 ust. 1a ustawy - Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Art. 22 ust. 1b ustawy - Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

Art. 22a ust. 1 ustawy - Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Art. 22a ust. 2 ustawy - Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Art. 22a ust. 3 ustawy - Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 i ust. 5.

Art. 22a ust. 4 ustawy - W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Art. 22a ust. 6 ustawy - Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Art. 22d. ust. 1 ustawy - Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Art. 22d ust. 2 ustawy Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Art. 24 ust. 1 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) 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;

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

20) wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

Art. 24 ust. 8 ustawy - Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.

Art. 24 ust. 9 ustawy - Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Art. 25a ust. 1 ustawy - Do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

- 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.

Art. 25a ust. 2 ustawy - Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu.

Art. 25a ust. 3 ustawy - Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu:

- 1) składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
- 2) zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 1 – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Art. 25 a ust. 5 ustawy - Na żądanie zamawiającego, wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu:

- 1) składa jednolite dokumenty dotyczące podwykonawców, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
- 2) zamieszcza informacje o podwykonawcach w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 1, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Art. 25a ust. 6 ustawy - W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, jednolity dokument lub oświadczenie składa każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz brak podstaw wykluczenia w zakresie, w którym każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz brak podstaw wykluczenia.

Art. 25a ust. 7 ustawy - Wykonawca może wykorzystać w jednolitym dokumencie nadal aktualne informacje zawarte w innym jednolitym dokumencie złożonym w odrębnym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

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. 2 ustawy - Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Art. 26 ust. 2f. ustawy - Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

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. 26 ust. 4 ustawy - Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Art. 36b ust. 1 ustawy - Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców.

Art. 36b ust. 1a ustawy - W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach danych, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług.

Art. 36b ust. 1b ustawy Zamawiający może żądać informacji, o których mowa w ust. 1a, w przypadku zamówień na dostawy, usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, lub zamówień od dostawców uczestniczących w realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi.

Art. 36b ust. 2 ustawy - Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Art. 36ba. ust. 1 ustawy - Jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1, lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy.

Art. 36ba ust. 2 ustawy - Jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca obowiązany jest zastąpić tego podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 60e ust. 1 ustawy - Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie informuje uczestniczących w nim wykonawców.

Art. 179 ust. 1 ustawy - 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.

Art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Art. 190 ust. 7 ustawy - Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

Art. 191 ust. 1 ustawy - Przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom, a także jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona.

Art. 191 ust. 2 ustawy - Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Art. 192 ust. 1 ustawy - O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.

Art. 192 ust. 2 ustawy - Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Art. 192 ust. 3 ustawy - Uwzględniając odwołanie, Izba może:

1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta – nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego

Art. 192 ust. 7 ustawy - Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Na podstawie instrukcji wypełniania JEDZa Izba ustaliła, że:

Zgodnie z regulacjami art. 59 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz konkursów, w których wartość zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych podstawowym dokumentem stanowiącym wstępne potwierdzenie:

1) spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu

2) braku podstaw wykluczenia,

3) jak też spełnianie kryteriów selekcji (obiektywne zasady i kryteria ustalone przez zamawiającego na potrzeby ograniczenia liczby kwalifikujących się kandydatów)

jest oświadczenie własne wykonawcy zastępujące, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, dokumenty i zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie. Oświadczenie to zostało ustalone w drodze standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), którego wzór 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), zwane dalej: „rozporządzeniem JEDZ”. Rozporządzenie to ma moc bezpośrednio obowiązującą w państwie członkowskim i weszło w życie z dniem 18 kwietnia 2016 r. III. Podmioty składające JEDZ Regulacje dyrektyw, a w ślad za nimi nowelizacja ustawy Pzp, przewidują weryfikację podmiotową przy użyciu formularza JEDZ w odniesieniu do:

1) wykonawców

☐ w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia formularz JEDZ składa każdy z wykonawców (w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji wypełniony w zakresie, w jakim wykonawca wykazuje ich spełnianie);

2) podmiotów trzecich

☐ JEDZ podmiotu trzeciego składa wykonawca, jeżeli powołuje się na jego zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji;

☐ JEDZ powinien być wypełniony w zakresie, w jakim wykonawca korzysta z zasobów podmiotu trzeciego;

☐ JEDZ powinien dotyczyć także weryfikacji podstaw wykluczenia podmiotu trzeciego; ☐ dotyczy zarówno sytuacji, gdy podmiot trzeci nie będzie podwykonawcą w trakcie realizacji zamówienia, jak i sytuacji gdy takim podwykonawcą będzie;

3) podwykonawców

☐ dotyczy podwykonawców wskazanych przez wykonawcę, którym wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia;

☐ JEDZ powinien dotyczyć weryfikacji podstaw wykluczenia, jeżeli takie badanie zamawiający przewidział w ramach konkretnego postępowania;

☐ JEDZ podwykonawcy składa wykonawca, jeżeli zamawiający tego wymaga.

