

WYROK
z dnia 3 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski
Irmina Wiktoria Pawlik
Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 lutego 2022 r. przez wykonawcę "Vitronic Machine Vision Polska" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Ministra Finansów przy udziale wykonawcy Kapsch Telematic Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę "Vitronic Machine Vision Polska" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „wykonawcę "Vitronic Machine Vision Polska" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:
.....
.....

UZASADNIENIE

W dniu 3 lutego 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy – "Vitronic Machine Vision Polska" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu (dalej jako „Odwołujący”) – na zaniechanie dokonania przez zamawiającego – Skarbu Państwa – Ministra Finansów (dalej jako „Zamawiający”) czynności wykluczenia Kapsch Telematic Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako sPzp) w związku z Rozdziałem IX pkt 3 ppkt 3.2. SIWZ „poprzez zaniechanie wykluczenia Kapsch pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2. SIWZ, pomimo wezwania Kapsch na podstawie art. 26 ust. 3 sPZP do udzielenia wyjaśnień w celu wykazania spełnienia tego warunku”,
- 2) „art. 24 ust. 1 pkt 16) sPZP oraz art. 24 ust. 1 pkt 17) sPZP poprzez zaniechanie wykluczenia Kapsch, pomimo tego, że Kapsch w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w Rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2. SIWZ, a także, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje dotyczące ww. projektów referencyjnych zrealizowanych na rzecz Agencji oraz GDDKiA, wprowadzające Zamawiającego w błąd, mające istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu i prowadzące do wyboru oferty Kapsch jako najkorzystniejszej”.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert,
 - c) wykluczenia Kapsch z Postępowania,
 - d) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów „na okoliczności wskazane w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną złożone przez Odwołującego na rozprawie”,

- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego „zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Kapsch Telematic Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”).

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, przepisy dotychczasowe stosuje się do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w sPzp, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. Stosownie zaś do art. 92 ust. 2 ww. ustawy, do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89 sPzp, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy Pzp, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy sPzp.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zaprojektowanie, dostosowanie, budowa i utrzymanie Punktów Kontroli oraz dostawa i utrzymanie Przenośnych Punktów Kontrolnych dla Systemu Kontroli w Systemie Poboru Opłaty Elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej Numer referencyjny: R/18/20/PO/G/450” (dalej jako „Postępowanie”) z zastosowaniem przepisów sPzp w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 sPzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 listopada 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 227-558199.

W rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SIWZ”) Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą

ubiegać się Wykonawcy, którzy „w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej spełniają następujące warunki: Wykonawca spełni powyższy warunek, jeżeli wykaże iż w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) przed upływem terminu składania ofert wykonał w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i technicznej oraz prawidłowo ukończył co najmniej:

- a) jedno (1) zadanie inwestycyjne, obejmujące wykonanie robót budowlanych polegających na budowie co najmniej 20 obiektów budowlanych lub urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego składających się z konstrukcji nośnej oraz dedykowanej jej fundamentów łącznie przystosowanych do montażu urządzeń, sprzętu i innych elementów wykorzystywanych do: i) poboru lub kontroli opłat drogowych lub ii) zarządzania ruchem pojazdów lub drogą lub iii) monitorowania ruchu pojazdów lub drogi lub iv) kontroli ruchu pojazdów lub drogi oraz
- b) jedno (1) zadanie inwestycyjne, obejmujące montaż urządzeń, sprzętu i innych elementów wykorzystywanych do i) poboru lub kontroli opłat drogowych lub ii) zarządzania ruchem pojazdów lub drogą lub iii) monitorowania ruchu pojazdów lub drogi lub iv) kontroli ruchu pojazdów lub drogi.

Jedna wykazana umowa może jednocześnie potwierdzać spełnianie więcej niż jednego warunku udziału w postępowaniu.”

W rozdziale XIV ust. 3 pkt 2 SIWZ określono, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę powyższego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający będzie żądać „wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty - Wzór Załącznik K do SIWZ”, przy czym w rozdziale XIV ust. 21 SIWZ określono, że w przedmiotowym zakresie Zamawiający zaleca wykorzystanie wzoru stanowiącego Załącznik K do SIWZ.

W toku Postępowania Przystępujący złożył wykaz robót budowlanych (sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik K do SIWZ), w którym wskazano na dwa zamówienia:

1. wykonane na rzecz Ministerstwa Rozwoju Regionalnego i Zagospodarowania Przestrzennego Agencja ds. Infrastruktury Drogowej w Bułgarii (dalej jako „Agencja”), którego przedmiotem było „wykonanie jednego zadania inwestycyjnego obejmującego wykonanie robót budowlanych polegających na budowie co najmniej 20 obiektów budowlanych lub urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego składających się z konstrukcji nośnej oraz dedykowanej jej fundamentów łącznie przystosowanych do montażu urządzeń, sprzętu i innych elementów wykorzystywanych do poboru i kontroli opłat drogowych oraz wykonanie jednego zadania inwestycyjnego obejmującego montaż urządzeń, sprzętu i innych elementów wykorzystywanych do poboru i kontroli opłat drogowych”,
2. wykonane na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (dalej jako „GDDKiA”), którego przedmiotem było „1) wykonanie jednego zadania inwestycyjnego obejmującego wykonanie robót budowlanych polegających na budowie co najmniej 20 obiektów budowlanych lub urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego składających się z konstrukcji nośnej oraz dedykowanej jej fundamentów łącznie przystosowanych do montażu urządzeń, sprzętu i innych elementów wykorzystywanych do poboru i kontroli opłat drogowych oraz wykonanie jednego zadania inwestycyjnego obejmującego montaż urządzeń, sprzętu i innych elementów wykorzystywanych do poboru i kontroli opłat drogowych, oraz 2) wykonanie jednego zadania inwestycyjnego obejmującego montaż urządzeń, sprzętu i innych elementów wykorzystywanych do poboru i kontroli opłat drogowych”.

