

Sygn. akt: KIO/UZP 1526/10

WYROK
z dnia 30 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Anna Chudzik
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/rozprawie w dniu 27 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawcę konsorcjum: Kapsch TrafficCom AG, Kapsch Telematic Services Sp. z o.o., Telex Sp. z o.o., Am Europaplatz 2, 11-20 Wiedeń, Austria** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** protestu z dnia 28 czerwca 2010 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. konsorcjum wykonawców: Autostrada Mazowsze S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice, Autostrade per l' Italia S.A., Via Bergamini 50, 00159 Rzym, Włochy, Asseco Poland S.A., ul. Aleja Armii Krajowej 80, 35-307 Rzeszów, Asseco Czech Republic a.s., Praga 9, Podvinny młyn 2178/6, 190 00 Republika Czeska, FELA Management AG, Basadingrstrasse 18, CH-8253 Diessenhoffen, Szwajcaria** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę konsorcjum: Kapsch TrafficCom AG, Kapsch Telematic Services Sp. z o.o., Telex Sp. z o.o., Am Europaplatz 2, 11-20 Wiedeń, Austria**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdziestu czterech złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawcę **wykonawcę konsorcjum: Kapsch TrafficCom AG, Kapsch Telematic Services Sp. z o.o., Telex Sp. z o.o., Am Europaplatz 2, 11-20 Wiedeń, Austria;**
- ~~2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xx gr (słownie: xxx złotych xx groszy) przez ~~xxx~~ stanowiącej uzasadnione koszty str. ony poniesione z tytułu xxx;~~
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesięciu sześciu złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **wykonawcę konsorcjum: Kapsch TrafficCom AG, Kapsch Telematic Services Sp. z o.o., Telex Sp. z o.o., Am Europaplatz 2, 11-20 Wiedeń, Austria.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą **»Przetarg na Krajowy System Poboru Opłat, w tym czynności związane z poborem Opłaty Elektronicznej«.**

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742 i Nr 206, poz. 1591), zwanej dalej w skrócie Pzp.

29.12.2009 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2009/S 250-360 576.

18.06.2010 r. zamawiający przekazał *Informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu*, w której powiadomił o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawcy konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (a) Autostrada Mazowsze SA, (b) Autostrade per l'Italia S.p.A., (c) Asseco Poland S.A., (d) Asseco Czech Republic A.S., (e) FELA Management AG (zwanymi dalej łącznie wykonawcą konsorcjum Autostrada Mazowsze).

28.06.2010 r. wykonawca konsorcjum działających wspólnie wykonawców (1) Kapsch TrafficCom AG, Am Europaplatz 2, 1120 Wiedeń, Austria, (2) Kapsch Telematic Services sp. z o. o., ul. Surowieckiego 1, 02-785 Warszawa, (3) Texel sp. z o.o., ul. Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa (zwany dalej wykonawcą konsorcjum Kapsch) wniósł protest na naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 7 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy konsorcjum Autostrada Mazowsze oraz przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy konsorcjum Autostrada Mazowsze, który podlega wykluczeniu z postępowania.

Protestujący wnosi o uwzględnienie protestu oraz o:

- 1) powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 2) dokonanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum Autostrada Mazowsze.

Argumentacja protestującego:

1. Celem wykazania wymaganej wiedzy i doświadczenia w zakresie elektronicznego poboru opłat – zgodnie z sekcją III.2.3.B.1 ogłoszenia – konsorcjum Autostrada Mazowsze we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazało, iż uczestnik konsorcjum Autostrada Mazowsze – spółka FELA Management AG wykonał usługę *LSVA -System Elektronicznego Poboru Opłat od pojazdów ciężarowych dla Konfederacji Szwajcarskiej* (strony 9, 11, 19-27). Do zakresu zadań spółki Kapsch TrafficCom AG należała dostawa i budowa technicznej infrastruktury dla *transceiver system* oraz dostawa i budowa technicznej infrastruktury dla systemu kontroli na granicach, jak również dostawa i budowa technicznej infrastruktury dla przynależnego systemu centralnego.

System rozliczeniowy jak również komercyjne centrum zarządzania (*back office*) zostało utworzone i jest eksploatowane bezpośrednio przez Szwajcarską Generalną Dyрекcję Celną (Eidg. Zollverwaltung/Oberzolldirektion). Protestujący wskazuje, iż udział i rola FELA Management AG w realizacji tego systemu była znikoma i FELA Management AG nie uczestniczył w eksploatacji systemu. Umieszczenie wyżej wymienionego projektu w wykazie wykonanych usług stanowi zatem rażące nadużycie.

Tym samym wyżej wskazany projekt w żaden sposób nie może zostać zakwalifikowany jako projekt potwierdzający doświadczenie i wiedzę w zakresie wdrożenia i eksploatacji systemu elektronicznego poboru opłat.

