

Sygn. akt KIO/UZP 938/10

KIO/UZP 997/10

KIO/UZP 1035/10

WYROK
z dnia 7 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Ewa Sikorska
Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach **1 i 2 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **28 maja 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. IBM Polska Sp. z o.o., ul. 1 Sierpnia 8, 02-134 Warszawa,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Sanef S.A., 3. Egis Projects S.A., 4. Maribel Investments Sp. z o.o., 5. Cardus Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Autostrada Mazowsze S.A. (pełnomocnik), 2. Autostrade per l'Italia S.p.A., 3. Asseco Poland S.A., 4. Asseco Czech Republic a.s., 5. FELA Management AG, adres dla pełnomocnika: ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice,

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** protestów:

A. IBM Polska Sp. z o.o., ul. 1 Sierpnia 8, 02-134 Warszawa z dnia 30 kwietnia 2010 r.

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Sanef S.A., 3. Egis Projects S.A., 4. Maribel Investments Sp. z o.o., 5. Cardus Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa z dnia 6 maja 2010 r.

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Autostrada Mazowsze S.A. (pełnomocnik), 2. Autostrade per l'Italia S.p.A., 3. Asseco Poland S.A., 4. Asseco Czech Republic a.s., 5. FELA Management AG, adres dla pełnomocnika: ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice z dnia 5 maja 2010 r.

przy udziale:

- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Sanef S.A., 3. Egis Projects S.A., 4. Maribel Investments Sp. z o.o., 5. Cardus Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 938/10 oraz 1035/10 po stronie zamawiającego,

- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Autostrada Mazowsze S.A. (pełnomocnik), 2. Autostrade per l'Italia S.p.A., 3. Asseco Poland S.A., 3. Asseco Czech Republic a.s., 4. FELA Management AG, adres dla pełnomocnika: ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 938/10 oraz 997/10 po stronie zamawiającego

- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Sociedad Iberica de Construcciones Electricas S.A., 2. Iridium Concesiones de Infraestructuras S.A., 3. Sprint Sp. z o.o., adres do doręczeń: Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1035/10 po stronie zamawiającego,

- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. NDI S.A., 2. Siemens Sp. z o.o., 3. Affiliated Computer Services of Poland, 4. Intertoll-Europe Tanacsado Zartkruen Mukodo Reszvenytarsasag, Budapeszt, Fehervari ut 50-52, Węgry, adres do doręczeń: ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 997/10 oraz 1035/10 po stronie zamawiającego

orzeka:

1A. Oddala odwołanie wniesione przez IBM Polska Sp. z o.o., ul. 1 Sierpnia 8, 02-134 Warszawa

1B. Uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Sanef S.A., 3. Egis Projects S.A., 4. Maribel Investments Sp. z o.o., 5. Cardus Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa i nakazuje unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do dzieła w postępowaniu oraz dokonanie ponownej oceny wniosków z zastosowaniem art. 26 ust. 3 Pzp oraz nakazuje ujawnienie wniosków o dopuszczenie do dzieła w postępowaniu w części dotyczącej doświadczenia wykonawców

1C. Uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Autostrada Mazowsze S.A. (pełnomocnik), 2. Autostrade per l'Italia S.p.A., 3. Asseco Poland S.A., 4. Asseco Czech Republic a.s., 5. FELA Management AG, adres dla pełnomocnika: ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice i nakazuje unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do dzieła w postępowaniu oraz dokonanie ponownej oceny wniosków z zastosowaniem art. 26 ust. 3 Pzp oraz nakazuje ujawnienie wniosków o dopuszczenie do dzieła w postępowaniu w części dotyczącej doświadczenia wykonawców.

2. Kosztami postępowania obciąża:

- IBM Polska Sp. z o.o., ul. 1 Sierpnia 8, 02-134 Warszawa,

- Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **1 481 zł 33 gr** (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez **IBM Polska Sp. z o.o., ul. 1 Sierpnia 8, 02-134 Warszawa,**
 - B** koszty w wysokości **1 481 zł 33 gr** (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Sanef S.A., 3. Egis Projects S.A., 4. Maribel Investments Sp. z o.o., 5. Cardus Sp. z o.o.,
adres dla pełnomocnika: **ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa,**

C koszty w wysokości **1 481 zł 34 gr** (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści cztery grosze) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Autostrada Mazowsze S.A. (pełnomocnik), 2. Autostrade per l'Italia S.p.A., 3. Asseco Poland S.A., 4. Asseco Czech Republic a.s., 5. FELA Management AG,** adres dla pełnomocnika: **ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice,**

2) dokonać wpłaty kwoty **10 162 zł 67 gr** (słownie: dziesięć tysięcy sto sześćdziesiąt dwa złote sześćdziesiąt siedem groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A. kwoty **5 081 zł 33 gr** (słownie: pięć tysięcy osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) przez **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Sanef S.A., 3. Egis Projects S.A., 4. Maribel Investments Sp. z o.o., 5. Cardus Sp. z o.o.,** adres dla pełnomocnika: **ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwoty **5 081 zł 34 gr** (słownie: pięć tysięcy osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści cztery grosze) przez **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Autostrada Mazowsze S.A. (pełnomocnik), 2. Autostrade per l'Italia S.p.A., 3. Asseco Poland S.A., 4. Asseco Czech Republic a.s., 5. FELA Management AG,** adres dla pełnomocnika: **ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

3) dokonać zwrotu kwoty **40 556 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

- A** kwoty **13 518 zł 67 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **IBM Polska Sp. z o.o., ul. 1 Sierpnia 8, 02-134 Warszawa,**
- B** kwoty **13 518 zł 67 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Sanef S.A., 3. Egis Projects S.A., 4. Maribel Investments Sp. z o.o., 5. Cardus Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa**
- C** kwoty **13 518 zł 66 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt sześć groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Autostrada Mazowsze S.A. (pełnomocnik), 2. Autostrade per l'Italia S.p.A., 3. Asseco Poland S.A., 4. Asseco Czech Republic a.s., 5. FELA Management AG, adres dla pełnomocnika: ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice.**

U z a s a d n i e

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, *którego* przedmiotem jest Krajowy System Poboru Opłat, w tym czynności związane z poborem Opłaty Elektronicznej.

Ogłoszenie zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 grudnia 2009r. pod numerem 2009/S 250-360576.

Pismem z 20 kwietnia 2010 r. zamawiający poinformował o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dokonana przez zamawiającego ocena stała się przedmiotem odwołań skierowanych przez Prezesa Izby do łącznego rozpoznania, a wniesionych przez:

- I. IBM Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, sygn. akt KIO/UZP 938/10;
- II. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alcatel - Lucent Polska Sp. z o.o., Sanef SA, Egis Projects SA, Mirabel Investments Sp. z o.o., Cardus Sp. z o.o., zwanych dalej „Konsorcjum Alcatel” sygn. akt KIO/UZP 997/10;
- III. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Autostrada Mazowsze

SA, Autostradę per l'Italia S.p.A. Asseco Poland SA, Asseco Czech Republic a.s., FELA Management AG, zwanych dalej: „Konsorcjum AMSA” sygn. akt KIO/UZP 1035/10.

Sygn. akt KIO/UZP 938/10:

W proteście wniesionym 30 kwietnia 2010 r. IBM Polska Sp. z o. o. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2a oraz art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez uznanie, że wykonawca nie dysponuje odpowiednio wykwalifikowaną osobą na stanowisko Eksperta Kluczowego - Zastępcy Kierownika Projektu, a w konsekwencji - wykluczenie go z postępowania. W uzasadnieniu wskazał, że Pan Krzysztof Litwin nabył doświadczenie wymagane na stanowisko Kluczowego Eksperta Zastępcy Kierownika Projektu przy inwestycji „Zintegrowany system zarządzania ruchem i poboru opłat Attiki Odos” obejmujący kompleksowe rozwiązanie w skład którego wchodził elektroniczny system poboru opłat w technologii DSRC spełniający wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w definicji systemu „free - flow”.

Konsorcjum Alcatel i Konsorcjum AMSA przystąpiły do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu z zachowaniem przesłanek ustawowych wskazanych. Przystępujący wnieśli o oddalenie protestu.

7 maja 2010 r. zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że treść ogłoszenia o zamówieniu została ukształtowana po ostatecznym rozstrzygnięciu sześciu protestów, a definicja pojęcia „free flow” nie była kwestionowana. Zamawiający uznał, że zarzuty protestu kontestują treść ogłoszenia i zmierzają do zdeformowania warunków udziału w sposób odpowiadający wyłącznie jednemu wykonawcy, zatem nie powinny być uwzględnione z raju uchybienia ustawowego terminu na wnoszenie protestu wobec treści ogłoszenia. Wywiódł, że skoro, ani inni wykonawcy, ani protestujący nie podnosili zastrzeżeń co do definicji „free-flow”, a inni wykonawcy przedstawili Ekspertów Kluczowych – Zastępców Kierowników Projektu legitymujących się doświadczeniem w zakresie systemu typu „free-flow”, to uznanie, że protestujący spełniła warunki udziału prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). Zamawiający podniósł, że protestujący był dwukrotnie wzywany w związku z wykazaniem doświadczenia osoby przewidzianej na stanowisko Eksperta Kluczowego - Zastępcy Kierownika Projektu, a dokument przedstawiony w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp potwierdza, że projekt Attiki - Odos nie jest systemem *bez* miejsc poboru opłat, a więc nie mieści się definicji „free-flow”. Zamawiający stwierdził, że z ogłoszenia wykonawcy dowiedzieli się, iż przez określenie „free-flow” - dla celów ogłoszenia - należało rozumieć elektroniczny system poboru opłat *bez* Miejsc Poboru Opłat [...]. Użyte sformułowanie przesądzało, że nie będzie spełniać warunków ogłoszenia system z współistniejącymi miejscami poboru opłat, niezależnie od tego, czy miejsca poboru opłat

byłyby funkcjonalnie powiązane z takim systemem, czy też nie. Zamawiający wywiódł, że wymóg doświadczenia zgodnego z definicją „free-flow” został uwzględniony w warunkach udziału w postępowaniu z uwagi na obiektywne potrzeby zamawiającego, uwzględniające między innymi: sieć dróg, na których polski system poboru opłat będzie wdrażany oraz wyzwania techniczne i operacyjne cechujące elektroniczne systemy poboru opłat bez miejsc poboru opłat. Odnosząc się do tego pierwszego aspektu, zauważył, że elektroniczny system poboru opłat w Polsce będzie obejmować drogi ekspresowe oraz drogi krajowe, na których to drogach miejsca poboru opłat *nie* istnieją i nie są planowane, zatem za bardziej odpowiadające potrzebom zamawiającego należało uznać rozwiązanie bez miejsc poboru opłat, jako rozwiązanie, które w istotnie mniejszym stopniu może spowalniać prędkości pojazdów lekkich na miejscach wjazdu a drogę płatną.

Z kolei nawiązując do technicznych oraz operacyjnych charakterystyk elektronicznych systemów bez miejsc poboru opłat wskazał, że w elektronicznych systemach poboru opłat, w których funkcjonują miejsca poboru opłat pojazdy zbliżające się do takich miejsc wprawdzie zwalniają, a następnie kierują się, już z mniejszą prędkością, na właściwe pasy poboru opłat, co skutkuje istotnymi rozbieżnościami w zakresie wdrożenia, a następnie zarządzania systemami.

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem protestu IBM Polska Sp. z o. o. wniósł odwołanie 17 maja 2010 r. i tego dnia przekazał zamawiającemu kopię odwołania. Odwołujący się podniósł zarzut naruszenia art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania. Podtrzymał stanowisko zawarte w proteście i wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego się z postępowania, uznania, iż odwołujący się wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaproszenie odwołującego się do złożenia oferty.

Odwołujący wywiódł, że protest nie zawierał zarzutu braku jednoznaczności treści ogłoszenia o zamówieniu, wezwania dokonane przez zamawiającego, na które odwołujący odpowiedział nie zawierały informacji o ewentualnym wykluczeniu. Podniósł, że zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz stanowiskiem doktryny i orzecznictwa występuje stan związania treścią dokumentów postępowania, tymczasem zamawiający odstąpił od podanej przez siebie definicji systemu *free flow*, zgodnie z którą system typu „free-flow” jest systemem, który:

- a. jest systemem elektronicznym bez Miejsc Poboru Opłat i działa w technologii GNSS (pozycjonowania satelitarnego Global Navigation Satellite System) lub
- b. jest systemem elektronicznym i działa w technologii DSRC (systemu mikrofalowego Dedicated Short Range Communication).

Dodał nadto, że zamawiający nie podał definicji pojęcia: „Miejsce Poboru Opłat” – dlatego należy przyjąć zwykle rozumienie tego pojęcia jako miejsce, w którym dokonuje się poboru opłaty, czyli kierowca fizycznie uiszcza cenę za przejazd .(miejsce spełnienia świadczenia pieniężnego). Wywiódł, że zamawiający dopuścił technologię systemu mikrofalowego Dedicated Short Range Communication (DSRC) wymagającą umiejscowienia urządzeń DSRC przy wjeździe na odcinek drogi, po którym przejazd podlega opłacie. Miejsca, w których zostały umieszczone urządzenia DSRC, nie są jednak Miejscami Poboru Opłat.