Jako dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wyżej wymienionych zamówień

Przystępujący złożył:

- referencje z 30 lipca 2020 r., w których Agencja potwierdziła, że „Kapsch Telematic Services sp. z o.o. będący członkiem konsorcjum Kapsch Traffic Solutions DZZD w okresie [16.01.18 r. – 14.12.18 r.] zrealizował co najmniej 1 (jedno) zadanie inwestycyjne, które obejmuje: (i) wykonanie robót budowlanych polegających na wybudowaniu co najmniej 20 obiektów budowlanych lub urządzeń zapewniających bezpieczeństwo na drodze wraz z wykonaniem nadbudów i specjalnych fundamentów wraz z urządzeniami zaadaptowanymi do celów montażu, wyposażeniem i innymi elementami w celu: 1) pobierania lub kontroli opłat drogowych, 2) zarządzania, 3) monitorowania lub 4) kontroli środków transportu lub ruchu drogowego, i (ii) zainstalowaniu urządzeń, wyposażenia i innych elementów w celu 1) pobierania lub kontroli opłat drogowych, 2) zarządzania, 3) monitorowania lub 4) kontroli ruchu drogowego” oraz że „zadanie zostało zrealizowane prawidłowo zgodnie z obowiązującymi standardami budowlanymi na terytorium Republiki Bułgarii”,
- pismo GDDKiA z 29 października 2018 r. potwierdzające, że „Konsorcjum spółek: Kapsch TrafficCom AG, Kapsch Telematic Services Sp. z o.o., Texel sp. z o.o., w

imieniu którego działa Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. świadczy od 1 lipca 2011r. usługi utrzymania Krajowego Systemu Poboru Opłat, a wartość zamówienia, na które składa się budowa i utrzymanie KSPO, przekroczyła 3 mld zł netto”.

W dniu 11 października 2021 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Odwołujący wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Wyrokiem z dnia 19 listopada 2021 roku, wydanym w sprawie o sygn. KIO 3122/21, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła w części przedmiotowe odwołanie w części i nakazała Zamawiającemu „unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem (...) zwrócenie się do Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1853) o udzielenie wyjaśnień dotyczących zakresu udziału tego wykonawcy w wykonaniu obu umów wskazanych w wykazie robót budowlanych w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2., w szczególności udziału w wykonaniu robót budowlanych oraz należytego wykonania umowy zawartej z Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie”.

Przystępujący wniósł skargę na ww. wyrok, która została oddalona.

W dniu 15 grudnia 2021 roku Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 sPzp wezwał Przystępującego „do udzielenia wyjaśnień dotyczących umów wskazanych w celu wykazania posiadania doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych”, wskazując przy tym, iż „wyjaśnienia te powinny dotyczyć na czym polegał udział Wykonawcy w konsorcjach, które wykonały oba projekty referencyjne. Wykonawca musi wykazać Zamawiającemu, że jako członek konsorcjum nabył realnego doświadczenia, które da podstawę do twierdzenia, że jest w stanie należycie wykonać roboty budowlane. Ponieważ z dokumentów dotyczących umowy zrealizowanej na rzecz GDDKIA nie wynika, że Wykonawca wykonywał roboty budowlane, Zamawiający oczekuje jednoznacznego wykazania tej kwestii. Ponadto zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej należyte wykonanie robót budowlanych w ramach tej umowy nie powinno podlegać domniemaniu Zamawiającego i w tym celu należy przedstawić potwierdzenie (np. referencje) należytego wykonania umowy”.

W dniu 5 stycznia 2022 r. Przystępujący udzielił odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, w której potwierdził, że „zakres i forma udziału Wykonawcy w realizacji obu umów wskazanych w wykazie robót budowlanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu z rozdziału IX pkt 3) 3.2. SIWZ potwierdza, że Wykonawca zdobył realne

doświadczenie odpowiadające wymogom opisanym w ww. warunku. Jednocześnie potwierdzam, że obie umowy zostały wykonane należycie”.

W zakresie dotyczącym umowy zrealizowanej na rzecz GDDKiA (dalej jako „umowa z GDDKiA”) w ww. odpowiedzi Przystępujący wskazał, że:

- 1) „rola Wykonawcy w konsorcjum wykonującym przedmiotową umowę w sposób jednoznaczny została przesądzona w umowie konsorcjum zawartej pomiędzy Wykonawcą a dwoma innymi konsorcjantami (tj. Kapsch TrafficCom AG i Texel sp. z o.o.). Stosownie do pkt 3.4.3 i 3.4.4 umowy konsorcjum, wyciąg z której załączam do niniejszego pisma, to Wykonawca pełnił funkcję generalnego wykonawcy wszystkich robót budowlanych, usług i dostaw na rzecz zamawiającego GDDKiA. Umowa konsorcjum przewidywała swoiste „domniemanie kompetencji” na rzecz Wykonawcy. W szczególności w gestii Wykonawcy leżało wykonanie robót polegających na budowie urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego (bramownic) składających się z konstrukcji nośnej (w szczególności słupów oraz rygla tworzących bramownicę) oraz dedykowanych jej fundamentów przystosowanych do montażu urządzeń, sprzętu i innych elementów wykorzystywanych do celów systemu poboru i kontroli opłat (Krajowego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych viaTOLL). Wykonawca był także uprawniony do zawierania umów z podwykonawcami i/lub dostawcami. Zgodnie z umową konsorcjum jedynie Wykonawca był uprawniony do wystawiania faktur za roboty budowlane, usługi i dostawy wykonywane w ramach realizacji Umowy Podstawowej na rzecz zamawiającego GDDKiA, co dodatkowo potwierdza kluczową rolę Wykonawcy w konsorcjum”,
- 2) „wykonywanie opisanych w powyższym warunku [udziału w Postępowaniu określonym w rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ – przyp. Izby] robót budowlanych w zakresie budowy urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w 2017 roku i kolejnych latach realizacji przedmiotowej umowy (tj. w okresie mieszczącym się w wymaganiu z warunku udziału w Postępowaniu) potwierdza, w szczególności dokumentacja rozszerzenia zakresu prac w ramach referencyjnego projektu o budowę i uruchomienie kolejnych bramownic (będących urządzeniami bezpieczeństwa ruchu drogowego składających się z konstrukcji nośnej oraz dedykowanych jej fundamentów łącznie przystosowanych do montażu urządzeń, sprzętu i innych elementów wykorzystywanych do zastosowań wskazanych w warunku udziału w Postępowaniu). Wykonanie opisanego powyżej rozszerzenia było wprost przedmiotem umowy z 2 listopada 2010 roku”,
- 3) „uregulowania odnoszące się szczegółowo do odpowiedzialności wykonawcy w zakresie budowy bramownic w ramach rzeczonyj umowy (w tym każdorazowych rozszerzeń sieci dróg płatnych) zostały opisane w załączniku nr 2 do umowy, części 3 I pt. „Obsługa Infrastruktury”, gdzie choćby w punkcie I1.1.18 wyraźnie stwierdza się, że Wykonawca był odpowiedzialny za wykonanie konstrukcji bramownic”,