Wypełniony formularz JEDZ składa się:

☐ w trybach jednoetapowych – wraz z ofertą;

☐ w trybach wieloetapowych – wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

☐ w trybie zamówienia z wolnej ręki – przed zawarciem umowy.

W przypadku zamówień lub konkursów o wartości równej lub przekraczającej progi unijne wykonawcy zobowiązani są złożyć oświadczenie na standardowym formularzu JEDZ, zgodnie z formą określoną w rozporządzeniu JEDZ. Od dnia 18 kwietnia 2018 r. (a w przypadku zamawiającego centralnego od dnia 18 kwietnia 2017 r.) formularz JEDZ przekazywany będzie zamawiającemu wyłącznie w formie elektronicznej. Do tego czasu, zgodnie z art. 17 nowelizacji ustawy Pzp JEDZ może być składany w formie pisemnej albo w postaci elektronicznej.

Pod adresem: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter?lang=pl> dostępne jest elektroniczne narzędzie przygotowane przez KE, które może być wykorzystane od 18 kwietnia 2018 r. do realizacji obowiązku przekazywania JEDZ w formie elektronicznej, jak również pomocniczo, do tworzenia tego dokumentu w okresie przejściowym.

Zgodnie z dyrektywą JEDZ powinien zawierać co najmniej następujące informacje:

- ☐ oświadczenie wykonawcy, że w stosunku do niego nie zachodzą przesłanki (podstawy) wykluczenia;
- ☐ oświadczenie wykonawcy o spełnianiu przez niego warunków udziału w postępowaniu;
- ☐ oświadczenie wykonawcy o spełnianiu przez niego kryteriów selekcji służących do ograniczenia liczby wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu;
- ☐ określenie organu publicznego lub osoby trzeciej odpowiedzialnych za wystawienie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz w stosownych przypadkach spełnianie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji;
- ☐ formalne oświadczenie wykonawcy, z którego wynika, że wykonawca będzie w stanie na żądanie i bez zwłoki przedstawić dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji;
- ☐ informacje niezbędne w celu uzyskania przez zamawiającego dokumentów potwierdzających bezpośrednio za pomocą bazy danych (na warunkach określonych w art. 59 ust. 5 dyrektywy)

Rodzaj uczestnictwa - Każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wypełnia to pole w swoim formularzu, wskazując swoją rolę w grupie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie („konsorcjum”), nazwy pozostałych członków konsorcjum oraz ewentualną nazwę konsorcjum.

Wykonawca samodzielnie ubiegający się o zamówienie zaznacza odpowiedź „Nie” i pozostawia pozostałą część tej podsekcji niewypełnioną.

Zależność od innych podmiotów - Na mocy art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Jednocześnie, brzmienie art. 25a ust. 3 Pzp wskazuje na możliwość polegania na zasobach podmiotów trzecich również w celu potwierdzenia spełniania kryteriów selekcji.

Jeżeli wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w myśl art. 25a ust. 3 ustawy Pzp ma obowiązek przedstawić – dla każdego z podmiotów, których to dotyczy – odrębny formularz jednolitego dokumentu zawierający informacje wymagane w części II sekcje A (informacje na temat wykonawcy) i B (informacje na temat przedstawicieli wykonawcy), w

części III (podstawy wykluczenia) oraz w - zakresie w jakim korzysta z zasobów podmiotu trzeciego - w części IV (kryteria kwalifikacji) i części V (kryteria selekcji). Takie formularze powinny być wypełnione i podpisane przez te podmioty.

Powyższe dotyczy również wszystkich pracowników technicznych lub służb technicznych, czyli zasobów osobowych nienależących bezpośrednio do przedsiębiorstwa danego wykonawcy.