Odwołujący się podniósł, że nawet przy założeniu, iż zamawiający dla obu technologii wymagał, by była ona stosowana „bez Miejsc Poboru Opłat” - spełnia wymagania. Zarzucił, że stanowisko zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu kreuje nowe wymagania, nie zawarte w ogłoszeniu, w którym zamawiający nie wyłączył systemu z współistniejącymi miejscami poboru opłat, niezależnie od tego, czy miejsca poboru opłat byłyby funkcjonalnie powiązane z takim systemem, czy też nie, a ponadto faktycznie wyłącza możliwość wykazania doświadczenia w oparciu o system działający w technologii DSRC, wbrew treści ogłoszenia. Odwołujący się wskazał nadto, że zamawiający nie wykluczył możliwości powołania się na rozwiązanie, które zawiera w sobie równolegle zastosowane systemy manualny, elektroniczny oraz „free-flow”.

Podkreślił iż rozwiązanie zastosowane w Attiki Odos składa się z odrębnych pasów „free-flow” z technologią DSRC i odrębnych pasów z punktami poboru - opłat manualnego i elektronicznego nie będącego typem „free-flow” - i jest technologicznie trudniejsze do wykonania, co powinno podwyższyć ocenę doświadczenia Pana Marka L, a nie prowadzić do wykluczenia odwołującego się postępowania. Odwołujący się podniósł, że zamawiający uznał za wystarczające wykonanie spornego systemu Attiki Odos dla wykazania doświadczenia wykonawcy, ale jednocześnie uznaje, że człowiek który był odpowiedzialny za wykonanie tego systemu nie posiada doświadczenia, żeby wykonać przedmiot zamówienia.

Do postępowania odwoławczego przysięcia zgłosiły Konsorcja: Alcatel i AMSA, które uprzednio zgłosiły przystąpienia do postępowań toczących się w wyniku wniesienia protestu.

Sygn. Akt KIO/UZP 997/10:

Konsorcjum Alcatel w proteście i odwołaniu zarzuciło zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3, art. 51 ust. 1 Pzp, w szczególności przez nierówne traktowanie wykonawców i uznanie wykonawców za spełniających warunki udziału w postępowaniu i nie podlegających wykluczeniu z postępowania oraz innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymienionych lub wynikających z uzasadnienia protestu. Odwołujący się wskazał, że działania zamawiającego uniemożliwiają mu ubieganie

się o udzielenie zamówienia z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż zamawiający w sposób błędny dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez:

- I. Konsorcjum NDI;
- II. Konsorcjum SICE;
- III. Konsorcjum AMSA;
- IV. Konsorcjum Kapsch.

Odwołujący się wniósł o dokonanie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczenie tych wykonawców lub wezwanie ich do uzupełnienia dokumentów, stosownie do poszczególnych zarzutów i żądań sformułowanych w uzasadnieniu protestu oraz o ujawnienie pełnej treści wszystkich wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami, tj. odtajnienie informacji objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, i w konsekwencji udostępnienie tych informacji protestującemu.

W uzasadnieniu odwołujący się przywołał postanowienie zawarte w sekcji III.2.1.b. ogłoszenia - Wiedza i doświadczenie wykonawcy, w którym zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu : żądając, aby wykonawca wykazał się: - wdrożeniem i eksploatacją lub Kontynuacją eksploatacji, lub Zakończeniem w ciągu 3 ostatnich lat eksploatacji systemu. Wywiódł, że elementem koniecznym do wykazania spełnienia warunku jest eksploatacja, samo wdrożenie nie będzie odpowiadać wymaganiom. Zamawiający wymagał również, aby wykazywany system *free flow* elektronicznego poboru opłat (lub systemy) powinien być zdolny do spełnienia co najmniej następujących wymienionych pięciu parametrów:

Podniósł, że Konsorcja NDI i SICE nie spełniają warunków udziału w postępowaniu gdyż:

Ad. I w odniesieniu do Konsorcjum NDI

1. Projekty wykonane na rzecz

A. Skytoll as Apollo Bussines centre 1 prievozska 2/a, 821 09 bratysława,slovack;

B. Fjellinjen as St. Olas gt. 28, 0166 oslo

C. Transport of London

D. New Jersey Turnpikc Authority

Nie spełniają łącznie warunków udziału w postępowaniu w zakresie parametrów: 1) – 5), które w ocenie odwołującego się winny być spełnione łącznie. W ocenie odwołującego jedynie w odniesieniu do Parametru (4) możliwe jest wykazanie wykonywania czynności kontrolnych polegających na prowadzeniu stałych punktów kontrolnych oraz wykonywania czynności przy użyciu wyposażonych jednostek mobilnych w osobnych kontraktach.

Odwołujący się podkreślił, iż nawet w przypadku uznania, że poszczególne parametry systemu nie muszą być spełnione łącznie w ramach jednego projektu, Konsorcjum NDI nie

wykazało się wymaganym doświadczeniem, z uwagi na fakt, iż projekty a, b, c, d nie potwierdzają spełnienia parametru (4) w zakresie czynności kontrolnych realizowanych poprzez jednostki mobilne.

Odwołujący się podniósł, że mimo, iż „czynności kontrolne” mogą być wykonywane przez podmiot trzeci (np. Policję), to referencje powinny być wystawiona podmiotom eksploatującym te autostrady. W konsekwencji Konsorcjum NDI nie powinno posługiwać się rerefencjami wydanymi dla Raytheon htms gdyż podmiot ten nie eksploatował i nie eksploatuje autostrad.

Odwołujący się zarzucił, iż zamawiający nieprawidłowo ocenił pełnomocnictwo udzielone W. K i M. K - udzielone łącznie tym dwóm osobom. Na jego podstawie pełnomocnicy muszą działać łącznie i wniosek podpisany tylko przez jedną z tych osób jest złożony nieprawidłowo.

Ad II. W odniesieniu do Konsorcjum SICE

Konsorcjum SICE przedstawiło projekty:

- A. Projekt Eastlink Melbourne (Australia);
- B.: Autopista Central, Santiago de Chile;
- C. Vespucio Norte, Santiago de Chile;
- D. San Cristobal tunnel, Santiago de Chile;
- E. Projekt 407 ERT; Kanada;
- F. Projekt: Israeli Highway;

Odwołujący się zarzucił, że w odniesieniu do projektów wykazanych pod lit. B i C nie zostały przedstawione żadne dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień, nadto zamawiający oparł ich ocenę o nieprawdziwe informacje zawarte w karcie projektu mówiące, iż koncesjonariuszem tej autostrady była firma Iridium, która w rzeczywistości była jedynie 48% udziałowcem koncesjonariusza.

W odniesieniu do projektów A i D, odwołujący się zarzucił, że w żadnym z ww. projektów żaden podmiot, którego referencjami posługiwało się konsorcjum nie wykonywał eksploatacji systemów we wskazanych projektach. Dodatkowo w przypadku projektu D. informacja zawarta we wniosku, iż Iridium jest koncesjonariuszem tej autostrady jest nieprawdziwa - Iridium jest jedynie 50% udziałowcem koncesjonariusza.

W odniesieniu do projektów: E) i F) odwołujący się zarzucił, że nie obejmują one żadnej z trzech funkcji: wdrożenia i eksploatacji lub kontynuowania eksploatacji lub zakończenia eksploatacji w ciągu ostatnich 3 lat. Podniósł również, że Konsorcjum SICE posłużyło się tu dokumentami firmy Raytheon htms, która dostarczyła elektroniczny system poboru opłat i wyposażyła 4 radiowozy w przenośne czytniki transponderowe, a która nie eksploatuje tej autostrady.. Dostarczenie elektronicznego systemu poboru opłat i wyposażenie 4 radiowozów w przenośne czytniki transponderowe może, co najwyżej być powiązane z pojęciem „wdrożenia” a nie „eksploatacji”. W tym punkcie odwołujący się wywodził, jak w części dotyczącej Konsorcjum NDI.

Ad III. w odniesieniu do konsorcjum AMSA.

Odwołujący się stwierdził, że we Włoszech są wydawane dokumenty potwierdzające nie zaleganie z płatnością podatków,- nie zaleganie ze składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Pomimo to, Konsorcjum AMSA - nie złożyło dokumentów dla spółki Autostrada per l'Italia Sp. a. w powyższym zakresie, zastępujące je oświadczeniem złożonym przed notariuszem. Ponadto, zdaniem odwołującego, przedstawiciel firmy Autostrada per l'Italia złożył nieprawdziwe oświadczenie, że spółka ta nie posiada zaległości podatkowych., gdyż z uzupełnionego zaświadczenia wynika jednoznacznie, że na dzień 5 marca 2010r. spółka posiadała zaległości podatkowe.

W odniesieniu do spółki FELA Management AG stwierdził, że oświadczenie złożone przed notariuszem winno być składane wyłącznie wobec ustalenia, że w Szwajcarii nie są wydawane dokumenty urzędowe potwierdzające, że nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości, nie zalega z płatnością podatków, opłat i składek zdrowotnych oraz ubezpieczeniowych, nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, a nadto poświadczenie wyłącznie podpisóV. jest niewystarczające.

Ad. IV. w odniesieniu do Konsorcjum Kapsch;

Odwołujący się podniósł, że w Austrii są wydawane zaświadczenia potwierdzające, że nie otwarto likwidacji danego podmiotu ani nie ogłoszono upadłości. Ww. Dokumenty to „potwierdzenia urzędowe” wydawane przez Sądy Krajowe

V. Odwołujący się zarzucił również, że zamawiający powinien udostępnić wszelkie dokumenty dotyczące wykonania kontraktów publicznych oraz osób wskazanych we wnioskach, gdyż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa. Przede wszystkim zamawiający w nieprawidłowy sposób stwierdził, że skoro podmioty te oświadczyły, że informacje dotyczące wykonania kontraktów publicznych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to znaczy, że tak jest. Zamawiający powinien być bardziej krytyczny i powinien badać w każdym przypadku, czy dany kontrakt, który został utajniony w wykazie - stanowi zamówienie publiczne. Podstawową zasadą wynikającą z dyrektywy 2004/18/we parlamentu europejskiego i rady z dnia 31 marca 2004 r. W sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dyrektywy „klasycznej”) implementowaną do ustawy jest zasada przejrzystości - „instytucje zamawiające zapewniają równe i nie dyskryminacyjne traktowanie podmiotów gospodarczych oraz działają w sposób przejrzysty.”. Zasady przejrzystości oraz jawności umów w zamówieniach publicznych nie obowiązują wyłącznie na terenie unii europejskiej, ale również w innych krajach. Oświadczenia niektórych podmiotów w niniejszym postępowaniu -dysponujących referencjami i dokumentami, które w sposób wątpliwy potwierdzają wykonanie poszczególnych zamówień - powinny być traktowane przez zamawiającego w sposób bardziej krytyczny, a ujawnienie ich jest w niniejszej sytuacji

obowiązkiem zamawiającego. Całkowicie niezrozumiale jest utajnianie zestawień tabelarycznych, dotyczących wykonanych projektów, z których każdy ze swej istoty musi mieć charakter kontraktu w zakresie zamówień publicznych. Należy podkreślić, że podmioty poprzez utajnienie swoich dokumentów dotyczących doświadczenia -uniemożliwiają weryfikację swojej zdolności do wykonania zamówienia i naruszają w sposób rażący zasadę jawności postępowania.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych odpowiednio protest 6 maja 2010 r., odwołanie 24 maja 2010 r. (wpływ bezpośredni).

Zamawiający 14 maja 2010 r. oddalił protest, powołując następującą argumentację:.

Ad. I. w odniesieniu do Konsorcjum NDI.

Zamawiający uznał, że treści pełnomocnictwa udzielonego Panom Wojciechowi K oraz Marcinowi K nie wynika, że jest to pełnomocnictwo łączne, a zatem zgodnie z przepisem art. 107 k. c należy uznać, że każdy z pełnomocników mógł działać samodzielnie.

Zamawiający uznał, że Konsorcjum posiada wymagane doświadczenie oraz wykazało je w sposób prawidłowy. Wywiódł, że nie wymagał, aby wymagania (1) - (5) były spełnione łącznie dla każdego projektu oddzielnie. Zgodnie bowiem z ogłoszeniem "wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą wykazać się wiedzą i doświadczeniem w zakresie wyżej wymienionych poszczególnych elementów systemu, uzyskanym w kilku kontraktach". Wykazane w (1) - (5) żądane parametry należy rozumieć jako "poszczególne elementy systemu".

Zamawiający stwierdził, że w postanowieniu ogłoszenia dotyczącego czynności kontrolnych polegających na prowadzeniu stałych punktów kontrolnych oraz wykonywaniu czynności przy użyciu wyposażonych jednostek mobilnych dopuścił prowadzenie takich czynności przez inne podmioty, np. policję. Zatem nie było konieczne, aby czynności kontrolne przy użyciu jednostek mobilnych były wykonywane przez wykonawcę, lecz aby takie jednostki mobilne sprawnie funkcjonowały, w tym były wyposażone w sprzęt umożliwiający właściwy przekaz.