Również z referencji wystawionych przez Eidg. Zollverwaltung/Oberzolldirektion dla FELA Management AG (strona 45 i 47) wynika, iż FELA Management AG wyłącznie współpracował w bliżej nieokreślonym zakresie przy budowie i prowadzeniu Szwajcarskiego Systemu »Opłat za usługi w ciężkim transporcie drogowym« (*Leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe*). Tym samym FELA Management AG nie posiada wiedzy i doświadczenia w zakresie elektronicznego poboru opłat wymaganych zgodnie z sekcją III.2.3.B.1 ogłoszenia.

Konsorcjum Autostrada Mazowsze nie wykazało zatem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego zgodnie z sekcją III.2.3.B.1 (i) i (ii) ogłoszenia i na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp podlega wykluczeniu z postępowania.

Dopuszczenie konsorcjum Autostrada Mazowsze do udziału w postępowaniu, mimo niespełnienia przez konsorcjum Autostrada Mazowsze warunków udziału w postępowaniu, jest sprzeczne z art. 51 ust. 1 Pzp i równocześnie narusza wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. Referencje wystawione dla uczestnika konsorcjum Autostrada Mazowsze – spółki Autostrade per l'Italia S.p.A. (strona 49 i 51) nie są prawidłowym dokumentem, bowiem spółka Autostrade per l'Italia S.p.A. sama sobie wystawiła referencje i sama potwierdziła należyte wykonanie przez siebie usług w zakresie wdrożenia i eksploatacji systemu elektronicznego poboru opłat typu *freeflow*. Powyższe referencje jako nieobiektywne i niewiarygodne nie mogą stanowić dowodu należytego wykonania usługi.

Tym samym nie jest spełniony warunek udziału w postępowaniu tj. nie zostało wykazane należyte wykonanie usługi. W konsekwencji konsorcjum Autostrada Mazowsze podlega wykluczeniu na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Dopuszczenie do dalszego udziału w postępowaniu wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu narusza wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i sprzeczne jest z art. 51 ust. 1 Pzp.

3. Poważne wątpliwości budzi również prawdziwość wykazu wykonanych usług konsorcjum Autostrada Mazowsze w zakresie »Budowy, wdrożenia i eksploatacji Systemu Elektronicznego Poboru Opłat typu *freeflow* dla Republiki Czeskiej«.

Asseco Czech Republik A.S. była jednym z uczestników konsorcjum, które realizowało projekt. Rola Asseco Czech Republik A.S. była przy tym istotnie ograniczona. Jak podaje Asseco Czech Republik A.S. na stronie 21 prezentacji p.t. »Telematyka ruchu i systemy dla administracji publicznej« z kwietnia 2010 r. do zakresu jej zadań w wyżej wymienionym projekcie należało:

- dostawa wyposażenia HW dla punktów poboru opłat;

- nadzór nad wyposażeniem HW dla punktów poboru opłat i zarządzanie punktami na odległość;
- serwis i utrzymanie wyposażenia HW dla punktów poboru opłat;
- dostawa materiałów eksploatacyjnych;
- Help Desk;
- okresowe szkolenia dla obsługi punktów poboru opłat;
- aplikacje SW dla punktów dystrybucji.

Dowód: Prezentacja Asseco *Telematyka transportowa i systemy dla administracji Publicznej* w języku czeskim wraz z tłumaczeniem strony tytułowej oraz strony 21 na język polski.

Asseco Czech Republik A.S. nie uczestniczyła zatem w szerszym zakresie we wdrażaniu systemu. Jak wynika z Karty Projektu (strona 13-17) Asseco Czech Republik A.S. obecnie w bardzo ograniczonym zakresie zajmuje się eksploatacją systemu.

W opinii protestującego, konsorcjum Autostrada Mazowsze nie wykazało posiadania wymaganego zgodnie z sekcją III.2.3.B.1(i) ogłoszenia doświadczenia w zakresie elektronicznego systemu poboru opłat typu *freeflow*. Tym samym konsorcjum Autostrada Mazowsze podlega wykluczeniu na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zakwalifikowanie konsorcjum Autostrada Mazowsze do dalszego etapu postępowania mimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu narusza ponadto art. 51 ust. 1 Pzp oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

4. Osoby wskazane przez konsorcjum Autostrada Mazowsze na stanowisko – Ekspert-Projektant elektronicznego systemu poboru opłat tj. Radim S., Karel E. oraz Ingo D. nie spełniają wymogów określonych w sekcji III.2.3.A.4 ogłoszenia.

Z życiorysu pana Ingo D. wynika, iż zakres jego odpowiedzialności za projekty przedstawione w życiorysie nie obejmował zaprojektowania elektronicznego systemu poboru opłat.