- 4) „zawierane przez Wykonawcę umowy podwykonawcze i zakres prac w nich przewidziany (zawierający odniesienia do robót budowlanych) stanowi dodatkowy dowód na okoliczność, że to Wykonawca był odpowiedzialny za prace objęte warunkiem udziału w Postępowaniu, na potwierdzenie spełnienia którego przedstawiony został niniejszy projekt referencyjny”,
- 5) „Wykonawca starał się uzyskać referencje od zamawiającego GDDKiA. Wykonawca w odpowiedzi otrzymał jednak od GDDKiA pismo z dnia 29 października 2018 r., w którym potwierdzono świadczenie w ramach zamówienia określonych prac i usług, ale nie wskazano wprost, czy wykonanie ich było należyte”,
- 6) „został przedstawiony protokół zdawczo-odbiorczy potwierdzający przekazanie bramownic do GDDKiA. Uzupełniając powyższe, w załączeniu do niniejszego pisma przedstawiam dodatkowo wnioski o płatność i potwierdzenie realizacji płatności przez GDDKiA, które tym bardziej potwierdzają, że prace te zostały zakończone pomyślnie, zaś wynagrodzenie zostało zapłacone, co potwierdza, że umowa została wykonana należyście”,
- 7) „przedstawiam pismo dotyczące zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, stosownie do którego w dniu 5 grudnia 2018 roku Wykonawcy został odesłany oryginał gwarancji bankowej udzielonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy dla rzeczonoego projektu (a z której skądinąd zamawiający w toku realizacji projektu nigdy nie skorzystał). W tym zakresie wskazuję, że stosownie do art. 151 ust. 1 p.z.p. zamawiający zwraca zabezpieczenie należytego wykonania umowy w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania go przez zamawiającego za należyście wykonane. Tym samym potwierdzony załączonym pismem fakt zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowi jednocześnie potwierdzenie należytego wykonania tej umowy”.

W zakresie dotyczącym umowy zrealizowanej na rzecz Agencji (dalej jako „umowa z Agencją”) w ww. odpowiedzi Przystępujący wskazał, że:

- 1) „referencja wystawiona przez zamawiającego bułgarskiego została wystawiona na Wykonawcę, a nie na żadnego z innych członków konsorcjum. Referencja ta jednoznacznie potwierdza wykonanie prac odpowiadających opisowi zawartemu w treści warunku”,
- 2) „przedstawiam oświadczenie Kapsch Telematik Technologies Bulgaria EAD – lidera konsorcjum wykonującego rzeczoną umowę, z którego jednoznacznie wynika, że Wykonawca był członkiem konsorcjum odpowiedzialnym za prace odpowiadające treści warunku udziału w Postępowaniu, a także dodatkowe oświadczenie zamawiającego bułgarskiego, wprost potwierdzające, że w szczególności Wykonawca jako członek konsorcjum realizującego tę umowę uczestniczył bezpośrednio w realizacji prac objętych warunkiem udziału w Postępowaniu”,

- 3) „prezentuję oświadczenie podwykonawcy ITA Engineering Ltd., z którego w sposób jednoznaczny wynika, że to Wykonawca był podmiotem nadzorującym, prowadzącym, kontrolującym i odbierającym prace w zakresie robót budowlanych wraz z instalacją urządzeń, wyposażenia i innych elementów realizowanych w ramach wspomnianej umowy”,
- 4) „zaangażowanie Wykonawcy w wykonywanie prac opisanych w treści warunku udziału w Postępowaniu potwierdzają także inne dokumenty z realizacji tego projektu, które wyraźnie wskazują, że to Wykonawca, jego personel oraz podmioty działające na jego zlecenie realizowały kluczowe zadania w ramach rzeczzonego projektu. W tym kontekście należy wskazać, że w związku z wykonywaniem niniejszej umowy personel Wykonawcy uczestniczył w naradach organizowanych w trakcie realizacji projektu, na których omawiano poszczególne aspekty realizacji robót budowlanych znajdujących się w zakresie zadań Wykonawcy, a dodatkowo zaangażowanie Wykonawcy w ten projekt sprawiło, że niektórzy pracownicy Wykonawcy zostali uznani za mających rezydencję podatkową w Bułgarii na potrzeby poboru podatku dochodowego”.