Zamawiający podniósł, że nie wymagał od wykonawców przedstawienia listów referencyjnych potwierdzających spełnianie parametrów, a jedynie - zgodnie z przepisami Pzp oraz rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.,) - zwane dalej rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów - aby były dołączone dokumenty potwierdzające, że usługi zostały należycie wykonane oraz, aby informacje zawarte w wykazie usług oraz dokumentach

potwierdzających ich należyte wykonanie potwierdzały spełnienie warunków określonych w ogłoszeniu.

Ad. II w odniesieniu do Konsorcjum SICE

Odnosnie pkt A zamawiający stwierdził, że SICE jednorazowo wdrożył (zaprojektował i zainstalował "pod klucz" maj 2005 - czerwiec 2008) system elektronicznego poboru opłat free-flow na autostradzie miejskiej w Melbourne. System spełnia wymagania wyspecyfikowane w podpunktach (1) - (3) i (5). Konsorcjum SICE wskazało w przystąpieniu do protestu, iż jego zdaniem pojęcie eksploatacji nie jest równoważne z pojęciem operatora, a w ramach ww. projektu świadczyło usługi gwarancyjne oraz usługi asysty i usługi serwisowe, składające się łącznie na czynności eksploatacji systemu. Zamawiający uznał przedstawione wyjaśnienia. Załączone dokumenty potwierdzają należyte wykonanie usługi.

Odnosnie pkt B zamawiający ponowił stanowisko dotyczące przedstawiana listów referencyjnych. Ponadto powołała, że z karty projektu wynika że koncesjonariuszem autostrady była firma Iridium, a umowa koncesji obejmowała zaprojektowanie, budowę, sfinansowanie, utrzymanie, administrację oraz nadzór autostrady co należy interpretować między innymi jako wdrożenie i eksploatację systemu poboru elektronicznego na autostradzie. Firma Iridium eksploatowała system do roku 2008 - zakończyła w ciągu ostatnich 3 lat eksploatację systemu elektronicznego poboru opłat typu free-flow. System spełnia wszystkie wymagane przez zamawiającego parametry, stąd też nawet w przypadku potwierdzenia się zarzutów konsorcjum Alcatel dotyczących innych projektów, należy uznać, że Konsorcjum SICE spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący systemu free-flow.

Odnosnie pkt C i D zamawiający powtórzył argumentację dotyczącą braku wymagania co do treści listów referencyjnych w pkt C. Z karty projektu wynika, że wykonawca utrzymuje i zarządza odpowiednio autostradą i tunelem, co należy interpretować jako kontynuację eksploatacji drogi płatnej. Autostrada i tunel korzystają z systemu poboru w technologii free-flow. Nawet jednak w przypadku potwierdzenia się tezy odwołującego, że Iridium jest jedynie akcjonariuszem koncesjonariusza, kwestia ta nie ma większego znaczenia dla rozstrzygnięcia protestu, bowiem nawet w przypadku nieuwzględnienia tego projektu pozostałe projekty są wystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie zarzutów dotyczących projektu opisanego w punkcie E i F Zamawiający wskazał, iż dopuszczał, aby czynności kontrolne przy użyciu wyposażonych jednostek kontrolnych były wykonywane przez inne podmioty. W konsekwencji wykonawcy nie musieli wykazywać, kto i na jakiej podstawie wykonuje czynności kontrolne, wystarczające było wykazanie, że system miał zdolność do przeprowadzania czynności kontrolnych przy pomocy wyposażonych przez wykonawcę jednostek mobilnych. Parametry wykazane przez projekt

lit. E w połączeniu z parametrami projektu Eastlink Melbourne spełniają łącznie wszystkie wymagane przez zamawiającego parametry systemu free-flow.

Ad. III w odniesieniu do Konsorcjum AMSA

Zamawiający uznał, iż zarzuty protestu w tym zakresie się nie potwierdziły. Przepis § 4.3. Rozporządzenia nie określa żadnej konkretnej formy takiego oświadczenia, dlatego też należy uznać, że oświadczenie złożone przez przedstawicieli spółki Fela Management A.G, z którego wynika, że podpis na oświadczeniu został złożony w obecności notariusza, który ten podpis poświadczył, spełnia wymogi rozporządzenia.

Zamawiający stwierdził również, że odwołujący się nie udowodnił także, że w Szwajcarii wydaje się dokumenty urzędowe, które powinny być przedstawione przez Fela Management AG zamiast oświadczenia złożonego przed notariuszem. Obowiązek dowodowy w tym zakresie spoczywa na odwołującym się na podstawie art. 6 kc w związku z art. 14 Pzp.

Zamawiający uznał, że z zaświadczenia przedstawionego dla spółki Autostrada per l'Italia wynika jednoznacznie, że nie występują „ostatecznie stwierdzone naruszenia obowiązków dotyczących zapłaty podatków” oraz, że stwierdzone naruszenia „nie wpływają na niezaleganie z zapłatą podatków”. Sam fakt trwania postępowań dotyczących zapłaty podatku nie oznacza, że postępowania te zostaną zakończone ustaleniem występowania zaległości.

Ad. IV. w odniesieniu do Konsorcjum Kapsch

Zamawiający uznała, że oświadczenie potwierdzające, że nie otwarto likwidacji danego podmiotu ani nie ogłoszono upadłości. złożone przez przedstawicieli spółki Kapsch TrafficCom AG, z którego wynika, że podpis na oświadczeniu został złożony w obecności notariusza, który ten podpis poświadczył, spełnia wymogi rozporządzenia.

Ad. V. Zamawiający oświadczył, że w dniu 6 maja br. Zwrócił się do wykonawców, którzy zastrzegli część informacji zawartych w złożonych wnioskach jako tajemnica przedsiębiorstwa, o dodatkowe wyjaśnienia dotyczące charakteru tych informacji. Do dnia rozstrzygnięcia protestu nie wszyscy wykonawcy udzielili odpowiedzi, w związku z tym zamawiający nie podjął dotychczas, aż do dzisiejszego dnia, decyzji w sprawie ujawnienia całości wniosków złożonych przez wykonawców. Chociażby z tych względów protest w tym zakresie należało uznać za przedwczesny, jednakże zamawiający w dniu dzisiejszym podjął decyzję o częściowym udostępnieniu dokumentów. Zamawiający, w oparciu o art. 8 ust.3 Pzp oraz posiłkując się wskazówkami zawartymi w wyroku kio z 5 września 2008r. KIO/UZP 874/08, zajął stanowisko, że informacje o osobach, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach, stanowić mogą tajemnicę

przedsiębiorstwa, która w przypadku zastrzeżenia jej poufności przy składaniu wniosków nie może zostać ujawniona przez zamawiającego. Odnośnie kart projektów, referencji dotyczących wykonanych usług oraz zobowiązań osób trzecich, tj. dokumentów dotyczących potencjału technicznego, zamawiający uznał, że nie jest możliwa prawidłowa weryfikacja, czy zastrzeżenia dokonane przez wykonawców są prawidłowe. W szczególności nie miał on możliwości sprawdzenia, czy wszystkie informacje o zrealizowanych projektach, mają charakter publiczny. Wykonawcy, do których zamawiający zwrócił się z wnioskiem o ponowne zweryfikowanie dokonanych zastrzeżeń, potwierdzili zasadność traktowania tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym stanie rzeczy, wobec niemożliwości skutecznej weryfikacji zastrzeżeń, biorąc pod uwagę to, iż informacje o podmiotach posiadających doświadczenie w realizacji usług systemów elektronicznych poboru opłat mogą mieć wartość gospodarczą zamawiający zdecydował się respektować zastrzeżenia dokonane przez wykonawców, za wyjątkiem wniosku Kancelarii de Vries.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia zgłosiły Konsorcja: NDI, Kapsch, SICE i AMSA, które uprzednio zgłosiły przystąpienia do postępowań toczących się w wyniku wniesienia protestu.

Sygn. akt KIO/UZP 1035/10:

Odwołujący się w proteście i odwołaniu podniósł w stosunku do członków zarządów spółek wchodzących w skład Konsorcjum Alcatel, Konsorcjum NDI i Konsorcjum MyToll zarzut dotyczący zaświadczeń z KRK dla członków zarządu podmiotów mających siedzibę na terenie RP, którzy mają miejsce zamieszkania za granicą

Odwołujący się wywiódł, że zgodnie z §2 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów zamiast zaświadczenia wydawanego przez polski KRK dla osób mających miejsce zamieszkania poza terytorium RP należy złożyć zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp. Jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Ratio legis w §2 w ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie powinno budzić wątpliwości. Nielogicznym jest akceptowanie dokumentów potwierdzających

niekaralność osoby mającej miejsce zamieszkania w Austrii wystawionych przez polskie KRK. Celem ww. przepisu jest umożliwienie wykazania, iż osoba której dokument dotyczy, a która ma miejsce zamieszkania poza terytorium RP, przedłoży dokument wydawany przez właściwe organy miejsca jej zamieszkania, które będą władne zaświadczyć o niekaralności danej osoby lub w braku takowych dokumentów - stosowne oświadczenie.

Przedłożenie zaświadczeń z polskiego KRK stanowi zdaniem Odwołującego rażące naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z §2 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów .

W odniesieniu do wniosku złożonego przez Konsorcjum SICE odwołujący się podtrzymał wszystkie zarzuty podniesione w proteście. Zarzucił, że Konsorcjum SICE zobowiązane było w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów przedłożyć odpowiednie dokumenty poświadczające niekaralność dla spółki SICE Tecnologia y Sistemas SA, która zgodnie z wypisem z Rejestru Handlowego jest członkiem zarządu uprawnionym do samodzielnej reprezentacji spółki.

Konsorcjum SICE wadliwie przedłożyło jedynie zaświadczenie o niekaralności dla Pana A, przedstawiciela spółki SICE. Odwołujący się wywiódł, że celem wykazania, iż osoba prawna nie podlega wykluczeniu z postępowania należy m.in. przedłożyć aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert dla urzędującego członka organu zarządzającego.

Skoro urzędującym członkiem Zarządu jednego z konsorcjantów Konsorcjum SICE jest inna spółka należy przyjąć, że dla wykazania spełnienia warunku niepodlegania wykluczeniu na mocy art. 24 ust. 1 pkt 8) pzp wykonawca taki powinien przedłożyć, zgodnie z brzmieniem przywołanych wyżej przepisów, właściwe dokumenty dla spółki będącej urzędującym członkiem Zarządu.

Fakt, iż prawo hiszpańskie nie przewiduje możliwości uzyskania zaświadczeń o niekaralności dla osób prawnych nie jest wystarczającym wytłumaczeniem. Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów przewiduje wyraźnie, że w sytuacji, w której danego rodzaju dokumentów za granicą nie wydaje się, należy je zastąpić odpowiednim oświadczeniem złożonym przed notariuszem lub innym podmiotem wskazanym w §2 ust. 3 Rozporządzenia.

Ustawa pzp nie wskazuje obowiązku przedkładania zaświadczeń o niekaralności dla podmiotów, poprzez które działają wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Wyraźnie natomiast wskazuje, iż należy takie zaświadczenia przedłożyć dla aktualnie urzędujących członków zarządu takiego wykonawcy, czego Konsorcjum SICE nie uczyniło.

W związku z powyższym, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. §2 Rozporządzenia, a także na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 w zw. z §2 Rozporządzenia oraz w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 9 pzp Konsorcjum SICE zobowiązane było do przedłożenia stosownych zaświadczeń o niekaralności w stosunku do wszystkich podmiotów będących aktualnie urzędującymi członkami Zarządu spółki SICE Tecnologia y Sistemas SA.

Konsorcjum SICE przedłożyło w Postępowaniu oświadczenie Kierownika Rejestru Handlowego w Madrycie dotyczące spółki IRIDIUM CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS S.A. Z przedmiotowego dokumentu wynika fakt zawiazania spółki, zmiana firmy oraz jej formy prawnej, a także braku w rejestrze informacji co do jej rozwiązania, likwidacji lub połączenia.

Wykonawca, który ma miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentów wymaganych od podmiotów mających siedzibę na terytorium RP (czyli m.in. odpisu z KRS, z którego wynika, czy spółka została postawiona w stan likwidacji bądź upadłości) składa dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę potwierdzające m.in. odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

Błędnie w ocenie odwołującego się zamawiający posłużył się wypisem z rejestru handlowego spółki IRIDIUM CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS S.A. w celu potwierdzenia, czy spółka ta jest w upadłości, czy też nie. Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów wskazuje, że jeżeli wykonawca ma siedzibę poza terytorium RP, składa zamiast odpisu z właściwego rejestru dokumenty potwierdzające, że względem wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

Odwołujący się zakwestionował również, że Konsorcjum SICE, działając w oparciu o art. 26 ust 2.b Pzp przedłożyło pisemne oświadczenie spółki Raytheon z którego wynika, że spółka ta udostępni na rzecz spółki SICE S.A, swoje zasoby niezbędne do realizacji zamówienia pod warunkiem osiągnięcia przez strony porozumienia co warunków handlowych współpracy, w tym wynagrodzenia, dostaw i innych istotnych elementów. Tym samym oświadczenie z zastrzeżeniem takiego warunku nie może być uznane jako rzeczywista deklaracja udostępnienia swoich zasobów. Istnieje bowiem prawdopodobieństwo, że Raytheon i SICE nie osiągną porozumienia co do warunków współpracy i tym samym zobowiązanie Raytheon do udzielenia wsparcia SICE nie zostanie wykonane. W konsekwencji, wbrew wcześniejszym oświadczeniom i zapewnieniom SICE utraci zdolność do realizacji zamówienia i nie będzie tym samym spełniało warunków udziału w Postępowaniu.