Zamawiający pismem z 19 marca 2010 r. wezwał konsorcjum Autostrada Mazowsze do wskazania projektu, w którym uczestniczył pan Ingo D., pozwalający na ocenę, czy doświadczenie pana Ingo D. spełnia wymagania ogłoszenia. Pismem z 21 marca 2010 r. konsorcjum Autostrada Mazowsze jako jedyny projekt, w którym uczestniczył Ingo D., spełniający wymagania określone w sekcji III.2.3.A.4(b) ogłoszenia wskazało – LKW Maut. Jednakże pan Ingo D. w zakresie projektu LKW Maut zaprojektował jedynie plan wdrożenia projektu. To nie odpowiada wymogom stawianym osobom na stanowisku Ekspert-Projektant elektronicznego systemu poboru opłat. Zgodnie z sekcją III.2.3.A.4(b) ogłoszenia wymagane jest zaprojektowanie co najmniej jednego elektronicznego systemu poboru opłat typu *freeflow* oraz co najmniej jednego elektronicznego systemu poboru opłat obejmującego Miejsca Poboru Opłat. Dopuszczalne przy tym jest przedstawienie przez wykonawcę dwóch Ekspertów-Projektantów elektronicznego systemu poboru opłat: jednego z doświadczeniem w projektowaniu elektronicznego systemu poboru opłat typu *freeflow* oraz jednego z doświadczeniem w projektowaniu elektronicznego systemu poboru opłat obejmującego Miejsca

Poboru Opłat. Pan Ingo D. nie posiada doświadczenia w projektowaniu żadnego z wskazanych wyżej rodzajów elektronicznego systemu poboru opłat i tym samym nie spełnia wymogu sekcji III.2.3.A.4(b) ogłoszenia.

Wymaganych kwalifikacji nie posiadają również panowie Radim S oraz Karel E..

W odpowiedzi na pismo zamawiającego z 19 marca 2010 r. wzywające do wskazania projektów, w którym uczestniczyli Radim S. oraz Karel E., pozwalające na jednoznaczną ocenę, czy posiadają oni wymagane ogłoszeniem doświadczenie, konsorcjum Autostrada Mazowsze wskazało – Projekt budowy i wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru opłat typu *freeflow* dla Republiki Czeskiej na zlecenie Ministerstwa Transportu.

Protestujący wskazuje, iż spółka Kapsch TrafficCom AG będąca uczestnikiem konsorcjum Protestującego uczestniczyła w realizacji wyżej wymienionego projektu i projekt ten został wykazany w wykazie wykonanych usług w pozycji 2. Protestujący podnosi, iż wszelkie istotne części systemu zostały wymyślane i zaprojektowane przez Kapsch TrafficCom AG. Panowie Radim S. oraz Karel E., jak zostało to wskazane we wniosku konsorcjum Autostrada Mazowsze, od maja 2006 r. do chwili obecnej są pracownikami Asseco Cech Republic a.s. Zaś Kapsch TrafficCom AG nie zlecał ani panu Radimowi S. ani panu Karelowi E. projektowania systemu w ramach wyżej wymienionego projektu. Tym samym panowie Radim S. oraz Karel E. nie byli i nie mogli być zaangażowani w projektowanie systemu..

Wskazując Projekt Budowy i Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu *freeflow* dla Republiki Czeskiej na zlecenie Ministerstwa Transportu jako projekt spełniający wymogi określone w sekcji III.2.3.A.4 ogłoszenia konsorcjum Autostrada Mazowsze złożyło nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp podlega wykluczeniu z postępowania.

28.06.2010 r. zamawiający powiadomił faksem wykonawców o wniesieniu protestu.

01.07.2010 r. wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o., Sanef S.A. Egis Projects SA, Mirabel Investments Sp. z o.o. Cardos Sp. złożył w terminie pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Przystępujący wnosił o uwzględnienie protestu.

01.07.2010 r. wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum Autostrada Mazowsze złożył w terminie pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Przystępujący wnosił o oddalenie protestu.

07.07.2010 r. zamawiający oddalił protest w całości.

W kwestii terminowości protestu, przystępujący Alcatel podnosi, że protestujący mógł uzyskać wiadomość w zakresie punktów: 1-3 uzasadnienia protestu już w kwietniu 2010 r., gdyż Karta Projektu, jako dokument jawny, podlegała udostępnianiu już od 26 kwietnia 2010 r. Stwierdzenia te zamawiający zobowiązany jest uzupełnić informacją, że pismo przewodnie konsorcjum Autostrada Mazowsze z 26 marca 2010 r. było udostępnione wykonawcom również w kwietniu 2010 r., a na podstawie danych tego pisma – jak się zdaje – Konsorcjum Kapsch sformułowało zarzuty punktu 4 protestu.