Nie dotyczy to jednak zasobów osobowych, którymi wykonawca dysponuje w sposób bezpośredni, tj. przypadków zaangażowania przez wykonawcę na podstawie różnych stosunków prawnych osoby fizycznej, niezależnie od tego, czy prowadzi działalność gospodarczą przy pomocy przedsiębiorstwa (zakładu pracy), czy też świadczącej usługę na podstawie m.in. umowy zlecenia, jeżeli osoba ta będzie wykonywała wyłącznie osobiście, uzgodnione z wykonawcą czynności związane z realizacją zamówienia publicznego, np. pełniła funkcję kierownika budowy. W takim bowiem przypadku mamy do czynienia z bezpośrednim dysponowaniem osobą zdolną do wykonania zamówienia, a nie powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego. O tej kwalifikacji rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą a taką osobą. □

O ile ma to znaczenie dla określonych zdolności, na których polega wykonawca, należy dołączyć – dla każdego z podmiotów, których to dotyczy – informacje wymagane w częściach IV (kryteria kwalifikacji) i V (kryteria selekcji).

W części C w zakresie weryfikacji :Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) nie zataił tych informacji; c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?

W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie wprowadzenia w błąd zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Ustawodawca przewidział w tym zakresie obligatoryjne przesłanki do wykluczenia z postępowania w art. 24 ust. 1 pkt 16-18 ustawy Pzp. Zgodnie z tymi przepisami zamawiający ma obowiązek wykluczyć z udziału w postępowaniu:

□ wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia

warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

☐ wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

☐ wykonawcę, który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Oświadczenia końcowe zawarte w tej części formularza mają istotne znaczenie dla oceny wykonawcy. Stanowią one niejako podsumowanie całej treści formularza i złożonych w nim oświadczeń. Dodatkowo złożenie tych szczegółowych, końcowych oświadczeń ma znaczenie z punktu widzenia odpowiedzialności podmiotów je składających za treść szczegółowych oświadczeń zawartych w formularzu. Jednocześnie też oświadczenia końcowe zwracają uwagę na konieczność korzystania przez zamawiającego z bezpłatnych, ogólnodostępnych baz danych oraz dotyczą wyrażenia zgody przez wykonawcę na możliwość korzystania przez zamawiającego z informacji zawartych w formularzu.

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 ocenie Izby z przedstawionego stanu prawnego oraz instrukcji wypełnienia JEDZa wynika, że po pierwsze ustawodawca krajowy dopuścił możliwość zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby, który podlega wykluczeniu lub nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu na żądanie zamawiającego innym podmiotem lub podmiotami lub aby wykonawca zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia. W ocenie Izby przepis art. 22a ust. 6 ustawy nie jest sprzeczny z zd. 4 i 5 artykułu 63 Dyrektywy 2014/24/WE, który stanowi, że instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia. Z przepisu dyrektywy bowiem nie wynika zakaz zastąpienia podmiotu udostępniającego