Do odpowiedzi na wezwanie z dnia 5 stycznia 2022 roku Przystępujący załączył:

- 1) wyciąg z umowy konsorcjum z dnia 1 września 2010 r. zawartej pomiędzy Kapsch TrafficCom AG, Texel sp. z o.o. i Przystępującym, w której:
 - a) Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. zwany był „KTS PL”,
 - b) umowa na realizację Krajowego Systemu Poboru Opłat wraz z czynnościami związanymi z elektronicznym poborem opłat za pośrednictwem zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, w związku z którym ogłoszenie o zamówieniu publicznym (etap prekwalfikacji) zostało opublikowane pod numerem referencyjnym 2009/S 250-360576, a następnie pod numerem GDDKiA-DPP-PPP3-PC-071-2510/09 zwana była „Kontraktem Podstawowym”,
 - c) pkt 3.3.1 miał treść „Przywództwo w Konsorcjum jest podzielone w następujący sposób:
 - (i) KTC AG jest wiodącym członkiem Konsorcjum do dnia zawarcia Umowy Głównej włącznie;
 - (j) KTS PL będzie wiodącym członkiem Konsorcjum od dnia zawarcia Umowy Głównej,Strony niniejszym potwierdzają i ratyfikują powołanie zarówno KTC AG jak i KTS PL (z zastrzeżeniem powyższego) na reprezentatywnego członka wiodącego (dalej "Członek Wiodący") Konsorcjum dla wszystkich celów reprezentacyjnych w odniesieniu do Projektu”,
 - d) pkt 3.4.1 miał treść „Zakres Prac oznacza i obejmuje wszystkie prace, usługi i produkty określone w Załączniku nr 1 do niniejszej umowy, które każdy

z Konsorcjantów będzie świadczył w trakcie realizacji Kontraktu Podstawowego. Strony uzgadniają, a KTC AG przyjmuje i potwierdza, że KTC AG będzie odpowiedzialna za prawidłowe wykonanie i dostarczenie Zakresu Prac zgodnie z odpowiednim harmonogramem określonym w Załączniku I. Strony uzgadniają, a Texel przyjmuje i potwierdza, że Texel będzie odpowiedzialna za prawidłowe wykonanie i dostarczenie Zakresu Prac zgodnie z odpowiednim harmonogramem określonym w Załączniku I. Ponadto Strony uzgadniają, że Zakres Prac określony w Załączniku 1 ma jedynie charakter wstępny i może ulec zmianie w trakcie realizacji Projektu. Dlatego też wyraźnie ustala się, że Zakres Prac WONK jest opisany w Załączniku 1 w sposób bardzo ogólny. Rzeczywisty Zakres Prac oraz odpowiednie wynagrodzenie zostaną określone w umowie wykonawczej, której wzór stanowi Załącznik nr 2 do niniejszego dokumentu ("Umowa Wykonawcza"), która zostanie zawarta pomiędzy Członkiem Konsorcjum a KTS PL i będzie podlegać okresowym zmianom wynikającym z wymogów Kontraktu Podstawowego na mocy decyzji Konsorcjum, które będą musiały być przestrzegane przez Strony Umowy Wykonawczej",

- e) pkt 3.4.3 miał treść „Wszelkie prace, usługi lub dostawy nieprzydzielone żadnej ze Stron, a niezbędne do realizacji Projektu, leżą w zakresie odpowiedzialności KTS PL”,
 - f) pkt 3.4.4. miał treść „KTS PL będzie generalnym dostawcą wszystkich prac, usług i dostaw na rzecz Zamawiającego, które są niezbędne do wykonania Kontraktu Podstawowego, jak również jedynym wiodącym Członkiem Konsorcjum wyłącznie odpowiedzialnym za finansowe i operacyjne zarządzanie Projektem, np. fakturowanie wszystkich prac, usług i dostaw na rzecz Zamawiającego, kontakty z Zamawiającym oraz ogólną obsługę Projektu. Ponadto KTS PL jest uprawniona do zawierania umów z podwykonawcami i/lub dostawcami. W związku z tym KTC AG i Texel są zobowiązane do dostarczenia KTS PL wszystkich prac, usług i dostaw w ramach ich zakresów prac. W celu uniknięcia wątpliwości jedynie KTS PL jest uprawniona do wystawiania faktur za prace, usługi i dostawy wykonane w ramach realizacji Umowy Podstawowej wobec Zamawiającego. W przypadku dokonania przez Zamawiającego jakiegokolwiek płatności na rzecz Członek Konsorcjum inny niż KTS PLI, Członek Konsorcjum jest zobowiązany do niezwłocznego przekazania takiej płatności do KTS PL”,
 - g) w załączniku nr 1 Zakres prac stron umowy napisano „Zakres prac KTS PL Jak opisano w pkt 3.4.3 i 3.4.4”,
- 2) instrukcja IMSDP 0029 z dnia 8 lutego 2017 r.,
 - 3) Świadcstwo Rozpoczęcia Pełnego Zakresu Usług na Rozszerzeniach Sieci Dodatkowej ESP nr VIII (ANIE 9) zgodnie z Instrukcją IMSDP 0029, w którym wskazano, że