Niemniej jednak, nie powinno ulegać wątpliwości, że protestujący dopiero z informacji o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przesłanej przez zamawiającego 18 czerwca 2010 r. uzyskał wiadomość, iż dane przedstawione przez konsorcjum Autostrada Mazowsze zostały przez zamawiającego ocenione pozytywnie i że konsorcjum Autostrada Mazowsze zostało dopuszczone do postępowania. Protestujący wcześniej tej wiedzy nie posiadał. Z tych względów zamawiający uznał, że protest został wniesiony terminowo (art. 180 ust. 2 Pzp).

Argumentacja zamawiającego

A. Zarzuty protestu

Konsorcjum Kapsch zarzuciło naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 7 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1 Pzp mające polegać na nie zapewnieniu uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Przeciwko zakwalifikowaniu konsorcjum Autostrada Mazowsze do dalszego postępowania skierowano cztery zarzuty, polecające na tym, że:

- 1) konsorcjum Autostrada Mazowsze we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazało projekt, który miał nie potwierdzać takiego doświadczenia, protestujący argumentował, iż udział uczestnika konsorcjum Autostrada Mazowsze t.j. spółki FELA Management AG w systemie elektronicznego poboru opłat był znikomy i trudno definiowalny (**zarzut nr 1**);
- 2) konsorcjum Autostrada Mazowsze powołało nieobiektywne i niewiarygodne referencje (dla *Autostrade per l'Italia S.p.A.*), które nie mogły stanowić dowodu należytego wykonania usługi w zakresie wdrożenia i eksploatacji elektronicznego systemu poboru opłat typu *freeflow*, protestujący zarzucił, iż konsorcjum Autostrada Mazowsze *samo sobie* wystawiło referencje i tym samym nieskutecznie potwierdziło należyte wykonanie usługi (**Zarzut nr 2**);
- 3) konsorcjum Autostrada Mazowsze, a w szczególności jego uczestnik spółka *Asseco Czech Republic AS* we wdrożeniu i eksploatacji systemu elektronicznego poboru opłat dla Republiki Czeskiej był zbyt marginalny, aby mógł wykazać wymagane doświadczenia (**Zarzut nr 3**);

- 4) trzy osoby wskazane przez konsorcjum Autostrada Mazowsze na stanowisko Ekspert-Projektant elektronicznego systemu poboru opłat tj. panowie Radim S., Karel E. oraz Ingo D., nie spełniały wymogu doświadczenia w zakresie elektronicznego systemu poboru opłat (**Zarzut nr 4**).

B. Żądania protestu

Opierając się na przytoczonych zarzutach, konsorcjum Kapach zażądało: (1) uwzględnienia protestu, (2) powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, (3) dokonania czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum Autostrada Mazowsze.

C. Uzasadnienie faktyczne i prawne oddalenia protestu

Ad Zarzut nr 1. Zarzut nie potwierdził się.

W ogłoszeniu o zamówieniu z 29 grudnia 2009 r. zamawiający nie zdefiniował pojęcia »eksploatacja« jako kompletnej wielozadaniowej obsługi operatorskiej.

Fakt ten został potwierdzony wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 7 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 938/10, 997/10, 1035/10), który to wyrok zapadł w rozpoznawanym postępowaniu i z udziałem protestującego. Na stronie 29 uzasadnienia wyroku Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż utożsamienie pojęcia »eksploatacji« z wykonywaniem funkcji operatora systemu »[...]prowadziłoby do zawężającej interpretacji warunku udziału w postępowaniu wbrew jego literalnej treści«.

Z Karty Projektu »LSVA – System Elektronicznego Poboru opłat od pojazdów ciężarowych dla Konfederacji Szwajcarskiej« (str. 19-27 wniosku konsorcjum Autostrada Mazowsze) wynika, iż spółka FELA Management AG od stycznia 2001 r. uczestniczyła we wdrażaniu projektu systemu poboru opłat, a następnie kontynuowała i dalej kontynuuje eksploatację, systemu *freeflow* oraz *multi lane* w Szwajcarii.

W ramach umowy z tamtejszym zamawiającym (Szwajcarska Naczelna Dyrekcja Ceł), spółka ta prowadzi kompletne zarządzanie OBU, obejmujące m.in.: zarządzanie całym zasobem urządzeń OBU, wydawanie, przyjmowanie, produkcję OBU, utrzymywanie punktów montażu w tym dostawy części zamiennych, wsparcie internetowe dla punktów montażowych i użytkowników. Nadto, dla eksploatacji centralnego systemu – FELA Management AG zapewnia konserwację istotnych, komponentów: MINI-1S i system ekspercki do analizy i oceny danych, oprogramowanie dla użytkowników do zgłaszania danych przez Internet, pełny system bezpieczeństwa we wszystkich poziomach. Wskazano zamawiającemu, iż FELA Management AG dostarczyła cały system bezpieczeństwa dla LSVA i w ramach umowy konserwuje i wprowadza rozszerzenia do systemu (FELA/Ascom).