Zamawiający akceptując takowe warunkowe zobowiązanie do udostępnienia zasobów naruszył w ocenie odwołującego się art. 26 ust. 2b Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku mobilnych jednostek kontrolnych w projektach, na której powołuje się w swoim wniosku Konsorcjum SICE odwołujący się podniósł, że opisy projektów załączonych do wniosku przez Konsorcjum SICE nie zawierają żadnej wzmianki o systemach kontroli poboru opłat, w żaden sposób nie wynika z nich również charakterystyka

działania jednostek mobilnych użytych w wykazanych Projektach. Jedyne w tabelach na Kartach Projektów w rubryce odnoszącej się do mobilnych jednostek kontroli Konsorcjum SICE wpisało słowo „tak” i na tej podstawie Zamawiający zaakceptował przedstawione przez Konsorcjum SICE projekty. Zamawiający rażąco zaniedbał w tej kwestii swoje obowiązki - nie wezwał Konsorcjum SICE do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień, pomimo tego, że z opisów projektów dołączonych do Kart Projektów nigdzie nie pojawia się mowa o mobilnych jednostkach kontroli. Zamawiający powinien był rozwiać wątpliwości prosząc o wyjaśnienia ile, jakiego rodzaju, przez kogo operowane są systemy mobilnej kontroli dostępu w projektach z Chile, na które powołuje się Konsorcjum SICE.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego utajnienia dokumentów – Kart Projektów - przez Konsorcjum Kapsch, NDI i MyToll. Odwołujący się ocenił, że protest w tym zakresie nie był przedwczesny. Gdyby odwołujący się nie podniósł zarzutu w proteście, nie mógłby go podnieść obecnie na etapie odwołania, a tym samym zamknąłby sobie drogę skorzystania z przysługującego mu środka ochrony prawnej. Zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień na etapie oceny wniosków. Nie robiąc tego, wziął za pewnik przekonanie wykonawców, że informacje mają charakter tajny, z czym odwołujący się nie zgadza. Pozostali wykonawcy powinni mieć możliwość sprawdzenia prawidłowości decyzji zamawiającego o dopuszczeniu danego wykonawcy do udziału w postępowaniu.

Odwołujący się nie zgodził się również z twierdzeniem zamawiającego, jakoby ten ostatni nie miał możliwości zweryfikowania, czy wszystkie informacje o zrealizowanych projektach mają charakter publiczny. Zamawiający znając nazwę podmiotu, na rzecz którego wykonywany był dany projekt miał możliwość zwrócenia się po pierwsze o wyjaśnienia do wykonawców, którzy dokumenty złożyli, po drugie, do owych podmiotów, na rzecz których inwestycje były realizowane. Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych odpowiednio protest 6 maja 2010 r., odwołanie 26 maja 2010 r.

Zamawiający 16 maja 2010 r. postanowił oddalić protest w całości.

Odnosnie zarzutu w stosunku do członków zarządów spółek wchodzących w skład Konsorcjum Alcatel, Konsorcjum NDI i Konsorcjum MyToll dotyczącego zaświadczeń z KRK dla członków zarządu podmiotów mających siedzibę na terenie RP, którzy mają miejsce zamieszkania za granicą zamawiający uznał, że zarzuty protestu nie potwierdziły się. Zgodnie z dyspozycją § 2 ust.1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, dla wykonawców, którzy mają siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP zamiast dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów składa się zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp - a contrario, jeżeli wykonawca ma siedzibę na

terytorium RP zastosowanie znajduje przepis § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. W związku z faktem, iż dane podmioty mają siedzibę na terytorium RP, Konsorcja Alcatel, NDI i MyToll w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami przedłożyły zamawiającemu aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp .

Zamawiający zbadał zarzuty protestu dotyczące Konsorcjum SICE, zgodnie z którymi:

Odnosnie zaświadczenia o niekaralności dla członków zarządu Sociedad Iberia De Construcciones Electricas SA. Zamawiający uznał, że zarzuty protestu nie potwierdziły się. Konsorcjum SICE w piśmie z dnia 26 marca br. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień wyjaśniło, że Pan A jest fizycznym przedstawicielem osoby prawnej Sice Tecnologia Y Sistemas SA, która to z kolei jest dyrektorem generalnym Sociedad Iberia De Construcciones Electricas SA. Wskazało także, iż prawo hiszpańskie stanowi, że w przypadku, gdy dyrektorem generalnym jest osoba prawna, obowiązkowe jest powołanie dla takiego dyrektora generalnego przedstawiciela fizycznego. W świetle tych wyjaśnień Zamawiający przyjął, że „urzędującym członkiem organu zarządzającego” w rozumieniu Pzp jest pan A, w stosunku do którego przedstawione zostało właściwe zaświadczenie o niekaralności.

Odnosnie zaświadczenia dotyczące Iridium Concesiones De Infraestructuras SA potwierdzającego, że spółka ta nie jest w stanie likwidacji, zamawiający uznał w oparciu o oświadczenie Kierownika Rejestru handlowego oraz aktualny wypis z rejestru handlowego spółki Iridium Concesiones De Infraestructuras SA., że spółka ta nie jest w stanie upadłości ani likwidacji

Odnosnie zobowiązania spółki Raytheon do udostępnienia zasobów, zamawiający wskazał, że postępowanie toczy się w trybie przetargu ograniczonego i obecnie wykonawcy nie otrzymali jeszcze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie posiadają wiedzy na temat konkretnych wymogów zamawiającego oraz specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia. Zatem nie można domagać się od wykonawców na tym etapie, aby z osobami trzecimi, które zobowiązały się do udostępnienia im swojego potencjału technicznego, ustaliły już precyzyjnie warunki handlowe przyszłej współpracy. Zamawiający w toku wyjaśnień złożonego wniosku badał w szczególności, czy wskazana osoba trzecia będzie podwykonawcą, a zatem będzie brała bezpośredni udział w realizacji projektu. Otrzymane wyjaśnienia Zamawiający uznał za wykazujące w dostatecznym stopniu, iż Konsorcjum SICE będzie dysponował zasobami osoby trzeciej w rozumieniu Pzp.

Odnosnie zarzutu, że trzy projekty wykazane przez Konsorcjum SICE, zrealizowane w Santiago de Chile, nie spełniają wymogu ogłoszenia pod względem parametru „czynności kontrolne przy użyciu wyposażonych jednostek mobilnych”, zamawiający uznał, że odwołujący się nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na poparcie przedstawionego

zarzutu, stwierdzając jedynie, iż „według najlepszej wiedzy Konsorcjum” przedmiotowe projekty nie spełniają wymogów ogłoszenia. Konsorcjum SICE w opisie tych projektów potwierdziło spełnianie wymaganych parametrów, zaś Zamawiający nie ma podstaw, by twierdzić, iż potwierdzenie to jest niezgodne z rzeczywistością.

W zakresie żądanie protestu dotyczącego utajnienia dokumentów odnośnie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez Konsorcja Kapsch, NDI i MyToll Zamawiający uznał, że zarzut protestu się nie potwierdził. Zamawiający uznał protest za przedwczesny oraz powołał argumentację jak w rozstrzygnięciu protestu wniesionego przez Konsorcjum Alcatel.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia zgłosiły Konsorcja: NDI, Kapsch, SICE i AMSA, które uprzednio zgłosiły przystąpienia do postępowań toczących się w wyniku wniesienia protestu.

Na posiedzeniu Izba ustaliła, że w stosunku do żadnego z trzech odwołań nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania wskazane w art. 187 ust. 4 Pzp.

Izba postanowiła nie dopuścić Konsorcjum Kapsch do udziału w postępowaniach odwoławczych dotyczących odwołań wniesionych przez Konsorcjum Alcatel oraz Konsorcjum AMSA, gdyż wykonawca nie spełnił wynikającego z art. 184 ust. 5 Pzp obowiązku przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wykonawcom wnoszącym protest.

Izba postanowiła nie dopuścić Konsorcjum SICE do udziału w postępowaniu odwoławczym dotyczącego odwołania wniesionego przez Konsorcjum Alcatel z powodu braku spełnienia przesłanki jednoczesności przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wykonawcom wnoszącym protest – t. j. z zachowaniem trzydniowego terminu przewidzianego na zgłoszenie przystąpienia.

Art. 184 ust. 4 zd. 1 *in initio* Pzp stanowi, że uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego. Ustawa Prawo zamówień publicznych uzależnia zatem możliwość wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym od uprzedniego uzyskania statusu uczestnika postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Przesłanki przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zawierają art. 181 ust. 4 i 5 Pzp. Są nimi: posiadanie interesu prawnego w przystąpieniu, zgłoszenie przystąpienia zamawiającemu w terminie trzech dni od otrzymania wezwania do przystąpienia, jednoczesne przekazanie kopii zgłoszenia przystąpienia wykonawcy, który wniósł protest. Ostatnia z przywołanych przesłanek jest spełniona wyłącznie wtedy, gdy przekazanie kopii przystąpienia nastąpi w terminie przewidzianym na dokonanie zgłoszenia do zamawiającego.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 29 października 2009 roku (sygn. akt XXIII Ga 634/09 *niepubl.*) wskazał, że celem jednoczesności przekazania kopii zgłoszenia jest poznanie argumentacji zawartej w przystąpieniu przez wszystkich uczestników sporu, aby podczas przygotowania się do rozprawy znany był nie tylko krąg podmiotów, ale też ich stanowiska. Sąd Okręgowy uznał za nietrafny pogląd o braku znaczenia obowiązku przekazania kopii lub o ewentualnym pozbawieniu znaczenia terminu dokonania tej czynności - „nie można traktować określonych tam (t. j. w ustawie Prawo zamówień publicznych) za wymagania, których można nie spełnić i te wymagania, które muszą być spełnione. Działanie (...) dotyczące uchybienia terminowi przekazania kopii przystąpienia protestującemu nie mogą zostać uznane jako uchybienie proceduralne bez stosowania określonych sankcji. Przyjęcie poglądu odmiennego prowadziłoby wprost do wybiórczego i dowolnego interpretowania ustawy w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej.”

Skoro Konsorcjum Kapsch i Konsorcjum SICE nie spełniły przesłanek zgłoszenia przystąpienia do postępowań toczących się w wyniku wniesienia protestu, nie mogą uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym w powołanym wyżej zakresie.

Wobec powyższego Izba przeprowadziła rozprawę. Izba wysłuchała stanowisk stron i uczestników oraz przeprowadziła dowody ze znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania (kopie w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego) oraz złożonych na rozprawie dokumentów wymienionych w uzasadnieniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny z uwzględnieniem zmian ustawy Prawo zamówień publicznych dokonanych ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591).

sygn. akt KIO/UZP 938/10:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Dokonane przez zamawiającego wykluczenie eliminuje odwołującego się z postępowania i uniemożliwia uzyskanie zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Spór między stronami dotyczy posiadania przez odwołującego się kandydata na stanowisko Zastępcy Kierownika Projektu dysponującego wymaganym doświadczeniem i wynika z interpretacji postanowienia ogłoszenia. Izba dokonała zatem własnej analizy treści spornego postanowienia.

W punkcie III.2.3) A.2 lit. b) ogłoszenia zamawiający wskazał, iż osoba wskazana na stanowisko Eksperta Kluczowego - Zastępcy Kierownika Projektu – powinna spełniać wymaganie udziału w zarządzaniu wdrożeniem i eksploatacją co najmniej jednego elektronicznego systemu poboru opłat odpowiadającego zakresem oraz rodzajem systemowi elektronicznemu opisanemu w punkcie II.2.1) ogłoszenia w zakresie systemu typu free – flow..

W punkcie III.2.3) A. 1 zamawiający ustalił, że:

1. przez określenie „free -flow” dla celów niniejszego dokumentu należy rozumieć elektroniczny system poboru opłat bez Miejsc Poboru Opłat w technologii GNSS (pozycjonowania satelitarnego Global Navigation Satellite System) lub DSRC (systemu mikrofalowego Dedicated Short Range Communication).
2. za elektroniczny system poboru opłat typu „free flow” odpowiadający zakresem systemowi opisanemu w punkcie 11.2.1) niniejszego Ogłoszenia należy przyjąć system posiadający możliwość spełnienia co najmniej poniższych parametrów: (1) udostępnianie OBU polegające na wydawaniu i zarządzaniu ponad 100 000 urządzeń pokładowych (OBU) różnymi kanałami, w tym poprzez punkty udostępniania w różnych regionach danego kraju, (2) gromadzenie danych dot. poboru opłat polegające na obsłudze co najmniej 500 000 kont użytkowników i przetwarzanie danych związanych z naliczaniem i przetwarzaniem opłat, (3) czynności w Centrum zarządzania (back office) polegające na przetwarzaniu danych w zakresie egzekwowania opłat, wytwarzanie co najmniej 100 000 pakietów danych ewidencyjnych rocznie (jeden pakiet zawiera dane dotyczące pojedynczego wykroczenia popełnionego przez jeden pojazd), (4) czynności kontrolne polegające na prowadzeniu stałych punktów kontrolnych oraz wykonywaniu czynności. przy użyciu wyposażonych jednostek mobilnych, przy czym czynności kontrolne mogą być wykonywane przez wykonawcę lub inne podmioty. W celu spełnienia powyższego warunku, wykonawcy mogą przedstawić doświadczenie nabyte w osobnych kontraktach,; (5) punkty obsługi klienta polegające na wsparciu użytkowników poprzez telefoniczne centrum obsługi, pocztą elektroniczną, pocztą zwykłą, faks i obsługą osobistą.