- „Wydanie niniejszego Świadectwa Rozpoczęcia Pełnego Zakresu Usług na Rozszerzeniach Sieci Dodatkowej ESP, będzie uprawniać Konsorcjum Kapsch do wynagrodzenia ryczałtowego (...) skorygowanego o wartość punktów karnych, przyznanych zgodnie z Załącznikiem 11, Część 3”,
- 4) protokół zdawczo-odbiorczy dnia 10 października 2017 r.,
 - 5) dokumentacja zdjęciowa – przykładowe 20 bramownic wybudowanych w ramach Rozszerzenia Sieci Dodatkowej ESP nr VIII (ANIE 9) zgodnie z Instrukcją IMSDP 0029,
 - 6) załącznik nr 2 „Wymagania Zamawiającego” do Umowy dot. projektu referencyjnego realizowanego dla GDDKiA, część 3 lit. I „Obsługa Infrastruktury”,
 - 7) umowa z podwykonawcą nr 1 – wyciąg (zakres prac według aneksu z dnia 30 marca 2017 r.), w której:
 - a) Kapsch Telematic Services Sp. z o.o zwany był „KTS PL”,
 - b) pkt 2.1 załącznika nr 1A do zmiany nr 14 miał treść „KTS PL pozostanie Głównym Wykonawcą i globalnym integratorem systemu, dlatego też Podwykonawca będzie postępował zgodnie z instrukcjami KTS PL. Wszystkie główne zadania Podwykonawcy będzie podlegać zatwierdzeniu przez KTS PL”,
 - c) w pkt 2.4 załącznika nr 1A do zmiany nr 14 zawarte było sformułowanie „Roboty opisane w niniejszym dokumencie podlegają akceptacji przez KTS PL. Podwykonawca zobowiązuje się również do wprowadzenia wszelkich zmian i rozszerzeń Robót wymaganych przez KTS PL”,
 - 8) umowa z podwykonawcą nr 2 – wyciąg (zakres prac według aneksu z dnia 28 marca 2017 r.), w której:
 - a) Kapsch Telematic Services Sp. z o.o zwany był „KTS PL”,
 - b) pkt 2.1 załącznika nr 1 do zmiany nr 6 miał treść „KTS PL pozostanie głównym wykonawcą i globalnym integratorem systemu, dlatego też Podwykonawca będzie postępował zgodnie z instrukcjami KTS PL. Wszystkie główne zadania Podwykonawcy będzie podlegać zatwierdzeniu przez KTS PL”,
 - c) w pkt 2.4 załącznika nr 1 do zmiany nr 6 zawarte było sformułowanie „Roboty opisane w niniejszym dokumencie podlegają akceptacji przez KTS PL. Podwykonawca zobowiązuje się również do wprowadzenia wszelkich zmian i rozszerzeń Robót wymaganych przez KTS PL”,
 - 9) faktura nr 506018SI11/05 dotycząca wynagrodzenia za rozpoczęcie świadczenia usługi zgodnie z Instrukcją IMSDP 0029 wraz z pismem Wykonawcy,
 - 10) potwierdzenie realizacji płatności za fakturę nr 506018SI11/05 przez GDDKiA,
 - 11) świadectwa potwierdzające osiągnięcie kolejnych kamieni milowych w ramach realizacji umowy z GDDKiA,
 - 12) protokoły wystawione w związku z przekazaniem systemu po zakończeniu realizacji umowy z GDDKiA,

- 13) pismo od GDDKIA z dnia 5 grudnia 2018 r. dotyczące zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania Umowy,
- 14) oświadczenie Kapsch Telematik Technologies Bulgaria EAD z dnia 21 grudnia 2021 r. o treści „Kapsch Telematik Technologies Bulgaria EAD, UIC 200605115, adres siedziby; Panorama Sofia Street 5, 1176 Sofia, Bułgaria jako lider konsorcjum Kapsch Traffic Solutions DZZD, UIC 177220588, adres prawny; Panorama Sofia Street 5, 1176 Sofia, Bułgaria, realizującego zamówienie publiczne dla Ministerstwa Rozwoju Regionalnego i Planowania Przestrzennego, Agencji Infrastruktury Drogowej pod nazwą "Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie elektronicznego systemu poboru opłat za korzystanie z sieci drogowej w oparciu o przejechaną odległość dla pojazdów o maksymalnej masie całkowitej powyżej 3.5 ton (opłata za przejazd) oraz w oparciu o czas dla pojazdów o maksymalnej masie całkowitej do 3,5 tony (e-winieta)", niniejszym potwierdza, że w ramach naszego konsorcjum, członkiem konsorcjum bezpośrednio zaangażowanym w realizację robót budowlanych wraz z instalacją urządzeń, sprzętu i innych elementów służących do 1) poboru i kontroli opłat, 2) zarządzania, 3) monitorowania i 4) sterowania ruchem oraz 5) utrzymania zainstalowanego systemu, była od 16 stycznia 2018 r. i jest nieprzerwanie do chwili obecnej firma Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie”,
- 15) oświadczenie Ministerstwa Rozwoju Regionalnego i Zagospodarowania Przestrzennego – Agencji ds. Infrastruktury Drogowej Bułgarii z dnia 22 grudnia 2021 r.,
- 16) oświadczenie ITA Engineering Ltd. z dnia 1 grudnia 2021 r. o treści „My, ITA Engineering Ltd., UIC, 121104512 niniejszym oświadczamy, że podmiotem nadzorującym, prowadzącym, kontrolującym i odbierającym prace w zakresie wykonywania robót budowlanych wraz z instalacją urządzeń, wyposażenia i innych elementów wykorzystywanych do 1) poboru lub kontroli opłat drogowych 2) zarządzania 3) monitorowania lub 4) kontroli ruchu, był od 16 stycznia 2018 r. i jest nadal spółka Kapsch Telematic Services sp. z o.o., będąca częścią (partnerem w) Konsorcjum Kapsch Traffic Solutions, BULSTAT 177220588, wykonującego zamówienie publiczne dla Zamawiającego Agencji Infrastruktury Drogowej, pn.: „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie elektronicznego systemu poboru opłat za korzystanie z sieci dróg na podstawie przebytego dystansu dla pojazdów o maksymalnej masie całkowitej przekraczającej 3.5 tony (myto) oraz na podstawie czasu dla samochodów o maksymalnej masie całkowitej do 3.5 tony (winieta elektroniczna)”. Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykonywał swoje nadzorcze, kontrolujące i zarządcze uprawnienia, jak określono w pkt 4.2.1. Umowy o podwykonawstwo z 16 stycznia 2018 r. Dodatkowo przedstawiciele Kapsch Telematic Services sp. z o.o. aktywnie partycypowali w procesie uzgodnień z wcześniej wspomnianym Zamawiającym w odniesieniu do sposobu realizacji zamówienia”,

17) dokumenty dotyczące realizacji projektu referencyjnego realizowanego w Bułgarii.

Zgodnie z § 8 pkt 8.3 umowy z GDDKiA, która została zawartej pomiędzy Kapsch TrafficCom AG, Texel sp. z o.o. i Przystępującym z GDDKiA w dniu 2 listopada 2010 roku, łączna wysokość wszystkich zobowiązań GDDKiA wynikających z tej umowy nie mogła przekroczyć 5.621.123.830,42 zł.