Co więcej, w liście referencyjnym z 3 marca 2010 r. od Naczelnej Dyrekcji Celnej na rzecz FELA Management AG (str. 45-48 wniosku konsorcjum Autostrada Mazowsze) potwierdza się, że (i) FELA Management współpracowała w budowie i prowadzeniu projektu LSVA, że (ii) system działa od stycznia 2001 r. do dnia wystawienia listu, a (iii) FELA Management AG jest związana długoterminową umową na dostawę, utrzymanie i użytkowanie. Naczelna Dyrekcja Celna potwierdziła również, że FELA Management AG, wszystkie wykonane prace i usługi w latach 1999-2010 wykonała fachowo i starannie. Dotyczy to również prac i usług będących obecnie w toku.

Z tych względów zamawiający podtrzymuje stanowisko, że czynności wykonywane w projekcie LSVA pozwoliły uznać, iż spółka kontynuuje eksploatację w ostatnich 3 latach przed datą wszczęcia postępowania i spełnia wymagania zamawiającego według B.1.(i) oraz, B.1(ii) sekcji III.2.3 ogłoszenia.

Pozostałe wykazywane projekty nr 1 i nr 3 według listy wykonanych usług (strony 9 oraz 11 wniosku konsorcjum Autostrada Mazowsze) spełniają łącznie warunek wymaganego doświadczenia w zakresie elektronicznego systemu poboru opłat.

Z tych względów, protest w tej części nie zasługiwał na uwzględnienie.

Ad zarzut nr 2. Zarzut protestu nie potwierdził się.

Art. 48 ust. 2 lit. a ppkt ii tiret drugie dyrektywy 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, stanowi, że dowody dostaw i usług należy przedstawić w przypadku, gdy odbiorcą był nabywca prywatny w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia – w postaci oświadczenia wykonawcy.

Konsorcjum Autostrada Mazowsze – przedstawiając referencje wystawione przez spółkę Autostrade per l'Italia S.p.A. – wyjaśniło, a protestujący nie przeprowadził żadnego dowodu przeciwnego, że referencje zawarte na stronach 49-51 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dotyczą Manualnego oraz Elektronicznego Systemu Poboru Opłat działającego na sieci autostrad objętych koncesją udzieloną spółce Autostrade per l'Italia S.p.A. Z dokumentu tego wynika, iż, istotnie, jeden podmiot może być zamawiającym, użytkownikiem, operatorem oraz wykonawcą systemu poboru opłat.

W tym stanie rzeczy, dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi – jako wystawiony przez jej odbiorcę – należało uznać za prawidłowy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 26 marca 2009 r. (KIO/UZP 315/09) stwierdziła, że prawodawca w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 19 maja 2006 r. nie ograniczył kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Izba wskazała, że ze sformułowania »odbiorca«, użytego przywołanym przepisem, wywieść należy, że uprawnionym do wystawienia dokumentów jest podmiot, który

bezpośrednio te usługi zlecił i odebrał, tylko on jest bowiem władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy.

W okolicznościach sprawy, odbiorcą takim była spółka Autostrade per l'Italia S.p.A.

Ad Zarzut nr 3. Zarzut nie jest uzasadniony.

Protestujący podał, a przystępujący potwierdził, że spółka Asseco Czech Republic AS była uczestnikiem konsorcjum realizującego projekt w zakresie »Budowy, wdrożenia i eksploatacji Systemu Elektronicznego Poboru Opłat typu *freeflow* dla Republiki Czeskiej«.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, uczestnik konsorcjum jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte podczas realizacji zamówienia, a doświadczenia tego nie można ograniczać jedynie do czynności faktycznie wykonywanych w ramach inwestycji (KIO 176/10, 1187/09, 1285/08 i SKŁAD ORZEKAJĄCY IZBY we Wrocławiu X Ga 332/09). W konsekwencji, zamawiający nie mógł uwzględnić zarzutu opartego na tym, że uczestnik konsorcjum realizował jedynie część umowy, za której wykonanie ponosi jednak odpowiedzialność solidarną w pełnym zakresie.

Ad Zarzut nr 4. Zarzut nie potwierdził się.

Konsorcjum Autostrada Mazowsze wskazało na stanowisko Eksperta-Projektanta elektronicznego systemu poboru opłat następujące osoby: (i) Thomas K., (ii) Radim S. – alternatywnie łącznie z (iii) Pierpaolo K., (iv) Karel E. alternatywnie łącznie z (v) Pierpaolo R., (vi) Ingo D. oraz (vii) Tibor S..