zasób innym podmiotem udostępniającym zasób. Wytyczna zatem TSUE wynikająca z powołanego przez odwołującego wyroku w sprawie ESAPROJEKT nie może być rozpatrywana rozszerzająco wykraczając poza stan faktyczny rozpoznawanej sprawy. TSUE wypowiedział się bowiem jednoznacznie i w ocenie Izby wyrok ten ma także odniesienie do interpretacji art. 63 aktualnie obowiązującej dyrektywy i dotyczy wyłącznie sytuacji, w której wykonawca w ofercie pierwotnie zobowiązał się do samodzielnego wykonania zamówienia jak również do samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu, a dopiero w skutek wezwania go do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów zmienia to oświadczenie, zmieniając jednocześnie sposób realizacji zamówienia od strony podmiotowej i składa oświadczenie o tym, że potencjał w tym konkretnym przypadku doświadczenia zawodowego będzie wykazywał i spełniał za pomocą podmiotu udostępniającego zasób. W ocenie Izby zatem orzeczenie TSUE nie ma zastosowania w odniesieniu do sytuacji, w której wykonawca od początku polega na zasobach innego podmiotu w zakresie wskazanym we wstępnym oświadczeniu i jedynie w tym zakresie dokonywana jest zmiana tego podmiotu na inny lub ten zakres przechodzi do samodzielnego wykazania przez wykonawcę. Według Izby orzeczenie TSUE koresponduje z poglądami Izby dotyczącymi zakresu podwykonawstwa. Biorąc pod uwagę, że Izba wyraża przekonanie, że zakres podwykonawstwa (oczywiście chodzi tu o części zamówienia wskazywane we wniosku czy ofercie, które wykonawca przeznacza do realizacji za pomocą podwykonawstwa, a nie o nazwy/firmy podwykonawców) stanowi o sposobie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i jako taki nie może ulegać zmianie po złożeniu wniosku czy oferty. Idąc dalej to art. 22a ust. 4 ustawy wskazuje, że określone zasoby wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przy zamówieniach na roboty budowlane lub usługi (a więc tak jak w niniejszym postępowaniu) mogą być realnie udostępnione tylko przez realizację ich przez podmioty udostępniające, a w konsekwencji art. 36b ust. 2 ustawy nakazuje zachowanie ciągłości spełniania warunków udziału w razie konieczności zmiany podwykonawcy. Tym samym przedmiotem oceny jest z jednej strony to, jak będzie wykonane zamówienie, a z drugiej czy potencjał udostępniony został udostępniony w sposób realny i czy ta realność została zachowana tak we wniosku czy ofercie, jak i na etapie wykonania zamówienia. W kwestiach sporny w niniejszym postępowaniu odwoławczym problem realności udostępnienia zasobu nie był podnoszony. W ocenie Izby zakres udostępnienia zasobów w odniesieniu do p. Botha i p. Youshi nie zmienił się – nadal jest to potencjał udostępniany przez inny podmiot, zaś co do p. Hopikinsa i innej wskazanej przez wykonawcę Leadville Investments osoby, to jest to zmiana potencjału na potencjał własny wykonawcy, co sam odwołujący w odwołaniu uważał za dopuszczalne. Izba analizując treść art. 26 ust. 3 ustawy, który odnosi się także do oświadczeń składanych w JEDZach wskazuje, że obecnie przepis ten nie zawiera już wskazania na jaką datę mają być aktualne oświadczenia uzupełniane lub poprawiane, nie

mniej jednak należy przyjąć, że skoro JEDZ powinien być złożony wraz z wnioskiem, to aktualność jego odnosi się do momentu składania wniosku. Jednakże Izba uważa także, że mimo rezygnacji ustawodawcy z określenia terminu aktualności oświadczeń w art. 26 ust. 3 ustawy, nadal prawidłowa jest interpretacja przepisu art. 26 ust. 3 ustawy obowiązująca na gruncie poprzedniego stanu prawnego, że dla oceny aktualności uzupełnienia na datę składania wniosków lub ofert nie jest istotna data wskazana na dokumencie składanym w wyniku uzupełnienia, ale okoliczności wynikające z tego dokumentu. W ocenie Izby jeśli odwołujący twierdził, że p. Youshi czy osoba podana przez Leadville Investments nie były zasobami Efkon AG i Leadville Investments w dacie składania wniosku przez konsorcjum SkyWays, to zgodnie z ciężarem dowodu wynikającym z art. 190 ust. 1 ustawy odwołujący tę tezę powinien wykazać. Brak jest w zgromadzonym materiale dowodowym dowodu na to, że w dacie 20 lutego 2017r. Efkon AG i Leadville Investments nie dysponowały osobami kierowanymi do wykonania zamówienia. Izba, co do zakresu stosowania wyroku ESAPROJEKT, w całości podziela i uznaje za własne stanowisko Izby zajęte w następujących orzeczeniach KIO 1380/17, KIO 1581/17, KIO 1661/17, KIO 1682/17, KIO 1755/17.

Izba dokonując analizy pojęć zastosowanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 wzięła pod uwagę, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 stanowi o winie umyślnej z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym oraz o rażącym niedbalstwie. Pojęcie rażącego niedbalstwa zostało wyjaśnione w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004r. sygn. akt IV CK 151/03 i wskazuje, że przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej. Natomiast lekkomyślność i niedbalstwo to stopnie winy nieumyślnej, przy czym przy lekkomyślności osoba musi mieć świadomość możliwości popełnienia czynu zabronionego, ale bezpodstawnie sądzić że jego popełnienia uniknie, zaś wedle tego samego orzeczenia Sądu Najwyższego przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo. Mając na uwadze te definicje i nakładając je na zgromadzony w niniejszej sprawie materiał dowodowy Izba doszła do przekonania, że pozwala on na przypisanie konsorcjum SkyWays jedynie niedbalstwa polegającego na niezwyfikowaniu z zachowaniem zasady ograniczonego zaufania i ostrożności kupieckiej informacji pochodzących od p. Spannagla, co do zajmowanych przez niego stanowisk w konkretnych projektach. Jak wynika z zeznań tego świadka świadek był przekonany, że jego czynności wykonywane w projektach mogą być kwalifikowane jako czynności zastępcy kierownika projektu, czy też mogą być analizowane w takiej perspektywie czasowej, w jakiej