Na podstawie tej umowy Kapsch TrafficCom AG, Texel sp. z o.o. i Przystępujący zapłacili GDDKiA kwotę 13.335.000 złotych tytułem kar umownych.

Przystępujący zwrócił się do GDDKiA o wydanie referencji zawierających stwierdzenie, że umowa z GDDKiA została wykonana należycie. GDDKiA takich referencji nie wydało. Odwołujący zwrócił się do GDDKiA o potwierdzenie, że ww. umowa nie została wykonana należycie. GDDKiA takiego potwierdzenia również nie wydało.

W dniu 24 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty - za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego.

Stan faktyczny w sprawie nie był sporny między Stronami.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania, załączonych do odwołania oraz złożonych w toku postępowania odwoławczego, a także niezaprzeczonych twierdzeniach Stron.

Wysokość kwoty, jaką Kapsch TrafficCom AG, Texel sp. z o.o. i Przystępujący zapłacili tytułem kar umownych GDDKiA na podstawie umowy z GDDKiA Izba ustaliła na podstawie twierdzeń Przystępującego, biorąc pod uwagę, że Odwołujący nie wskazywał, jaka dokładnie kwota została zapłacona z tego tytułu, a twierdzeniu Przystępującego nie zaprzeczył.

Izba oddaliła wniosek o zobowiązanie Zamawiającego do udostępnienia Izbie dokumentacji powykonawczej dla bramownic wskazanych w protokole zdawczo odbiorczym z 10.10.2017 r., mając na uwadze, że przeprowadzenie dowodu z przedmiotowej dokumentacji miało służyć wykazaniu, że bramownice, których wykonanie było przedmiotem ww. umowy zawartej w dniu 2 listopada 2010 roku, zostały faktycznie wykonane przez podwykonawców Przystępującego, a nie przez samego Przystępującego. Wykazanie powyższego zgodnie z twierdzeniami Odwołującego nie miałyby znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż ma on interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów sPzp oraz że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją Stron, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawioną w trakcie posiedzenia i rozprawy w dniu 28 lutego 2022 roku, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 sPzp w związku z Rozdziałem IX pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ nie był zasadny.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2) sPzp, „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania”. Stosownie zaś do art. 24 ust. 1 pkt 12 sPzp „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia”.

Przede wszystkim należało zauważyć, że – jak trafnie podnosił Przystępujący – warunkiem udziału w Postępowaniu określonym w rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ (w zakresie litery a)) nie było wykonanie w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i technicznej oraz prawidłowe ukończenie robót budowlanych (polegających na budowie co najmniej 20 obiektów budowlanych lub urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego składających się z konstrukcji nośnej oraz dedykowanej jej fundamentów łącznie przystosowanych do montażu urządzeń, sprzętu i innych elementów wykorzystywanych do: i) poboru lub kontroli opłat drogowych lub ii) zarządzania ruchem pojazdów lub drogą lub iii) monitorowania ruchu pojazdów lub drogi lub iv) kontroli ruchu pojazdów lub drogi), lecz wykonanie w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i technicznej oraz prawidłowe ukończenie co najmniej jednego zadania inwestycyjnego, obejmującego wykonanie takich robót budowlanych. Powyższe Izba miała na uwadze oceniając zarzuty przedstawione w odwołaniu, w szczególności twierdzenia odwołującego w zakresie nie wykazania wykonania czy realizacji robót budowlanych.

Biorąc pod uwagę powyższe, zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz wskazane w nim okoliczności faktyczne uzasadniające jego wniesienie, a także wyrok Izby z dnia 19

listopada 2021 roku, wydany w sprawie o sygn. KIO 3122/21, należało uznać, że dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie mają trzy kwestie:

1. czy biorąc pod uwagę treść wyjaśnień Przystępującego z dnia 5 stycznia 2022 roku oraz złożone przez niego dokumenty można uznać, że Przystępujący wykonując umowę z Agencją wykonał zadanie inwestycyjne określone w rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ,
2. czy biorąc pod uwagę treść wyjaśnień Przystępującego z dnia 5 stycznia 2022 roku oraz złożone przez niego dokumenty można uznać, że Przystępujący wykonując umowę z GDDKiA wykonał zadanie inwestycyjne określone w rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ,
3. czy umowa z GDDKiA została należycie wykonana?

Wskazać przy tym należy, że - jak Izba wskazywała wielokrotnie w wydanych wyrokach - z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny oraz art. 534 ust. 1 Pzp wynika, że obowiązkiem strony, która powołuje się na fakt, powodujący powstanie określonych skutków prawnych, jest wykazanie tego faktu oraz wskazanie dowodów dla jego wykazania. Ponieważ to Odwołujący powoływał się na to, że Przystępujący na podstawie umowy z Agencją oraz umowy z GDDKiA nie wykonał robót budowlanych (które stanowiłyby zadanie inwestycyjne określone w rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ) oraz że umowa z GDDKiA nie została należycie wykonana, zobowiązany był okoliczności te wykazać, czego nie uczynił.

Nie można podzielić stanowiska Przystępującego przedstawionego w jego wyjaśnieniach z dnia 5 stycznia 2022 roku, iż sama „referencja wystawiona przez zamawiającego bułgarskiego”, która „została wystawiona na Wykonawcę, a nie na żadnego z innych członków konsorcjum (...) jednoznacznie potwierdza wykonanie prac odpowiadających opisowi zawartemu w treści warunku” oraz że „stanowi wystarczający dowód wykonania tych konkretnych prac, odpowiadających wymaganiom opisanym w warunku udziału w Postępowaniu”. Przedmiotowa referencja była dokumentem, którym Zamawiający dysponował w dacie wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w dniu 11 października 2021 roku, a jak stwierdziła Izba w uzasadnieniu ww. wyroku z dnia 19 listopada 2021 roku, „z dokumentów i oświadczeń, które posiadał zamawiający w dacie wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, nie wynika, na czym polegał udział Kapsch w obu konsorcjach w zakresie wykonywanych robót budowlanych. Brak jest więc jakichkolwiek uzasadnionych podstaw do uznania, że przystępujący nabył doświadczenie uzasadniające spełnianie wymagań zamawiającego dotyczącego wykonania takich prac”.