Ze złożonych zamawiającemu dokumentów wynika, że kwalifikacje panów: (i) Thomas K., (ii) Pierpaolo R., (iii) Tibor S. spełniają wymagania postawione wobec Eksperta-Projektanta elektronicznego systemu poboru opłat. Z tego względu, podkreślane przez protestującego mankamenty kwalifikacji panów: (i) Radim S., (ii) Karel E., (iii) Ingo D. należało uznać za pozbawione znaczenia dla wyników postępowania, bowiem konsorcjum Autostrada Mazowsze przedstawiła inne osoby, legitymujące się wymaganymi kwalifikacjami.

Z tych względów protest podlegał oddaleniu.

16.07.2010 r. wykonawca konsorcjum Kapsch złożył odwołanie o tej samej treści co protest. Zamawiający został poinformowany o wniesieniu odwołania.

19.07.2010 r. (poniedziałek) zamawiający powiadomił o wniesieniu odwołania.

27.07.2010 r. wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum Autostrada Mazowsze przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę pismo zamawiającego z 23.07.2010 r., wyjaśnienia oraz stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane podczas rozprawy, a także dowód złożony przez odwołującego – w postaci wyciągu z wyroku ETS w języku angielskim, orzeczenie Trybunału z 2 grudnia 1999 r., Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari, Sprawa C-176/98 – skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 7 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy konsorcjum Autostrada Mazowsze oraz przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy konsorcjum Autostrada Mazowsze, który podlega wykluczeniu z postępowania – nie zasługuje na poparcie.

Do argumentu nr 1.

Zamawiający – zgodnie z sekcją III.2.3.B.1 ogłoszenia – żądał aby wykonawca wykazał w ramach wiedzy i doświadczenia wykonawcy, że cyt. »[...] 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 jednego systemu elektronicznego poboru opłat typu *freeflow* odpowiadającego zakresem oraz rodzajem elektronicznemu systemowi opisanemu poniżej, oraz jednego systemu elektronicznego poboru opłat zintegrowanego z Miejscami Poboru Opłat (MPO) zapewniającymi wjazd na sieć dróg płatnych. Przez wdrożenie należy rozumieć co najmniej zaprojektowanie i instalację systemu«. Wynika z tego postanowienia ogłoszenia, że zamawiający uzna spełnienie warunku, gdy wykonawca wykaże, że:

- [1] wdrożył i kontynuuje eksploatację, lub
- [2] kontynuuje eksploatację, lub
- [3] zakończył w ciągu ostatnich 3 lat eksploatację.

Nie może ulegać wątpliwości, że zamawiający w tym postanowieniu zastosował alternatywę nierozłączną. Czyli wystarczy, że wykonawca wykaże, że wykonał jeden z wymaganych elementów, a w tym kontynuowanie eksploatacji.

Podobnie ustawodawca postąpił formułując m.in. treść art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a-d Pzp w celu podkreślenia, że chodzi mu o alternatywę nierozłączną, zamieszczając za każdym elementem

alternatywy funktor prawdziwościowy »lub«. Zgodnie z gramatyką języka polskiego wielokrotne zamieszczenie wyrazu »lub« w tej konstrukcji zdania było zbędne, jednak uwypukliło zamiar ustawodawcy, aby podkreślić zastosowanie alternatywy nierozłącznej w tym przepisie. Alternatywa nierozłączna jest prawdziwa jeżeli przynajmniej jeden z elementów jest prawdziwy.

Może być także prawdziwa większa liczba elementów, a zdanie będzie fałszywe tylko wtedy, gdy wszystkie składniki będą fałszywe. Warunki prawdziwości alternatywy nierozłącznej dla dwóch elementów, czyli sytuacji najprostszej, obrazuje tabela:

p	q	$p \vee q$
1	1	1
1	0	1
0	1	1
0	0	0

Objaśnienie: „p” i „q” – elementy, „1” – prawda, „0” – fałsz, „V” – symbol alternatywy nierozłącznej (zwykłej).

Wykonawca konsorcjum Autostrada Mazowsze we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazał, iż uczestnik konsorcjum – spółka FELA Management AG wykonał usługę *LSVA – System Elektronicznego Poboru Opłat od pojazdów ciężarowych dla Konfederacji Szwajcarskiej* (strony 9, 11, 19-27 wniosku). Jednak odwołujący nie kwestionuje, że spółka FELA Management AG współpracowała w bliżej nieokreślonym zakresie przy budowie i prowadzeniu Szwajcarskiego Systemu »Opłat za usługi w ciężkim transporcie drogowym«. Natomiast brak doprecyzowania przez zamawiającego określenia, co należy rozumieć pod pojęciem »eksploatacja«, jak tego dokonał w przypadku pojęcia »wdrożenie« nie może obciążać wykonawcy.