zajmował się on danym projektem nie zależnie od ram czasowych poszczególnych umów, mimo tego że jednocześnie świadek wiedział, że inne konkretne osoby były powołane na stanowiska kierowników projektów, czy zastępców kierowników projektów, jak również wiedział kiedy takie stanowiska były w projektach tworzone i że wiązały się one z odpowiedzialnością menedżerską. Niezbadanie zatem czy p. Spannagl rzeczywiście te stanowiska sprawował odbiegało do należytej staranności profesjonalisty, który składa oświadczenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego pozwala na zakwalifikowanie zachowania konsorcjum SkyWays jako niedbałego. Natomiast w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, że zachowanie konsorcjum SkyWays naruszało minimalne standardy staranności, wykonawca działał w zaufaniu do innego profesjonalisty EFKON AG i zapewne liczył na to, że ten podmiot odpowiednie standardy zachował. Niewątpliwie jednak spełnione są przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 tak co do stopnia winy jak i co do faktu wprowadzenie w błąd zamawiającego oraz co do tego, że przekazane błędnie informacje miały wpływ na decyzję zamawiającego w zakresie oceny spełniania przez tego wykonawcę warunków postępowania. Tym samym w ocenie Izby ustalony stan faktyczny pozwalał Izba na jego subsumpcję pod normę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Izba wzięła także pod uwagę treść art. 24 ust. 8 ustawy i dokonała badania czy konsorcjum Skyways podjął działania w celu samooczyszczenia. Izba takich działań nie stwierdziła, a w ocenie Izby z art. 24 ust. 8 ustawy wynika, że to do wykonawcy należy inicjatywa dowodowa przedstawienia okoliczności zwalniających go z sankcji wykluczenia. Na moment wyrokowania taka inicjatywa nie była podjęta, a zatem w ocenie Izby brak było podstaw do zastosowania procedury z art. 24 ust. 9 ustawy i zamawiający nie zaniechał jej zastosowania. W konsekwencji w ocenie Izby koniecznym stało się nakazanie zamawiającemu wykluczenia konsorcjum SKYWAYS. W odniesieniu do tego wykonawcy w ocenie Izby nie ma podstaw do uznania, że złożone oświadczenia dotyczące spełniania warunku dysponowania kierownikiem ds. wdrożenia zawierały błędy czy były niekompletne, nadto wykonawca był już wzywany w tym zakresie do uzupełnienia dokumentów, a zamawiający sygnalizował Konsorcjum Skyways, że ma wątpliwości, co do rzeczywistego stanowiska p. Spannagla, tym bardziej zatem niezasadne było stanowisko przystępującego Skyways, że może skorzystać z dobrodziejstwa procedury z art. 26 ust. 3 ustawy. W ocenie Izby w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego procedura ta nie ma i nie może mieć zastosowania.

W zakresie pozostałych wykonawców w ocenie Izby nie można było na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego ustalić, że wykonawcy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż albo wykładnia przez odwołującego postawionych warunków nie znajdowała odzwierciedlenia w literalnej i jednoznacznej treści IdD, albo wymogi IdD z racji swej niejednoznaczności nie pozwalały na ustalenie rzeczywistej woli