Rozstrzygając niniejszą sprawę konieczne było wzięcie pod uwagę wyroku z 4 maja 2017 r., wydanego w sprawie C-387/14, w którym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, że, „gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału

tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego (...) wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału”, gdyż Przystępujący w Postępowaniu polegał na doświadczeniu dwóch „grup wykonawców, których był członkiem”.

Zważywszy ponadto, że - jak trafnie wskazała Izba w uzasadnieniu ww. wyroku z dnia 19 listopada 2021 roku - „z orzeczenie tego nie należy jednak wywodzić – jak chciałby odwołujący – obowiązku osobistego wykonania przez uczestnika konsorcjum umowy w części, na którą się powołuje w kolejnym postępowaniu. Taka teza nie została sformułowana w przywołanym rozstrzygnięciu”, Izba uznała, iż Przystępujący faktycznie i konkretnie brał udział w wykonaniu umowy z Agencją w zakresie wykonywania robót budowlanych wraz z instalacją urządzeń, wyposażenia i innych elementów wykorzystywanych do poboru lub kontroli opłat drogowych, zarządzania, monitorowania lub kontroli ruchu. Wynika to z treści dokumentów złożonych przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniem z dnia 5 stycznia 2022 roku.

W oświadczeniu Kapsch Telematik Technologies Bulgaria EAD z 21 grudnia 2021 r. napisano „Kapsch Telematik Technologies Bulgaria EAD (...) potwierdza, że w ramach naszego konsorcjum, członkiem konsorcjum bezpośrednio zaangażowanym w realizację robót budowlanych wraz z instalacją urządzeń, sprzętu i innych elementów służących do 1) poboru i kontroli opłat, 2) zarządzania, 3) monitorowania i 4) sterowania ruchem oraz 5) utrzymania zainstalowanego systemu, była od 16 stycznia 2018 r. i jest nieprzerwanie do chwili obecnej firma Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie”. Zatem to, że Przystępujący „był członkiem konsorcjum bezpośrednio zaangażowanym w realizację robót budowlanych wraz z instalacją urządzeń, sprzętu i innych elementów służących do 1) poboru i kontroli opłat, 2) zarządzania, 3) monitorowania i 4) sterowania ruchem oraz 5) utrzymania zainstalowanego systemu” jest w tym oświadczeniu napisane wprost, a nie jedynie z niego wynika – jak wywodzi Odwołujący.

Istotnie, Kapsch Telematik Technologies Bulgaria EAD nie wyjaśnił w nim, na czym „miało polegać owo zaangażowanie” Przystępującego ani nie wskazał wprost, że Przystępujący faktycznie zrealizował jakiegokolwiek roboty budowlane. Nie potwierdza to słuszności zarzutu Odwołującego, biorąc pod uwagę treść innego dokumentu złożonego przez Przystępującego – oświadczenia ITA Engineering Ltd z dnia 1 grudnia 2021 roku, w którym napisano „oświadczamy, że podmiotem nadzorującym, prowadzącym, kontrolującym i odbierającym prace w zakresie wykonywania robót budowlanych wraz z instalacją urządzeń, wyposażenia i innych elementów wykorzystywanych do 1) poboru lub kontroli opłat drogowych 2) zarządzania 3) monitorowania lub 4) kontroli ruchu, był od 16 stycznia 2018 r. i jest nadal spółka Kapsch Telematic Services sp. z o.o., będąca częścią (partnerem

w) Konsorcjum Kapsch Traffic Solutions, BULSTAT 177220588, (...) Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wykonywał swoje nadzorcze, kontrolujące i zarządcze uprawnienia, jak określono w pkt 4.2.1. Umowy o podwykonawstwo z 16 stycznia 2018 r. Dodatkowo przedstawiciele Kapsch Telematic Services sp. z o.o. aktywnie partycypowali w procesie uzgodnień z wcześniej wspomnianym Zamawiającym w odniesieniu do sposobu realizacji zamówienia”. Treść tego oświadczenia nie pozostaje w sprzeczności z innymi dokumentami złożonymi przez Przystępującego, nie ma również podstaw do kwestionowania jego prawdziwości czy rzetelności – wobec czego należało uznać, że mogło ono stanowić podstawę do oceny, czy Przystępujący wykonując umowę z Agencją wykonał zadanie inwestycyjne określone w rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ.