Izba ocenia, że odwołujący się nietrafnie opiera postawiony zarzut wyłącznie na treści wskazanej w pkt 2. Zamawiający opisując wymagania w zakresie systemu free - flow w sposób jednoznaczny sformułował całościowe wymagania, które winni spełnić wykonawcy.

Pojęcie Miejsca Poboru Opłat (MPO) posiada definicję ustawową zawartą w § 66 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 16 stycznia 2002 roku w sprawie przepisów techniczno - budowlanych dotyczących autostrad płatnych (Dz. U. Nr 12, poz. 115 i 116). Przywołany przepis stanowi, że MPO może być:

- 1) placem poboru opłat (PPO) urządzonym na poszerzonej koronie autostrady;
- 2) stacją poboru opłat (SPO) urządzoną na poszerzonej koronie łącznicy lub w węźle.

Zgodnie z § 66 ust. 2 pkt 2 MPO powinno mieć zgrupowanie stanowisk poboru opłat, które powinny być wyposażone m. in. w: wyspy dzielące stanowiska, na których są umieszczone kioski lub urządzenia do poboru opłat.

Mając na uwadze przywołaną definicję ustawową przyjąć należy, że zamawiający wymagał systemu typu „free - flow”, który niezależnie od tego, czy jest systemem działającym w technologii GNSS, czy też technologii *DSRC* nie posiada miejsc poboru opłat.

Nie budzi również wątpliwości Izby, że zamawiający wyłączył możliwość wykazywania doświadczenia w oparciu o elektroniczny system poboru opłat w technologii GNSS lub *DSRC* , z którym współistnieją systemy posiadające MPO. Co więcej, stwierdzić należy, że istotną treścią spornego postanowienia ogłoszenia jest wyłączenie elektronicznego systemu poboru opłat funkcjonującego wespół z manualnym sposobem uiszczania opłaty za przejazd lub realizującym płatność za pomocą karty płatniczej lub kredytowej. Pogląd przeciwny prowadziłby do obarczenia definicji wewnętrzną sprzecznością lub prowadziłby do uznania określenia „bez Miejsc Poboru Opłat” za swoiste *superfluum*, skoro istotą GNSS oraz *DSRC* jest brak MPO.

Niesporne jest między stronami, że wykazywane jako referencyjne, dla doświadczenia Pana Marka L wskazanego przez odwołującego się na stanowisko Zastępcy Kierownika Projektu, rozwiązanie zastosowane w Attiki Odos składa się z odrębnych pasów „free - flow” z technologią *DSRC* i odrębnych pasów z punktami poboru - opłat manualnego i elektronicznego nie będącego typem „free - flow”. Zatem w systemie poboru opłat zrealizowanym w Attiki Odos wszystkie wymienione rozwiązania współistnieją ze sobą oraz system ten posiada MPO.

Zamawiający zatem słusznie wykluczył odwołujący się z postępowania.

Podnoszony przez odwołującego się trafny pogląd, iż zamawiający jest związany dokonaniem przez siebie określeniem warunków udziału w postępowaniu zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu, prowadzi do potwierdzenia trafności decyzji zamawiającego. Zamawiający, dokonując oceny spełniania przez wykonawców postawionych warunków nie odstąpił od podanej w ogłoszeniu definicji oraz nie kierował się wymaganiami i kryteriami innymi, niż wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu.

Treść spornego postanowienia ogłoszenia była sformułowana w sposób jednoznaczny z zastosowaniem pojęć ustawowych. Dokonując oceny wniosku odwołujący się zamawiający zastosował się do przyjętych przez siebie literalnie wymagań.

W ocenie Izby uznanie za trafny poglądu odwołującego się prowadzi do rozszerzającej interpretacji warunku udziału w postępowaniu, co, z uwagi na etap postępowania oraz przedmiotowe konsekwencje takiego działania, jest niedopuszczalne. Gdyby bowiem zamawiający dopuścił w treści ogłoszenia możliwość wykazywania doświadczenia ekspertów w oparciu o systemy, w których rozwiązania free - flow oraz manualnego i elektronicznego poboru opłat występują, krąg podmiotów zainteresowanych zamówieniem mógłby być większy.

Z tego też względu wskazywanie, że rozwiązanie zastosowane w Attiki Odos jest technologicznie trudniejsze do wykonania nie może prowadzić do potwierdzenia słuszności zarzutu.

Chybione jest kwestionowanie wezwania dokonanego przez zamawiającego w trybie 26 ust. 3 Pzp. Po pierwsze: z jego treści wynika jednoznacznie brak uznania przez zamawiającego doświadczenia Pana Marka L nabytego przy realizacji systemu Attiki Odos oraz zastosowanie sankcji wykluczenia w razie braku odpowiedzi stosownej do wezwania;

Po drugie: jeśli odwołujący się uznawał treść wezwania za niejednoznaczną, mógł wnieść wobec jej treści protest. Tymczasem odwołujący się tego nie uczynił, a podczas postępowania odwoławczego nie wykazał, aby potencjalny brak jednoznaczności czynił uszczerbek w jego interesie prawnym – tj., że wezwaniu uczyniłby zadość, gdyby było jednoznaczne.

Bez znaczenia dla oceny zarzutów odwołania pozostaje uznanie przez zamawiającego doświadczenia odwołującego się (doświadczenia wykonawcy) w oparciu o system zrealizowany w Attiki Odos. Ewentualny błąd zamawiającego w tym zakresie (jeśli stosowne oświadczenie nie zostało złożone na rozprawie wyłącznie na użytek sporu, czego Izba nie mogła zbadać z uwagi na treść art. 191 ust. 3 Pzp, gdyż wiązałoby się to z oceną wykazanego doświadczenia wykonawcy, co nie było kwestionowane) nie podważa oceny doświadczenia Pana Marka L dokonanej w oparciu o inny, niż dotyczący doświadczenia wykonawcy punkt ogłoszenia dotyczący kompetencji osób wskazywanych przez wykonawców.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego się i nie naruszył powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sygn. akt KIO/UZP 997/10:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych powodują, w ocenie odwołującego się, dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy podlegają lub mogą podlegać wykluczeniu. Niesie to skutek w postaci pogwałcenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z potencjalnym ograniczeniem możliwości uzyskania przez odwołującego się zamówienia. Odwołujący się wnosi zatem środki ochrony prawnej w celu uzyskania zamówienia (interes prawny *sensu stricto*). Izba wskazuje również, że interes prawny odwołującego się znajduje uzasadnienie we wnoszeniu

środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia, doprowadzenia do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem (nie dotkniętej sankcją nieważności *ex tunc*), nawet jeśli zawarcie umowy nastąpić może z innym wykonawcą. Drugie z prezentowanych uzasadnień tożsame jest z ukształtowaną w orzecznictwie Izby (vide przykładowo wyroki: z 16 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 296/08 KIO/UZP 303/08, sygn. akt KIO/UZP 424/09, KIO/UZP 425/09, KIO/UZP 426/09) koncepcją opartą o proeuropejską wykładnię przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – tj. interesu prawnego w znaczeniu szerokim (*sensu largo*).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, mimo braku potwierdzenia wszystkich podnoszonych zarzutów.

IV. w odniesieniu do Konsorcjum NDI:

Zarzut dotyczący złożenia pełnomocnictwa przez osobę nieumocowaną nie znalazł potwierdzenia.

Izba ustaliła, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wszystkie oświadczenia i dokumenty wraz z nim złożone zostały podpisane przez Pana Wojciecha K. Także kopie dokumentów załączonych do wniosku zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem jednoosobowo przez Pana Wojciecha K.

Wraz z wnioskiem zostało złożone pełnomocnictwo z 4 marca 2010 roku w którym, jako pełnomocnicy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z mocy wcześniejszego uprawnienia do udzielania substytucji, zostali ustanowieni Panowie Wojciech K i Marcin K. Treść udzielonego pełnomocnictwa nie zawiera zobowiązania pełnomocników do łącznego występowania.

Wbrew stanowisku odwołującego się z samego faktu ustanowienia kilku pełnomocników jednym oświadczeniem woli mandanta, w jednym dokumencie, nie oznacza konieczności wspólnego działania takich pełnomocników.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 2 nie statuuje odrębnej definicji pełnomocnictwa. Oprócz wskazówki, co do zakresu pełnomocnictwa zawartej w art. 23 ust. 2 Pzp, brak jest odrębnych unormowań dotyczących pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zatem zastosowanie znajdują na podstawie art. 14 Pzp przepisy kodeksu cywilnego.

Art. 96 k.c. stanowi, że istotą pełnomocnictwa jest możliwość działania w cudzym imieniu. Oznacza to możliwość złożenia przez prawidłowo umocowanego pełnomocnika oświadczenia woli ze skutkiem prawnym dla mocodawcy. Na gruncie postępowania

udzielenie zamówienia publicznego takimi działaniami pełnomocnika są przykładowo złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty, czy wniesienie środka ochrony prawnej. Na mocy art. 109 pełnomocnik może też odbierać oświadczenia kierowane do mocodawcy. Z normy zawartej w art. 107 k. c. wynika, że jeżeli mocodawca ustanowił kilku pełnomocników to każdy z nich może działać samodzielnie. Tym samym ustawodawca dopuszcza możliwość działania w jednej sprawie kilku pełnomocników o jednakowym zakresie umocowania.

Odnosząc przywołane przepisy kodeksu cywilnego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stwierdzić należy, iż dopuszczalna jest reprezentacja wykonawcy w postępowaniu przez kilku jednakowo umocowanych pełnomocników, z których każdy, wobec braku zobowiązania do wspólnego działania w treści pełnomocnictwa wyłączenia, może działać samodzielnie, co jednoznacznie potwierdza też doktryna i orzecznictwo.

Z treści pełnomocnictwa udzielonego Panom Wojciechowi K i Marcinowi K nie sposób wywieść zobowiązania do ich wspólnego działania. Zatem podpisanie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wymaganych oświadczeń oraz poświadczenie za zgodność dokumentów składanych w formie kopii przez Pana Wojciecha K jest działaniem prawidłowym, następującym w granicach posiadanego umocowania.

Zarzut dotyczący braku posiadania przez Konsorcjum NDI wymaganego doświadczenia nie znalazł potwierdzenia.

W proteście odwołujący się podniósł zarzut dotyczący braku łącznego spełniania parametrów 1) – 5) przez przedstawione projekty oraz niedopuszczalność potwierdzania spełniania parametru 4) za pomocą dokumentów wystawionych na rzecz firmy Raytheon htms, gdyż usługę kontroli za pośrednictwem jednostek mobilnych wykonuje Ontario Provincial Police (OPP). OPP powinno zatem wystawić referencję oraz zobowiązać się do współpracy zgodnie z art. 26 ust. 2 b Pzp.

W celu rozpoznania podniesionego zarzutu, Izba dokonała analizy stosownego postanowienia ogłoszenia.

W pkt III.2.3 lit. B ppkt 1 zamawiający ustalił, że wykonawca w zakresie elektronicznego systemu poboru opłat: musi wykazać, że w ostatnich 3 latach przed datą wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, Wdrożył i kontynuuje eksploatację, lub kontynuuje eksploatację, lub zakończył w ciągu ostatnich 3 lat eksploatację co najmniej (i) jednego systemu elektronicznego poboru opłat typu free-flow odpowiadającego zakresem oraz rodzajem elektronicznemu systemowi opisanemu poniżej oraz (ii) jednego systemu elektronicznego poboru opłat obejmującego Miejsca Poboru Opłat służące do poboru opłat lub zapewniające wjazd na sieć dróg płatnych. Przez Wdrożenie należy rozumieć co najmniej zaprojektowanie i instalację systemu. Wykazany system free

flow elektronicznego poboru opłat (lub systemy) powinien być zdolny do spełnienia co najmniej następujących parametrów:

- 1) udostępnianie OBU polegające na wydawaniu i zarządzaniu ponad 100 000 urządzeń pokładowych (OBU) różnymi kanałami, w tym poprzez punkty udostępniania w różnych regionach danego kraju;
- 2) gromadzenie danych dot. poboru opłat polegające na obsłudze co najmniej 500 000 kont użytkowników i przetwarzanie danych związanych z naliczaniem i przetwarzaniem opłat;
- 3) czynności w Centrum zarządzania (back office) polegające na przetwarzaniu danych w zakresie egzekwowania opłat, wytwarzanie co najmniej 100 000 pakietów danych ewidencyjnych rocznie (jeden pakiet zawiera dane dotyczące pojedynczego wykroczenia popełnionego przez jeden pojazd);
- 4) czynności kontrolne polegające na prowadzeniu stałych punktów kontrolnych oraz wykonywaniu czynności przy użyciu wyposażonych jednostek mobilnych, przy czym czynności kontrolne mogą być wykonywane przez wykonawcę lub inne podmioty, w celu wykazania spełnienia powyższego warunku, wykonawcy mogą przedstawić doświadczenie nabyte w osobnych kontraktach;
- 5) punkty obsługi klienta polegające na wsparciu użytkowników poprzez telefoniczne centrum obsługi, pocztę elektroniczną, pocztę zwykłą, faks i obsługę osobistą.