Komputerowy Słownik Języka Polskiego PWN stwierdza, że »eksploatacja« to, cyt. »wykorzystywanie czegoś w sposób racjonalny; [...] użytkowanie urządzeń, maszyn zgodnie z ich przeznaczeniem [...]«. Natomiast »prowadzenie« to m.in. »Prowadzenie domu, sklepu«. Prowadzenie sklepu polega właśnie na użytkowaniu urządzeń [towarów i środków] zgodnie z ich przeznaczeniem [czyli do handlu i obsługi klientów].

Natomiast odwołujący nie zakwestionował ani czasu, ani należytego wykonywania referencyjnych usług, ani nie wskazał na zerowy zakres wykonywania i ponoszenia odpowiedzialności za wykonywanie usług.

Ponadto fakt braku podstaw do bardziej restrykcyjnego niesprecyzowanego rozumienia »eksploatacja« został potwierdzony wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 7 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 938/10, 997/10, 1035/10), który to wyrok zapadł w rozpoznawanym postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż utożsamienie pojęcia »eksploatacji« z innymi pojęciami »[...]prowadziłoby do zawężającej interpretacji warunku udziału w postępowaniu wbrew jego literalnej treści«.

Wobec tego pierwszy argument odwołującego nie może zostać zaakceptowany przez skład orzekający Izby.

Do argumentu nr 2.

Odwołujący zarzucił, że referencje wystawione dla uczestnika wykonawcy konsorcjum Autostrada Mazowsze – spółki Autostrade per l'Italia S.p.A. (strona 49 i 51) nie powinny być brane pod uwagę przez zamawiającego, gdyż spółka ta sama sobie wystawiła referencje i sama potwierdziła należyte wykonanie przez siebie usług w zakresie wdrożenia i eksploatacji systemu elektronicznego poboru opłat typu *freeflow*. Referencje te, jako wystawione przez sam podmiot później nimi się legitymujący, muszą być nieobiektywne i niewiarygodne nie mogą stanowić potwierdzenia należytego wykonania usługi.

Art. 48 ust. 2 lit. a tiret drugie 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 (Dz. Urz. UE 32004L0018) stanowi, że dowody usług należy przedstawić w przypadku, gdy odbiorcą był nabywca prywatny, w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia – w postaci oświadczenia wykonawcy.

W przypadku, gdy odbiorcą jest nabywca prywatny, a taka sytuacja może mieć miejsce w Europie, a ze względu na wdrażanie systemu koncesji, a także partnerstwa publiczno-prywatnego również coraz częściej w Polsce i taka sytuacja wystąpiła w rozpoznawanym postępowaniu – odbiorca jest tym samym podmiotem co nabywca i wobec tego musi mieć prawo do wystawienia sam sobie referencji.

Natomiast odwołujący nie zakwestionował samego należytego wykonywania usługi, czyli nie kwestionował samej wiarygodności wystawionych w postępowaniu referencji. W przypadku wystąpienia nienależytego świadczenia usługi dla szwajcarskiej instytucji państwowej bądź dla odpowiedzialnego za wykonanie usługi konsorcjum, odwołujący nie miałby niepokonywalnych trudności uzyskania dokumentów, które wykazywałyby nienależyte świadczenie usługi.

Wykonawca konsorcjum Autostrada Mazowsze – przedstawiając referencje wystawione przez spółkę Autostrade per l'Italia S.p.A. – wyjaśnił, że referencje zawarte na stronach 49-51 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dotyczą Manualnego oraz Elektronicznego Systemu Poboru Opłat działającego na sieci autostrad objętych koncesją udzieloną spółce Autostrade per l'Italia S.p.A. Z dokumentu tego wynika, iż, istotnie, jeden podmiot może być zamawiającym, użytkownikiem, operatorem oraz wykonawcą systemu poboru opłat.

W tym stanie rzeczy, dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi – jako wystawiony przez jej odbiorcę – zamawiający powinien uznać jako prawidłowy.

Ponadto § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) nie ograniczył kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług i w związku z tym podmiotem uprawnionym do wystawienia dokumentów jest podmiot, który bezpośrednio te usługi zlecił i odebrał, tylko on jest bowiem władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy – tak samo wyrok KIO z 26 marca 2009 r. (KIO/UZP 315/09). Izba stwierdza, że odbiorcą takim była spółka Autostrade per l'Italia S.p.A.

Dlatego argument nr 2 nie może zostać zaakceptowany przez skład orzekający Izby.

Do argumentu nr 3.