zamawiającego w sposób, który pozwalałby na przyjęcie wykładni niekorzystnej dla wykonawcy, albo wreszcie przedstawione dowody wskazywały wprowadzić na możliwość niespełnienia warunku, ale nie udowadniały tej okoliczności ponad wszelką wątpliwość. Izba nie stwierdziła także na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, że wykonawcy Konsorcjum Comarch i Egis podały informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż obaj wykonawcy wykazali inicjatywę dowodową i przedstawili referencje potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zaś co do wykonawcy Konsorcjum S&T, to przedstawiony dowód przez odwołującego nie pozwalał na ustalenie, że dotyczy on całego projektu, a nie jest wyłącznie ograniczony do Stanu Nowy Jork, zatem nie można było ustalić ponad wszelką wątpliwość, że podane informacje wprowadziły zamawiającego w błąd i na dzień wyrokowania były niezgodne z rzeczywistością. Izba ustaliła także, że zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, że pomiędzy Comarch, a SkyToll doszło do niedozwolonego porozumienia wpływającego na konkurencję w niniejszym postępowaniu, co nie dawało Izbie podstaw do subsumpcji ustalonego stanu faktycznego pod normę art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy, a już na pewno zamawiający na podstawie tego materiału dowodowego jakim dysponował nie był w stanie istnienia takiego porozumienia wykazać.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Skoro zatem wykonawca konsorcjum SkyWays nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje nie były ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadały wartość gospodarczą i dlaczego, ani że podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności, to nie można było uznać, że doszło do wykazania zasadności zastrzeżenia, a w konsekwencji nie wykazano zaistnienia podstawy z art. 8 ust. 3 ustawy. Tym samym należało uznać, że zamawiający nie udostępniając informacji naruszył 8 ust. 1 ustawy.

Izba zważyła, co następuje:

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 postanowiła dopuścić wszystkich wykonawców zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego jako spełniających wymagania formalne, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba postanowiła oddalić wnioski zamawiającego i przystępujących Nemzeti, SkyToll, FBSerwis, S&T Serwis, Egis, Catterick o odrzucenie odwołania, w zakresie zarzutów dotyczących poszczególnych przystępujących oraz oddalić wnioski o pozostawienie zarzutów bez rozpoznania. Kwestie podstaw prawnych regulują następujące przepisy:

Art. 189 ust. 2 ustawy- Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się;
- 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;

Art. 182 ust.1 ustawy- Odwołanie wnosi się:

- 1) w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
- 2) w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 10 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Art. 189 ust. 2 ustawy- Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie:

- 1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
- 2) 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość

zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Art. 189 ust. 3 ustawy- Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się:

1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia;

2) w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Izba wzięła pod uwagę, że zakres kognicji Izby odnosi się do czynności zamawiającego dokonanych niezgodnie z przepisami ustawy lub zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy. Tym samym przedmiotem kognicji Izby nie są wyjaśnienia składane przez wykonawców, czy dokonane przez nich uzupełnienia, ale czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż tylko ta czynność jest objęta kognicją Izby. Niewątpliwie w niniejszej sprawie jedyną czynnością zamawiającego funkcjonującą na datę wnoszenia odwołania przez odwołującego w dniu 21 sierpnia 2017r. jest czynność poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o której powiadomił zamawiający w dniu 11 sierpnia 2017r. Wyłącznie z tego dokumentu odwołujący mógł się dowiedzieć o tym, jak zamawiający ocenił dokonane przez wykonawców uzupełnienia, które nastąpiły w wyniku wykonania przez zamawiającego wyroku Izby w sprawie sygn. akt KIO 888/17. Jak słusznie podnosił odwołujący poprzednia czynność zamawiającego oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu została przez zamawiającego unieważniona, podobnie jak czynności wezwania wykonawców do wyjaśnień i wezwania wykonawcy Nemzeti do uzupełnienia dokumentów. Tym samym fakt, że odwołujący posiadał jakąś wiedzę na datę 24 kwietnia 2017r., co do informacji przekazywanych przez poszczególnych wykonawców, w ocenie Izby nie może stanowić przeszkody dla oceny czy zamawiający prawidłowo ocenił nowe dokumenty jakie pojawiły się w postępowaniu w postaci uzupełnionych dokumentów JEDZ i czy dokonał w związku z tym prawidłowej oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału. To nie informacje przekazywane przez wykonawców otwierają odwołującemu prawo do wniesienia odwołania, ale zachowania zamawiającego, tym samym Izba stoi na że wszystkie czynności zamawiającego związane z pierwotną oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu zostały wyeliminowane z tego postępowania, a dokonanie nowej czynności otworzyło odwołującemu prawo do jej kwestionowania. Ponadto Izba może jedynie

odrzuć odwołanie w całości, natomiast ani zamawiający, ani przystępujący nie złożyli takiego wniosku i Izba ustaliła, że nie wszyscy przystępujący wnioski o odrzucenia odwołania złożyli. Takich wniosków, co do całości zarzutów dotyczących wniosku Comarch, Comarch nie składał, analogiczna sytuacja dotyczy SkyWays. Tym samym choćby już z tego względu odwołania nie można było odrzucić.