Wykazywane wiedza i doświadczenie powinny obejmować wdrożenie przynajmniej jednego systemu elektronicznego poboru opłat obejmującego Miejsca Poboru Opłat służące do poboru opłat lub zapewniające wjazd na sieć dróg płatnych. Zamawiający nie wymaga jednak, aby oba wymagane sposoby były zrealizowane tu ramach jednego kontraktu. W celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, Wykonawcy mogą przedstawić dokumenty z osobnych kontraktów dla systemu „typu free - flow” i dla systemu elektronicznego poboru opłat obejmującego Miejsca Poboru Opłat służące do poboru opłat lub zapewniające wjazd na sieć dróg płatnych lub z kontraktu obejmującego oba powyższe sposoby wdrożenia ESP łącznie.

Wykonawcy lub wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą wykazać się wiedzą i doświadczeniem w zakresie wyżej wymienionych poszczególnych elementów systemu, uzyskanym w kilku kontraktach.

W ocenie Izby z przywołanego postanowienia wynika dopuszczenie przez zamawiającego odrębnego wykazywania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełniania warunku w zakresie parametrów 1) – 3) i 5) oraz możliwość wykazywania spełniania parametru 4) przez usługi realizowane przez inne podmioty.

Poprzeć należy stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu, zgodnie z którym suma parametrów wykazanych przez Konsorcjum NDI potwierdza spełnianie parametrów 1)-3) oraz 5).

Ponadto sam odwołujący się przyznał, że w zakresie spełniania parametru 4) Konsorcjum NDI mogłoby wykazać wymagane doświadczenie przez projekty oznaczone literami E. 407 ERT w Ontario, Canada i F. Derech Eretz Highways upatrując jedynie przeszkodę, co do prawidłowości złożonego w w tym zakresie dokumentu potwierdzającego wykonanie usługi.

Kwestionowanie dokumentów wystawionych dla Raytheon w odwołaniu nastąpiło, w ocenie Izby, z przekroczeniem granic określonych w proteście.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Niedopuszczalne jest kreowanie w odwołaniu zarzutów, do których zamawiający nie miał możliwości ustosunkowania się w rozstrzygnięciu protestu. Zarzut protestu lub odwołania stanowi nie tylko przywołanie przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, którego naruszenia dopuścił się zamawiający oraz wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.

Oceniając zarzut odwołania w granicach zarzutu protestu stwierdzić należy, że niezasadne i nieracjonalne jest domaganie się złożenia dokumentu wystawionego dla OPP przez operatora autostrady oraz domaganie się złożenia przez OPP oświadczenia zgodnie z art. 22 ust. 2b Pzp.

Zamawiający wymagał w ogłoszeniu wykazanie należytego wykonania systemu posiadającego wymagane parametry, dającego zakładane możliwości, dopuszczając jednocześnie wykazanie doświadczenia w zakresie realizacji poszczególnych parametrów w różnych kontraktach, nie domagał się odrębnego wykazywania należytego wykonania poszczególnych parametrów systemu.

W tym miejscu jednak, ogólnie wskazać należy, że pojęcie „należyte wykonanie” stanowi pojęcie prawa cywilnego odnoszące się do wykonania zobowiązań i oznacza wykonanie przyjętych na siebie obowiązków zgodnie z postanowieniami umownymi.

Skoro zatem świadczenie poszczególnych podmiotów dotyczyły poszczególnych parametrów lub ich elementów, to tylko w tym zakresie może zostać potwierdzone wystawionymi na jej rzecz dokumentami. Oczywistym jest, że gdyby przedmiot świadczeń poszczególnych wykonawców byłby niezdatny do umówionego użytku nie otrzymałby dokumentu potwierdzającego prawidłowe wykonanie umowy.

Ustalenie warunków udziału w postępowaniu zmierza do tego, aby wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił wyłącznie spośród kręgu wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Istotne jest udzielenie zamówienia z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co oznacza niedopuszczalność eliminacji

wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, którzy posiadane doświadczenie potwierdzili stosownie do wymagań zamawiającego zawartych w dokumentach postępowania.

Wskazać należy, że wyniki postępowania przed Izłą nie dały podstaw do stwierdzenia, że doświadczenie wykazane przez Konsorcjum NDI jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia Izba ocenia, że Konsorcjum NDI wykazało wymagane doświadczenie.

Ocena ta nastąpiła w oparciu o część jawną wniosku Konsorcjum NDI.

II. zarzuty dotyczące Konsorcjum SICE.

Przy ocenie doświadczenia Konsorcjum SICE Izba ponawia ocenę treści ogłoszenia oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umów przedstawioną powyżej przy ocenie doświadczenia Konsorcjum NDI.

Izba ocenia, działając w granicach określonych zarzutami protestu, że należy uznać posiadanie przez Konsorcjum SICE wymaganego doświadczenia na podstawie systemów wykazanych pod literami A. East Link Melbourne, E. 407 ERT i F. Autostrada przez Izrael Izba uznała, że czynności wykazywane w projekcie East Link Melbourne a polegające na wsparciu operacyjnym, koordynacji projektowej, analizie i diagnostyce usterek pozwalają na uznanie ich za czynności eksploatacji. Utożsamianie pojęcia „eksploatacji” z wykonywaniem funkcji operatora systemu nie znajduje oparcia w treści siwz i prowadzioby do zawężającej interpretacji warunku udziału w postępowaniu wbrew jego literalnej treści.

Dodatkowo podkreślić tylko należy, że prawidłowe jest uznanie dokumentów złożonych przez Raytheon. Potwierdzają one należyte wykonanie elementów systemu, umożliwiających wykonywanie kontroli zgodnie z wymaganiami zamawiającego zapisanymi w parametrze 4).

Wyniki postępowania przed Izłą nie dały podstaw do twierdzenia, że omówione powyżej doświadczenie wykazane przez Konsorcjum SICE w związku z tym projektem jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia lub, że nie daje gwarancji jego wykonania z należyłą starannością.

Izba ocenia, że zamawiający nie zweryfikował zarzutu dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji odnośnie statusu spółki IRIDIUM, mimo że powinien był to uczynić, chociażby o powołane w proteście publicznie dostępne dane.

Jednak nawet ewentualne złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących projektów realizowanych w Santiago de Chile (lit. B -D), co w ocenie Izby zostało co najmniej uprawdopodobnione nie może przynieść skutku w postaci wykluczenia Konsorcjum SICE z postępowania.

Art. 22 ust. 2 pkt 2 Pzp nakazuje wykluczyć wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Między przesłankami złożenia

nieprawdziwych informacji oraz ich znaczenia dla wyniku postępowania musi istnieć adekwatny związek przyczynowy tzn. że gdyby dane informacje nie zostały złożone wynik postępowania byłby inny. Muszą one mieć bezpośrednie znaczenie dla sytuacji wykonawcy i możliwości uzyskania przez niego zamówienia. Celowościowa wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nakazuje w postępowaniach wieloetapowych ustawowe pojęcie „wynik postępowania” interpretować w okresie przed złożeniem ofert jako dopuszczenie wykonawcy do kolejnych etapów postępowania.

Skoro Konsorcjum SICE spełnia warunki udziału w postępowaniu przez wykazanie usług A, E i F, to projekty B – D pozostają bez znaczenia dla prawidłowości oceny wniosku Konsorcjum SICE przez zamawiającego. Ewentualne nieprawdziwe informacje pozbawione są wpływu na wynik postępowania.

III. Zarzuty dotyczące Konsorcjum AMSA;

Zarzut dotyczący zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach nie znalazł potwierdzenia.

Autostrada per l'Italia – podmiot wchodzący w skład Konsorcjum AMSA złożył oświadczenie (strony 531-559), o tym, że spółka:

- nie znajduje się w trakcie postępowania upadłościowego czy likwidacyjnego, jak również innego postępowania, które pociąga za sobą upadłość czy likwidację;
- nie zalega z płatnością podatków, opłat ani składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne;
- nie została wykluczona z ubiegania się o zamówienie.

Konsorcjum AMSA wezwane do uzupełnienia dokumentów przedstawiło zaświadczenie z urzędu skarbowego z dnia 24 marca 2010 r. (termin składania wniosków upływał 5 marca 2010 r.). Z treści zaświadczenia wynika, że na dzień 5 marca 2010 r. (termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) w stosunku do spółki Autostrada per l'Italia nie występują „ostatecznie stwierdzone naruszenia obowiązków dotyczących zapłaty podatków” oraz, że stwierdzone naruszenia „nie wpływają na niezaleganie z zapłatą podatków”.

Skoro w Republice Włoskiej wydawane są stosowne zaświadczenia dokumenty urzędowe Izba poddała ocenie zaświadczenie z 24 marca 2010 r.

Art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazuje wykluczenie wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków (...) z wyjątkiem sytuacji, gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Takie same wymagania, co do treści składanego dokumentu zawiera rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów w § 1 ust. 1 pkt 3 oraz w § 2 ust. 1 pkt 1 b).

Izba ocenia zaświadczenie z 24 marca 2010 r. jako zgodne z przepisami, potwierdzające brak zaistnienia przesłanki wykluczenia.

Wbrew twierdzeniom odwołującego się z zaświadczenia nie wynika fakt istnienia zaległości podatkowych. Dla uznania, że istnieje zaległość podatkowa powodująca wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia, niezbędne jest co najmniej ustalenie jej istnienia w taki sposób by możliwe było odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji, która fakt istnienia zaległości stwierdza. Wydaje się jednak, że dla skutku w postaci wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia przesądzające znaczenie winno mieć ostateczne stwierdzenie naruszenia obowiązku zapłaty podatku tj. przez prawomocne (nie podlegające wzruszeniu) orzeczenie stosownego organu. Pogląd przeciwny prowadziłby do wykluczenia wykonawców, którzy zaległości podatkowych nie posiadają, co naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców. Wskazać należy, że art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp nakazuje wykluczenie wykonawcy jedynie w przypadku, gdy wyrządził szkodę, co zostało stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądowym. Dopuszczenie możliwości wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp na podstawie orzeczeń nieprawomocnych czyniłoby nieuzasadnione zróżnicowanie w zakresie sposobu wykazywania zaistnienia przesłanek wykluczenia i stanowiłoby rodzaj wewnętrznej sprzeczności w przepisie art. 24 Pzp.

Treść zaświadczenia złożonego przez przez Konsorcjum AMSA nie daje podstaw do stwierdzenia, że spółka Autostra per per l'Italia posiada zaległości w uiszczeniu podatków. Skoro istnienie zaległości podatkowych nie zostało ustalone, brak jest podstaw do uznania, że złożony został dokument nie prawidłowy a Konsorcjum AMSA podlega wykluczeniu.

Zarzut dotyczący niewłaściwej formy oświadczenia o niezaleganiu w składkach na ubezpieczenie społeczne znalazł potwierdzenie.

W wniosku Konsorcjum AMSA złożyło opisane powyżej oświadczenie, natomiast na rozprawie złożyło dokument urzędowy wraz z tłumaczeniem przysięgłym - zaświadczenie Państwowego Zakładu Ubezpieczeń od wypadków przy pracy oraz Państwowego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

W takim stanie rzeczy Izba uznała, że jakkolwiek zarzut dotyczący złożenia niewłaściwego dokumentu potwierdzającego niezaleganie z opłatą składek na ubezpieczenie społeczne znalazł potwierdzenie, to jednak nie może stać się to podstawą uwzględnienia odwołania.

Uwzględnieniu odwołania sprzeciwia się art. 191 ust. 1 a Pzp, nakazujący uwzględnienie odwołania wyłącznie w razie stwierdzenia naruszenie przepisów, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Skoro błędne uznanie za prawidłowy oświadczenia Autostrada per I Italia Sp. A. nie powoduje konieczności wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum AMSA, gdyż wymagany dokument został złożony (zamawiający

otrzymał go na rozprawie), to nie ma podstaw unieważnienia czynności oceny wniosków. Prezentowana ocena wynika również z faktu, że złożone na rozprawie zaświadczenie jest jednoznaczne w swojej treści, potwierdza brak zaległości w zapłacie składek na ubezpieczenie społeczne w terminie zgodnym z wymaganiami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i nie pozostawia miejsca na dowolność interpretacyjną. Jego treść nie została też w żaden sposób zakwestionowana przez odwołującego się, który podnosił jednak, że dokument taki winien zostać złożony w sposób formalny.