Odwołujący kwestionuje prawdziwość wykazu wykonanych usług wykonawcy konsorcjum Autostrada Mazowsze w zakresie »Budowy, wdrożenia i eksploatacji Systemu Elektronicznego Poboru Opłat typu *freeflow* dla Republiki Czeskiej«, gdyż zdaniem odwołującego udział wykonawcy w tym przedsięwzięciu był zbyt nieznaczący, aby wykonawca mógł wykazać, że uzyskał wymagane doświadczenie. Wobec tego zamawiający powinien wykluczyć tego wykonawcę, gdyż rola uczestnika wykonawcy konsorcjum Autostrada Mazowsze – Asseco Czech Republic A.S. była przy realizacji wykazanej usługi nazbyt ograniczona. Jak podaje Asseco Czech Republic A.S. na stronie 21 prezentacji p.t. *Telematyka ruchu i systemy dla administracji publicznej* z kwietnia 2010 r. do zakresu jego zadań w projekcie należały: dostawa i serwis wyposażenia dla punktów poboru opłat; nadzór nad wyposażeniem dla punktów poboru opłat i zarządzanie punktami na odległość; dostawa materiałów eksploatacyjnych; help desk; okresowe szkolenia dla obsługi punktów poboru opłat; aplikacje *software* dla punktów dystrybucji. Jak z tego wynika, zdaniem odwołującego, podmiot Asseco Czech Republic A.S. nie uczestniczył w szerszym zakresie we wdrażaniu systemu, a obecnie (strona 13-17) podmiot ten w bardzo ograniczonym zakresie zajmuje się eksploatacją systemu. Zatem wykonawca konsorcjum Autostrada Mazowsze nie wykazał posiadania wymaganego zgodnie z sekcją III.2.3.B.1.i ogłoszenia doświadczenia w zakresie elektronicznego systemu poboru opłat typu *freeflow*.

Jednak zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, uczestnik konsorcjum jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte podczas realizacji zamówienia, a doświadczenia tego nie można ograniczać jedynie do czynności faktycznie wykonywanych w ramach inwestycji (KIO 176/10, 1187/09, 1285/08 i Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Ga 332/09). W konsekwencji, zamawiający nie mógł uwzględnić zarzutu opartego na tym, że uczestnik konsorcjum realizował jedynie część umowy, za której wykonanie ponosi jednak odpowiedzialność solidarną w pełnym zakresie. szczególnie, że wykonawca pełnił tak istotne funkcje wymagające dużego zaangażowania w przedsięwzięcie jak: nadzór nad wyposażeniem

dla punktów poboru opłat i zarządzanie punktami na odległość, prowadzenie okresowych szkoleń dla obsługi punktów poboru opłat czy wykonywanie aplikacji *software* dla punktów dystrybucji, czemu nie zaprzeczył odwołujący.

Strony przytoczyły wyrok Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 r., *Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari* Sprawa C-176/98, gdzie w pkt 31 ETS stwierdza, że przepisy cyt. »dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi przez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami«, jednak cyt. »pod warunkiem, że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia«.

W wyniku ewolucji podejścia do problemu konkurencyjności postępowania, po okresie około 10 lat od wydania przytaczanego wyroku, pogląd ten jest traktowany coraz bardziej liberalnie i tak KIO m.in. w wyroku z 22 marca 2010 r. KIO/UZP 176/10, stwierdziła, iż wykonawcy przysługuje prawo do powoływania się na doświadczenie w realizacji całego przedmiotu zamówienia, mimo że zamówienie wykonane zostało wspólnie z innymi podmiotami tworzącymi konsorcjum, czy w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 października 2009 r., KIO/UZP 1187/09, gdzie wskazano, iż nie sposób twierdzić, że doświadczenie zdobywa się jedynie w wyniku faktycznie wykonywanych czynności i tylko w tym zakresie. Doświadczenie może wynikać również ze współpracy, szczególnie w przypadku ponoszenia solidarnej, czyli w efekcie rzeczowej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia, co jest ustanowione w art. 141 Pzp.

Dlatego argument nr 3 nie może zostać zaakceptowany przez skład orzekający Izby.

Do argumentu nr 4.

Odwołujący wskazał trzy osoby wykazane przez wykonawcę konsorcjum Autostrada Mazowsze na stanowisko Ekspert-Projektant elektronicznego systemu poboru opłat tj. panów Radim S, Karelm E. oraz Ingo D., że osoby te nie spełniły wymogu doświadczenia w zakresie elektronicznego systemu poboru opłat, zgodnie z postanowieniami sekcji III.2.3.A.4 ogłoszenia.

Zamawiający przyznał, że oprócz wyżej wymienionych osób wykonawca konsorcjum Autostrada Mazowsze wykazał kwalifikacje panów K., R. i S., a w związku z tym wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu bez względu na problematyczne kwalifikacje osób wskazanych przez odwołującego. Odwołujący nie zaprzeczył kwalifikacjom panów K., R. i S. oraz temu, że na tej podstawie zamawiający mógł zaklasyfikować spełnienie warunku doświadczenia wykonawcy konsorcjum Autostrada Mazowsze.

Dlatego argument nr 4 nie może zostać zaakceptowany przez skład orzekający Izby.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742 i Nr 206, poz. 1591) 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*