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. Izba w całości uznaje za własne stanowisko wyrażone przez Izbę w sprawie sygn.. akt KIO 888/17, według którego Izba zaznaczyła, 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.

Izba ponadto w niniejszym składzie zwraca uwagę, że na obecnym etapie postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego zamawiający nie podjął jeszcze decyzji jakie rozwiązanie – rozwiązania najbardziej spełniają jego potrzeby, tym samym odwołujący ma realny interes w tym, aby to jego rozwiązanie uznano na najbardziej spełniające potrzeby zamawiającego. Konieczność konkurowania z mniejszą liczbą konkurentów daje większą gwarancję na to, że rozwiązanie odwołującego zostanie wybrane, jak również na to, że odwołujący poniesie mniejsze koszty lub nie poniesie ich w ogóle w sytuacji, gdy nie będzie musiał uwzględniać rozwiązań zaakceptowanych przez zamawiającego zaproponowanych przez konkurentów. Nadto możliwość doboru rozwiązania przez zamawiającego z szerszej konkurencji może w skrajnym przypadku doprowadzić do braku możliwości złożenia oferty przez odwołującego, jeśli jego rozwiązania nie da się zmodyfikować w kierunku zaakceptowanym przez zamawiającego, albo jeżeli koszt takiego dostosowania realnie pozbawi go możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. W tym znaczeniu odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego 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 Egis Projects S.A. z siedzibą w Saint Quentin-en-Yvelines cedex, Egis Elektronie Toll Collection Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i TK Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
 - g) Konsorcjum złożonego z Nemzeti Gtdijfizetesi Szolgaltató Zrt (National Toll Payment Services Pic.) z siedzibą w Budapeszcie, Węgry oraz i-Cell Mobilsoft Zrt (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

Zarzut nie potwierdził się. Ustalony stan faktyczny nie dawał podstaw do przypisania wykonawcom, za wyjątkiem wykonawcy konsorcjum SkyWays, zachowań wpisujących się w normę art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, co oznacza, że odwołanie należało oddalić. W odniesieniu do wykonawcy Konsorcjum SkyWays Izba wprawdzie ustaliła, że wykonawca nie wykazał się potencjałem kadrowym w odniesieniu do osoby proponowanej na stanowisko Kierownika ds. Wdrożenia, jednakże biorąc pod uwagę, że w tym zakresie podano informacje potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a informacje te wprowadzały w błąd zamawiającego, ustalony stan faktyczny należało zakwalifikować pod normę art. 24 ust. 1 pkt 17, a nie pod normę art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców:

- a) 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;
- b) 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;

c) 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

d) Konsorcjum Egis Projects S.A. z siedzibą w Saint Quentin-en-Yvelines cedex, Egis Elektronie Toll Collection Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i TK Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

- pomimo, że wykonawcy ci w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełniają warunki udziału w postępowaniu

Zarzut nie potwierdził się. Ustalony stan faktyczny nie dawał podstaw do przypisania, któremukolwiek z wykonawców zachowań wpisujących się w normę art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, co oznacza, że odwołanie należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców;

a) 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;

b) 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 Signal Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach;

c) 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;

d) Konsorcjum Egis Projects S.A. z siedzibą w Saint Quentin-en-Yvelines cedex, Egis Elektronie Toll Collection Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i TK Telekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

- pomimo, że wykonawcy ci w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu

Zarzut potwierdził się w odniesieniu do oceny braku podstaw wykluczenia w odniesieniu do badania przez zamawiającego wniosku konsorcjum SkyWays. Wobec uznania przez Izbę, że zgromadzony materiał dowodowy i ustalony na jego podstawie stan faktyczny daje podstawę do przyjęcia, że Konsorcjum SkyWays działając niedbale wprowadziło w błąd zamawiającego co do tego, że w projektach austriackim system poboru opłat na

autostradach GO Maut, czeskim systemie poboru opłat od samochodów ciężarowych i białoruskim systemie poboru opłat od samochodów ciężarowych pan Peter Spannagl zajmował stanowisko zastępcy kierownika projektu oraz wprowadzili w błąd co do tego, że pan Peter Spannagl uzyskał 3 letnie doświadczenie zawodowe w ramach austriackiego systemu poboru opłat od samochodów ciężarowych „Ecopoints” na stanowisku kierownika projektu, to należało uznać, że zamawiający zaniechał zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w odniesieniu do tego wykonawcy, mimo że był do tego na podstawie ustawy zobowiązany. Należało zatem nakazać zamawiającemu dokonanie zaniechanej czynności na podstawie art. 192 ust. 3 pkt. 1 ustawy, co znalazło swoje odzwiedlenie w sentencji orzeczenia. W pozostałym zakresie ustalony stan faktyczny nie dawał podstaw do przypisania, któremukolwiek z wykonawców zachowań wpisujących się w normę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, co oznacza, że w pozostałym zakresie odwołanie należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców;

a) 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;

b) SkyToll a.s. z siedzibą w Bratysławie, Słowacja;

- pomimo, że wykonawcy ci zawarli pomiędzy sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu.

Zarzut nie potwierdził się. Zgromadzony materiał dowodowy i ustalony na jego podstawie stan faktyczny nie dawał podstaw do zastosowania przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy w odniesieniu do obu kwestionowanych wykonawców, tym samym Izba nie dopatrzyła się zaniechań w zachowaniu zamawiającego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 60d ust. 2 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie i zaproszenie do dialogu konkurencyjnego wykonawców, o których mowa w pkt 1) powyżej, pomimo że nie spełniają oni warunków udziału w postępowaniu;

Zarzut potwierdził się w odniesieniu do oceny braku podstaw wykluczenia w odniesieniu do badania przez zamawiającego wniosku konsorcjum SkyWays. Wobec uznania przez Izbę, że ustalony stan faktyczny pozwala na zastosowanie wobec tego wykonawcy normy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, to zamawiający w sposób niezgodny z art. 60d ust. 2 ustawy zaprosił tego wykonawcę do dialogu konkurencyjnego. W pozostałym zakresie Izba nie stwierdziła

zaistnienia okoliczności, które skutkowałyby uznaniem, że pozostali wykonawcy nie powinni być zaproszeni do dialogu konkurencyjnego, a zatem w tej części zarzut nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy przez ich niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji nieuzasadnione uznanie za skuteczne dokonanego przez wykonawcę, o którym mowa w pkt 1 lit. b) powyżej zastrzeżenia jako niepodlegających ujawnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i wskutek czego nieudostępnienie całości załączników do protokołu postępowania;

Zarzut potwierdził się, co do naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 ustawy w zakresie takim, jakim zamawiający utrzymał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum SkyWays dokonane w piśmie z dnia 20 lipca 2017r. w odniesieniu do danych osobowych personelu wskazanego w uzupełnionych oświadczeniach i dokumentach. Jak wynika ze gromadzonego materiału dowodowego konsorcjum SkyWays nie wykazało wszystkich przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tym samym zamawiający nie powinien był ocenić, że wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią jego tajemnicę, a tym samym zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania. Jednakże Izba oceniła stwierdzone naruszenie w kontekście art. 192 ust. 2 ustawy i stwierdziła, że odwołanie w tym zakresie należało oddalić, gdyż to naruszenie wobec stwierdzenia przez Izbę, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania nie ma i nie może mieć już istotnego wpływu na wynik tego postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego pozostałych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania

Zarzut nie został skutecznie postawiony, gdyż odwołujący nie skonkretyzował go tak w sferze faktycznej jak i prawnej zarzutu. Tym samym zarzut nie podlegał rozpoznaniu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy uwzględniając odwołanie.

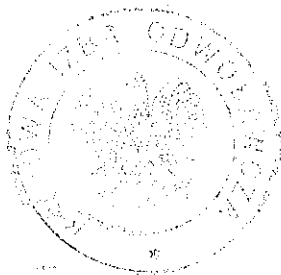
O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów uiszczonych wpisu.

Przewodniczący:

Agnieszka Tysiąc

Członkowie:

Adam K...
Renata...



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

Malgorzata Rakowska
Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej

Malgorzata Rakowska