Zatem uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w wyniku, którego zamawiający otrzymałby, powołane wyżej i doręczone mu na rozprawie zaświadczenie, nie byłoby celowe – prowadziłyby do zbędnej przewlekłości postępowania. Ewentualne uwzględnienie odwołania pociągające za sobą skutek w postaci ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, byłoby zasadne jedynie w sytuacji, gdy złożony dokument budziłby wątpliwości. Tymczasem zaświadczenie złożone na rozprawie odpowiada żądaniu odwołującego się.

Zarzut dotyczący oświadczenia złożonego przez FELA MENAGEMENT A.G.

Zarzut znalazł potwierdzenie.

Na stronach 361-367 wniosku Konsorcjum AMSA o dopuszczenie do udziału w postępowaniu znajduje się oświadczenie uprawnionych członków zarządu FF.LA Management AG

- Ernsta U i Thomasa K, którzy oświadczają, że spółka:
- „nie jest w stanie bankructwa czy likwidacji, oraz nie podlega żadnym procedurom, które prowadzą do bankructwa czy likwidacji,
- nie zalega z płatnością podatków, opłat i składek zdrowotnych oraz ubezpieczeniowych,
- nie podlega zakazowi ubiegania się o otrzymanie zlecenie".

Ponadto na kartach 369-375 znajduje się oświadczenie złożone przez te same osoby informujące, że spółka nie jest objęta zakazem ubiegania się o zamówienie w myśl art. 24 ust. 1 Pzp. Oba oświadczenia mają formę pisemną, notariusz poświadczył podpisy osób składających oświadczenie.

Po pierwsze: oświadczenie pisemne z podpisem notarialnie poświadczonym nie jest oświadczeniem złożonym przed notariuszem w rozumieniu § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. I

Nie przytaczając powtórnie całości wywodów prawnych zawartych w przywołanych przez odwołującego się orzeczeniach Izby z 10 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 703/09 oraz KIO/UZP 703/09, z 2 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1546/09 jak również w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 26 lutego 2010 r. sygn. akt V Ca 47/10 podkreślić należy, że:

- 1) poświadczenie podpisu i pieczęci nie jest równoznaczne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem;
- 2) przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów winny być interpretowane rygorystycznie w zakresie formy składanych dokumentów potwierdzających okoliczności mające znaczenie dla wyniku postępowania, szczególnie w sytuacji, gdy dokument urzędowy jest zastępowany przez dokument prywatny.

Dodatkowo wskazać należy, że art. 14 Pzp nakazuje w sprawach nieuregulowanych w ustawie stosować przepisy kodeksu cywilnego wprost. W zakresie formy oświadczeń przewidzianych w przepisach kodeksu cywilnego do rozważenia jest kwestia, czy oświadczenie składane przed notariuszem, jest oświadczeniem składanym w formie aktu notarialnego, czy wystarczające jest złożenie oświadczenia w formie pisemnej z podpisami poświadczonymi notarialnie.

Kodeks cywilny pojęcia oświadczenie złożone przed notariuszem używa w art. 1018 k. c., zgodnie z którym oświadczenie o przyjęciu spadku można złożyć przed notariuszem.

W sprawie formy, w jakiej oświadczenie takie może być składane stanowisko zajął Sąd Najwyższy, który w postanowieniu z dnia 10 listopada 2006 roku, sygn. akt I CSK 228/06 (OSNC 2007/7-8/123, Biul. SN 2007/3/13, Rejent 2007/4/207, OSP 2007/11/123) uznał, że pojęcie „oświadczenie złożone przed notariuszem” nakazuje, aby oświadczenie miało formę aktu notarialnego. Mając na uwadze, że w takie same pojęcia ustawowe winny być interpretowane w taki sam sposób, co najmniej w danej dziedzinie prawa, uznać należy, że oświadczenie o którym mowa w § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów winno mieć formę aktu notarialnego.

Wskazać też należy, że niezasadne wydaje się być uzależnianie formy składanych oświadczeń, od okoliczności faktycznych przykładowo od sprawdzenia tożsamości osób stawających przed notariuszem lub ich umocowania do reprezentacji danego podmiotu. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które cechuje pewien rygoryzm, forma składanych oświadczeń winna wynikać wprost z przepisów prawa i nie podlegać relatywizacji, gdyż zapewnia to zachowanie zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp.

Dokument w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi, zgodnie z przywołanym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie uznać należy za dokument obarczony błędem, który podlega usunięciu przez zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp.

Po drugie: nietrafnie wywodzi zamawiający, że to na odwołującym spoczywa wyłączny ciężar dowodu w zakresie wykazania, że w Szwajcarii zaświadczenia urzędowe są wydawane. Wprawdzie zgodnie z art. 188 ust. 1 Pzp strona winna wskazywać dowody na okoliczności, z których wywodzi skutki prawne, to jednak na zamawiającym spoczywa wcześniejszy obowiązek zbadania prawidłowości oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wskazać należy, że zamawiający prowadząc

prawidłowo procedurę postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, działając z należytą starannością, winien dopuścić do udziału w postępowaniu wyłącznie takich wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu i potwierdzili to przez złożenie dokumentów zgodnych z przepisami.

Badanie oświadczeń i dokumentów przez zamawiającego nie ogranicza się przy tym do zawartych w nich treści, ale obejmuje również formę, w jakiej zostały one złożone. W przypadku wykonawców mających siedzibę za granicą Rzeczypospolitej Polskiej badanie takie winno się zacząć od ustalenia, czy wymagane dokumenty można są wydawane w kraju siedziby wykonawcy w formie dokumentu urzędowego. Z przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wynika bowiem obowiązek składania dokumentów urzędowych, które jedynie wobec braku możliwości ich uzyskania mogą być zastępowane przez oświadczenie. Dowolność wykonawców w zakresie wyboru formy składanych dokumentów jest wyłączona.

Tymczasem wyniki postępowania przed Izba wskazują, że mimo znacznego czasu przeznaczanego przez zamawiającego na ocenę złożonych wniosków przyjął on oświadczenia złożone przez wykonawców mających siedzibę za granicą całkowicie bezrefleksyjnie, nawet wobec wniesienia protestów. Z faktu, iż ciężar dowodu podniesionych zarzutów spoczywa na wykonawcach, zamawiający nie może wywodzić skutku w postaci zaniechania prawidłowego badania złożonych wniosków.

Ustaleń w tym zakresie może zamawiający dokonać bądź we własnym zakresie, bądź przez zwrócenie się do kompetentnych instytucji.

Wskazać należy, że odwołujący się składają na rozprawie wyciąg ze szwajcarskiej ustawy federalnej o windykacji długów i postępowaniu upadłościowym, którego art. 8a stanowi o możliwości wydania wyciągów z protokołów i rejestrów każdej osobie, która wykaże posiadanie interesu prawnego, co najmniej uprawdopodobnił, że w Szwajcarii zaświadczenia o tym, że nie otwarto likwidacji wykonawcy, ani nie ogłoszono jego upadłości, są wydawane. Nie uszło też uwadze Izby, że Konsorcjum AMSA zmieniło stanowisko w sprawie i na rozprawie, inaczej, niż w przystąpieniu, wywodziło, że właściwy dokument został złożony wraz z ofertą. Prezentowany pogląd, niezależnie od niedopuszczalnej sprzeczności z oświadczeniem zamawiającego (art. 185 ust. 5 Pzp), budzi wątpliwości Izby.

Izba uznała zatem, że zamawiający winien ponownie dokonać badania dokumentów złożonych przez członków zarządu FELA Menagement A.G. i, w zależności od poczynionych ustaleń, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwać Konsorcjum AMSA do złożenia dokumentu właściwego – tj. dokumentu urzędowego lub oświadczenia złożonego przed notariuszem, dotyczącego wszystkich okoliczności objętych oświadczeniami znajdującymi się na stronach 361 – 367 oraz 368 -375 wniosku Konsorcjum AMSA.

IV. Zarzut dotyczący Konsorcjum Kapsch.

Zarzut znalazł potwierdzenie.

Odwołujący się w proteście podniósł zarzut niewłaściwej formy oświadczenia dotyczącego Kapsch TrafficCom A.G. (str. 194-198 wniosku), że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie oraz o tym, że nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości. Natomiast odwołanie zawiera inny zarzut – wskazanie, że w Austrii wydawane są dokumenty urzędowe potwierdzające, że nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości.

Odwołujący się podniósł zatem zarzut w części nowy nie zawarty w proteście. Powyższe nie prowadzi, w okolicznościach sprawy, do uznania zarzutu za niepotwierdzony.

Jak wskazano wyżej, oświadczenie składane w miejsce dokumentu urzędowego potwierdzającego, że nie orzeczono wobec wykonawcy zakazu ubiegania się o zamówienie, w którym notariusz poświadczył wyłącznie podpis osoby składającej oświadczenie, nie jest oświadczeniem złożonym przed notariuszem w rozumieniu § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Choćby zatem z tego względu oświadczenie złożone przez Konsorcjum Kapsch, iż że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie, jest dokumentem nieprawidłowym. Błąd popełniony w dokumencie podlega usunięciu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp wydając orzeczenie Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w trakcie postępowania. Wyniki postępowania dowodowego wskazują (tj. złożenie przez odwołującego się kopii zaświadczenia wydanego dla wykonawcy z siedzibą w Austrii), że w Austrii wydawane są dokumenty urzędowe potwierdzające, że nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości wykonawcy.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp Izba jest związana nie żądaniami, a zarzutami protestu (*arg. a contrario*). Art. 180 ust. 8 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 7 i 8 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań stanowią, że zarzuty i żądania tworzą odrębne elementy środków ochrony prawnej tak protestu, jak i odwołania. Skoro zarzut dotyczący niewłaściwej formy dokumentu prywatnego znalazł potwierdzenie, a w toku postępowania dowodowego ustalono, że możliwe jest uzyskanie dokumentu urzędowego, to prawidłowym orzeczeniem Izby jest nakazanie wezwania do uzupełnienia dokumentu urzędowego – zgodnego z postanowieniami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Wezwanie do złożenia oświadczenia złożonego przed notariuszem – w formie aktu notarialnego byłoby w takim przypadku niezgodne z przepisami.

Zatem potwierdzenie zarzutu powoduje obowiązek zamawiającego wezwania Konsorcjum Kapsch do złożenia prawidłowych dokumentów tj. zaświadczenia wystawionego przez Sąd Krajowy potwierdzającego, że że nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości spółki

Kapsch TrafficCom A.G. oraz właściwego oświadczenia przed notariuszem, że nie orzeczono wobec spółki zakazu ubiegania się o zamówienie.

V. zarzut dotyczący wyłączenia jawności oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z wnioskiem.

Podniesienie tego zarzutu nie jest przedwczesne.

Art. 180 ust. 2 Pzp stanowi, że protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. O rozmiarach poczynionych przez poszczególnych wykonawców zastrzeżeń odwołujący się powziął wiadomość w dniu udostępnienia mu wniosków przez zamawiającego. Protest został wniesiony zatem w terminie ustawowym, a gdyby odwołujący się mu uchybił utraciłby możliwość kwestionowania dokonanego zastrzeżenia.

Uznaniu protestu za wniesiony w terminie nie sprzeciwia się okoliczność, że zamawiający do dnia rozstrzygnięcia protestu nie ukończył badania zgodności z prawem zastrzeżenia wyłączenia jawności. Izba ocenia, że, aczkolwiek nie wynika to wprost z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, to aktem należytej staranności ze strony zamawiającego, byłoby zakończenie wszelkich czynności związanych z badaniem wniosków przed przekazaniem wykonawcom informacji zawierającej ocenę wniosków. Sprzyjałoby to sprawnemu przebiegowi procedury. W razie późniejszego ujawnienia części oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z wnioskiem liczyć się należy z kolejnymi środkami ochrony prawnej.

Zarzut znalazł potwierdzenie w części.

Wskazać należy, że art. 8 ust. 1 Pzp nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady. Wyjątek stanowi, art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że 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.

Izba podziela stanowisko zamawiającego wywiedzione na podstawie wyroku Izby z 5 września 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 874/08, zgodnie z którym dokumenty dotyczące

potencjału osobowego stanowią, w okolicznościach sporu, tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamówienie będące przedmiotem badanego postępowania ma unikalny charakter, a dla jego pomyślnego zrealizowania posiadanie osób o odpowiednich kompetencjach ma przesądzające znaczenie. Mając na względzie powyższe Izba uznała istnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie.

Za niezasadne Izba uznała natomiast wyłączenie jawności dokumentów dotyczących doświadczenia posiadanego przez wykonawców.

Nawet przy przyjęciu stanowiska, którego Izba nie podziela, że zastrzeżenie nie udostępnienia zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, czyni zadość wymaganiu art. 11 ust. 4 *in fine* ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do rozważenia pozostaje kwestia, czy zachodzą łącznie obie pozostałe przesłanki tj. czy zastrzeżone informacje są nieujawnione do wiadomości publicznej oraz, czy mają one wartość gospodarczą dla wykonawcy.

Wskazać też należy, że zgodnie z powołanym przez odwołującego się wyrokiem Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) to na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem.

Zamawiający obowiązkowi temu nie uczynił zadość.

Wyniki postępowania przed Izbą oraz akta sprawy nie pozwalają na ustalenie, że informacje dotyczące doświadczenia wykonawców: w szczególności wykazy wykonanych usług, karty projektów, wraz z załącznikami, a nawet referencje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że wykazy dotyczą doświadczenia zdobytego przy realizacji kontraktów publicznych, a karty projektów stanowią tabelaryczną informację, której zakres nie odnosi się w ocenie Izby do indywidualnych uwarunkowań techniczne, technologiczne, organizacyjnych wykonawców.

Zamawiający odpierając zarzuty nie wykazał, ani braku powszechnej dostępności zastrzeżonych informacji, ani ich ewentualnej wartości gospodarczej, mimo że to on ze swego twierdzenia wywodzi skutki w postaci możliwości wyłączenia ich kontroli przez konkurujących wykonawców (art. 188 ust. 1 Pzp). Również wykonawcy, którzy poczynili zastrzeżenia nie wskazali podstaw prawnych i przyczyn wyłączenia jawności, nie wskazali również na indywidualne uwarunkowań techniczne, technologiczne, organizacyjnych godne ochrony (art. 6 k. c.).

Zamawiający poprzestał na braku zgody wykonawców, mimo, iż sam wymagał od nich wskazania powodów wyłączenia jawności, co jest niewłaściwe. Zamawiający mógł wystąpić do wystawców referencji, lub zasięgnąć informacji o stanie prawnym i istniejącej praktyce w poszczególnych państwach.

Wobec takiego stanu sprawy Izba uznała, że skoro nie zostało udowodnione, ani nawet uprawdopodobnione, że zastrzeżone informacje nie są dostępne powszechnie (nie jest

możliwe zapoznanie się z nimi na zwykłej drodze) a o ich wartości gospodarcza wynika stanowi jedynie subiektywne oświadczenie wykonawców pozbawione obiektywnej argumentacji nie można przyjąć, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Skoro art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 zostały naruszone zasadne jest ujawnienie całości informacji związanych z wykonaniem kontraktów.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum AMSA sygn. akt KIO/UZP 1035/10.

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Stanowisko dotyczące oceny interesu prawnego Konsorcjum Alcatel znajduje zastosowanie również w odniesieniu do odwołującego się.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, mimo, że nie wszystkie podniesione zarzuty znalazły potwierdzenie.

I. Nie potwierdził się zarzut dotyczący zaświadczeń z KRK dla członków zarządu podmiotów mających siedzibę na terenie RP, którzy mają miejsce zamieszkania za granicą, podniesiony w stosunku do Konsorcjum Alcatel, Konsorcjum NDI i Konsorcjum MyToll.

Konsorcjum Alcatel na stronie 18 wniosku o dopuszczenie do udziału złożyło, dla członka zarządu spółki Alcatel -Lucent Polska Sp. z o.o. - Pana F - zaświadczenie o niekaralności wystawione przez polski Krajowy Rejestr Karny. W zaświadczeniu tym jako miejsce zamieszkania Pana B wskazano Austrię. Dla dwóch członków Zarządu CORDUS Sp. z o.o. - Pana B (str. 144 wniosku) oraz Pana J (su.: 145 wniosku), również przedłożono zaświadczenie z polskiego KRK. Miejscem zamieszkania obu tych członków Zarządu (według informacji podanych na zaświadczeniu z KRK) jest Francja.

Konsorcjum MyToll złożyło zaświadczenia o niekaralności dotyczących dwóch członków zarządu spółki Kulczyk Holding S.A - Pana Dariusza M oraz Pana Stefana K, wystawione przez polski Krajowy Rejestr Karny. Zgodnie z ich treścią (str. 499 wniosku) miejscem zamieszkania Pana Dariusza M jest USA, natomiast Pana Stefana K - Austria (str. 507 wniosku).

Konsorcjum NDI złożyło z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zaświadczenia o niekaralności dotyczących członków zarządu spółki Affiliated Computer Services of Poland Sp. z o. o. - Panów Johannes'a Wagemans'a, Anthonego Lewisa, D. Halliburtona oraz Gideona Overtona, które zostały wystawione przez polski Krajowy Rejestr Karny (strona 100-103 wniosku). Z treści zaświadczeń wynika, że wymienione osoby mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tj. odpowiednio w USA, Wielkiej Brytanii oraz w Niemczech.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów wymienionych w § 1 ust. 1 składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp.

Przywołany przepis rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów ustanawia obowiązek złożenia zaświadczenia właściwego organu kraju pochodzenia lub miejsca zamieszkania osób, których te dokumenty dotyczą, wyłącznie w odniesieniu do wykonawców, którzy mają siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Skoro wszystkie wymienione podmioty posiadają siedzibę na terytorium RP właściwe zaświadczenia, w stosunku do członków ich zarządów wydaje polski KRK. Norma § 2 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jest jednoznaczna i uzależnia krajową właściwość organu wydającego zaświadczenie od siedziby wykonawcy, co potwierdza również ugruntowana praktyka.

II. Zarzuty w stosunku do Konsorcjum SICE.

Potwierdzenie znalazł zarzut dotyczący niewłaściwego dokumentu dotyczącego braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

W odpisie z hiszpańskiego Rejestru Handlowego dla spółki SOCIEDAD IBERICA DE CONSTRUCCIONES ELECTRICAS S.A. (SICE) (strona 31 i 34 wniosku) w dziale „Władze spółki i stanowiska” wskazano:

1. spółkę SICE Tecnologia y Sistemas S.A.- członek zarządu uprawniony do samodzielnej reprezentacji;
2. Pana A - przedstawiciel.

Izba uznała, że skoro członkiem zarządu SICE jest osoba prawna SICE Tecnologia y Sistemas S.A., to właściwym dokumentem jest stosowne zaświadczenie dotyczące osoby prawnej będącej członkiem zarządu, zwłaszcza, że, co jest niesporne Pan A nie jest urzędującym członkiem zarządu, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp. A skoro, jak twierdzi Konsorcjum SICE, w Królestwie Hiszpanii nie jest wydawany stosowny dokument, właściwe jest złożenie w miejsce odpisu ze stosownego rejestru, oświadczenia złożonego przed notariuszem, zgodnie z wymaganiami § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. W konsekwencji odpis z rejestru dotyczący Pana A uznać należy za dokument obarczony błędem podlegającym usunięciu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. dopuszcza zastąpienie dokumentu oświadczeniem złożonym przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, w sytuacji, gdy „dokumentu nie wydaje się”. Celowościowa wykładnia

przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wskazuje, że złożenie oświadczenia przed odpowiednim organem zamiast przedstawienia st dokumentu urzędowego ma miejsce wówczas, gdy istnieje obiektywna natury formalno – prawnej „dokumentów nie wydaje się”, powodująca że nie można uzyskać stosownego dokumentu urzędowego.

Zarzut dotyczący niezłożenia dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości spółki IRIDIUM CONCESSIONES DE INFRAESTRUCTURAS S.A. nie potwierdził się.

Konsorcjum SICE przedstawiło aktualny odpis z rejestru handlowego spółki IRIDIUM CONCESSIONES DE INFRAESTRUCTURAS SA W aktach sprawy znajdują się stosowne oświadczenia Kierownika Rejestru Handlowego w Madrycie (str. 38 i 41 wniosku) dotyczące spółki IRIDIUM CONCESSIONES DE INFRAESTRUCTURAS SA , z którego wynika wprost wynika fakt zawiązania spółki, zmiana firmy oraz jej formy prawnej. Kierownik Rejestru oświadczył również, że w ramach wydawania oświadczenia sprawdzono, iż nie ma żadnych wniosków o wpis danych dotyczących spółki, które nie byłyby rozpoznane a spółka działa w sposób ważny.

Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wykonawca, który ma miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentów wymaganych od podmiotów mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składa dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę potwierdzające odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

Przywołany przepis rozporządzenia nakazuje poświadczenie wyrażonych w nim okoliczności faktycznych i prawnych – braku otwarcia likwidacji i ogłoszenia upadłości. Zarzut odwołującego zdaje się sprowadzać do żądania powielenia wprost w treści składanych dokumentów regulacji ustawowych. Jest to niezasadne, gdyż wystarczające jest, składane oświadczenia i dokumenty zawierały wymaganą treść w sensie merytorycznym.

W ocenie Izby oświadczenie stanowi wystarczające potwierdzenie okoliczności, iż IRIDIUM CONCESSIONES DE INFRAESTRUCTURAS S.A. nie znajduje się w stanie likwidacji lub upadłości. Literalna interpretacja, prezentowana przez odwołującego się, w zakresie niedopuszczalności powoływania się na dane wynikające z rejestru handlowego, nie może prowadzić do tego, aby zamawiający posiłkowo w celu oceny oświadczenia powołał się na wynikające z niego dane. Interpretacji przepisów nie może następować w oderwaniu od celu ustalenia regulacji prawnych tzn. w tym przypadku dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy potwierdzili w sposób dostateczny, iż w stosunku do nich nie ogłoszono upadłości.

Zarzut dotyczący zobowiązania Raytheon do współpracy nie znalazł potwierdzenia.

Konsorcjum SICE, złożyło wraz z wnioskiem pisemne oświadczenie spółki Raytheon z siedzibą w Fullerton, Kalifornia, Stany Zjednoczone (strona 27 i 28 uzupełnień) zawierający stwierdzenie, że udostępnienie zasobów tej spółki na rzecz SICE nastąpi pod warunkiem osiągnięcia przez strony porozumienia co warunków handlowych współpracy, w tym wynagrodzenia, dostaw i innych istotnych elementów.

Po pierwsze odwołujący pomija znajdujące się w oświadczeniu Raytheon stwierdzenie, że w razie uzyskaniu Projektu (zamówienia) przez SICE Raytheon udostępni mu swoje zasoby – wiedzę i doświadczenie w zakresie i przez okres niezbędny do wykonania Projektu.

Po drugie: w zakresie spornej części oświadczenia Izba podziela stanowisko zamawiającego, że wobec prowadzenia postępowania w trybie przetargu ograniczonego wiążące ustalenie warunków współpracy podmiotów w związku ze skorzystaniem przez wykonawcę z możliwości wynikających z art. 26 ust. 2 b Pzp, nie jest możliwe na etapie składania wniosków. Wymagania zamawiającego, co do merytorycznych treści oferowanego świadczenia, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia .będą zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dopiero wówczas możliwe będzie wiążące ustalenie warunków współpracy podmiotów niezbędnej do realizacji zamówienia. Izba uznała zatem, że zobowiązanie Raytheon odpowiada prawu.

Zarzut braku doświadczenia w zakresie wykonywania kontroli przy użyciu jednostek mobilnych na autostradach w Santiago de Chile Izba uznała zarzut za nieudowodniony.

Wydając orzeczenie Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w trakcie postępowania odwoławczego (art. 190 ust. 2 Pzp), a dowody strony mogą powoływać do zamknięcia rozprawy (art. 188 ust. 1 zd. 2 Pzp).

Izba pominęła przy ocenie zarzutu dokumenty złożone wraz z pismem, które wpłynęło do Izby w dniu ogłoszenia orzeczenia.

W treści ogłoszenia zamawiający wymagał jedynie potwierdzenia spełnienia parametru dotyczącego kontroli przez wskazanie przez wykonawcę TAK/NIE, nie wymagał opisu wykonania usługi. Konsorcjum SICE potwierdziło spełnianie tego parametru przez użycie słowa TAK. Do zamknięcia rozprawy odwołujący się zarzucał brak posiadania stosownego doświadczenia oraz podanie w tym zakresie informacji nieprawdziwych jedynie składając oświadczenia, nie przedstawiając dowodów, ani nawet nie uprawdopodobniając podnoszonych zarzutów. Wobec niemożliwe było ich potwierdzenie

Jednocześnie wskazać jednak należy, jak trafnie podnosił zamawiający na rozprawie, że zamawiający jest uprawniony w razie późniejszego stwierdzenia złożenia nieprawdziwych informacji i poddania ich ocenie pod kątem wpływu na wynik postępowania, zobowiązany

jest do wykluczenia wykonawcy w razie stwierdzenia, że zaistniała przesłanka wykluczenia wskazana w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Uznanie zarzutu za nieudowodniony przynosi w tym przypadku skutek wobec odwołującego się. Natomiast zamawiający zobowiązany jest do prawidłowego prowadzenia postępowania, w szczególności do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 Pzp).

Zarzut dotyczący niezasadnego utajnienia kart projektów – załącznik Nr 3 – przez Konsorcja NDI, MyToll oraz Kapsch znalazł potwierdzenie.

Stanowisko dotyczące oceny analogicznego zarzutu podniesionego przez Konsorcjum Alcatel znajduje zastosowanie również w odniesieniu do odwołującego się.

Zarzuty podniesione przez IBM Polska Sp. z o. o. nie potwierdziły się. Natomiast zarzuty podniesione przez Konsorcjum Alcatel oraz Konsorcjum AMSA znalazły częściowe potwierdzenie. Naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych mogą mieć istotny wpływ na wyniki postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie IBM Polska Sp. z o. o. oraz uwzględniła odwołania Konsorcjum Alcatel oraz Konsorcjum AMSA nakazując zamawiającemu dokonania czynności zgodnie z pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy. Izba uwzględniła wynagrodzenie pełnomocników Konsorcjum Alcatel oraz Konsorcjum AMSA, w wysokości 3600 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....