W odwołaniu wskazano, że ww. oświadczenie wskazuje na doświadczenie w „nadzorze, prowadzeniu, kontrolowaniu i odbieraniu prac budowlanych”, a jak trafnie podnosił Przystępujący, zwrot „prowadzący” oznacza „realizujący”. Można by więc stwierdzić, że tym samym sam Odwołujący przyznał, że Przystępujący posiada doświadczenie w realizowaniu robót budowlanych, o których mowa w ww. oświadczeniu; zważywszy na zarzuty przedstawione w odwołaniu, poprzestanie na tym byłoby nieuzasadnione. Należało jednak uznać za przyznane, że Przystępujący w ramach wykonywania umowy zawartej z Agencją nadzorował, prowadził, kontrolował i odbierał prace w zakresie wykonywania robót budowlanych.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, iż ze złożonych przez Przystępującego w dniu 5 stycznia 2022 r. wyjaśnień oraz z załączonych do nich dokumentów dotyczących wykonywania umowy zawartej z Agencją nie wynika, jaki był rzeczywisty zakres prac realizowanych przez Przystępującego w ramach konsorcjum, w szczególności, że z dokumentów tych nie wynika, aby Przystępujący realizował roboty budowlane, o których mowa w warunku udziału w postępowaniu określonym w rozdziale IX pkt 3) ppkt 3.2 SIWZ, Izba wskazuje, że „rzeczywistym zakresem prac” Przystępującego było nadzorowanie, prowadzenie, kontrolowanie i odbieranie prac w zakresie wykonywania robót budowlanych wraz z instalacją urządzeń, wyposażenia i innych elementów wykorzystywanych do poboru lub kontroli opłat drogowych, zarządzania, monitorowania lub kontroli ruchu, które należy kwalifikować jako faktyczny i konkretny udział w wykonywaniu na rzecz Agencji robót budowlanych wraz z instalacją urządzeń, wyposażenia i innych elementów wykorzystywanych do poboru lub kontroli opłat drogowych, zarządzania, monitorowania lub kontroli ruchu. Stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego nie dawał podstaw do dokonania odmiennej oceny – że Przystępujący faktycznie (rzeczywiście) tych czynności nie wykonywał. Dla wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale IX pkt 3) ppkt 3.2 SIWZ nie było zaś niezbędne wykazanie przez Przystępującego, że on sam realizował roboty budowlane. Jak już wskazano, przedmiotowy warunek polegał na wykonaniu zadania inwestycyjnego, obejmującego wykonanie robót budowlanych, zaś

„okoliczność że sporne zamówienie zostało zrealizowane przez podwykonawcę nie oznacza braku nabycia doświadczenia przez Wykonawcę” (tak Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 lutego 2020 roku, wydanym w sprawie sygn. KIO 126/20 (powoływanym zarówno przez Odwołującego, jak i Przystępującego)). Analogiczny pogląd został wyrażony w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 2 kwietnia 2021 r., wydanego w sprawie o sygn. KIO 270/21, w którym stwierdzono, że wykonawca realizujący prace jako generalny wykonawca, który przy ich wykonaniu korzysta z potencjału podwykonawcy, może następnie na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powoływać się na doświadczenie tak zdobyte, tj. przy udziale podwykonawcy, w sytuacji, gdy wykonawca ten brał czynny i aktywny udział w realizacji tego zamówienia, był generalnym wykonawcą tego zamówienia, był zobowiązany do kierowania pracami, był organizatorem i koordynatorem prac, odpowiadał za roboty wykonane przez podwykonawcę nie tylko co do zakresu rzeczowego, ale i jakości - jak za działania i zaniechania własne (vide również wyroki Izby: z dnia 8 czerwca 2009 r. wydany w sprawie o sygn. KIO/UZP 676/09 oraz z dnia 29 kwietnia 2013 r. wydany w sprawie o sygn. KIO 832/13).

Mając na uwadze, że nie było kwestionowane, iż Przystępujący w ramach wykonywania umowy zawartej z Agencją nadzorował, prowadził, kontrolował i odbierał prace budowlane, należało przyjąć, że zaangażowanie Przystępującego w wykonanie tej umowy w zakresie wykonywania robót budowlanych (polegające na nadzorowaniu, kontrolowaniu i odbieraniu prac w zakresie wykonywania robót budowlanych wraz z instalacją urządzeń, wyposażenia i innych elementów wykorzystywanych do poboru lub kontroli opłat drogowych, zarządzania, monitorowania lub kontroli ruchu) miało charakter generalnego wykonawstwa, zaś że „nadzorowanie, prowadzenie i kontrolowanie prac” wykonywanych przez ITA Engineering Ltd jest tożsame z zaangażowaniem w postaci kierowania pracami, organizowania ich i koordynowania. Nie zostały zakwestionowane, a tym samym nie było podstaw do podważenia, twierdzeń Przystępującego, że ponosił on pełną odpowiedzialność za wszystkie wykonane roboty – czyli za roboty wykonane przez ITA Engineering Ltd.

Spełnione zostały zatem wszystkie opisane w ww. wyroku Izby wydanym w sprawie o sygn. KIO 270/21 przesłanki do powołania się przez wykonawcę realizującego prace jako generalny wykonawca na doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu prac wykonanych przy udziale podwykonawcy.

Wobec powyższego Izba uznała, że wyjaśnieniami z dnia 5 stycznia 2022 roku oraz załączonymi doń dokumentami Przystępujący wyjaśnił, w jakim zakresie brał faktycznie udział w wykonaniu umowy zawartej przez niego wspólnie z innymi wykonawcami z Agencją, jak również wykazał, że wykonując przedmiotową umowę nabył realne doświadczenie w zakresie wykonania robót budowlanych wraz z instalacją urządzeń, wyposażenia i innych

elementów wykorzystywanych do poboru lub kontroli opłat drogowych, zarządzania, monitorowania lub kontroli ruchu.

Zważywszy, że w świetle wyroku Izby z dnia 19 listopada 2021 roku, wydanego w sprawie o sygn. KIO 3122/21, bezspornym było, że wykonanie na podstawie tej umowy robót budowlanych wraz z instalacją urządzeń, wyposażenia i innych elementów wykorzystywanych do poboru lub kontroli opłat drogowych, zarządzania, monitorowania lub kontroli ruchu stanowi wykonanie zadania inwestycyjnego określonego w rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ, jak również, że umowa z Agencją została wykonana należycie, uzasadnione było przyjęcie, że poprzez wykonanie tej umowy Przystępujący wykonał w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i technicznej oraz prawidłowo ukończył zadanie inwestycyjne określone w rozdziale IX pkt 3) ppkt 3.2 SIWZ. Nie było więc podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na to, że nie wykazał on spełniania warunku w Postępowaniu określonego w rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ pomimo wezwania do wykazania nabycia realnego doświadczenia w ramach wykonania tej umowy.

W zakresie dotyczącym umowy z GDDKiA zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 sPzp w związku z Rozdziałem IX pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ uzasadniany był okolicznością, że wykonując tą umowę Przystępujący nie wykonał samodzielnie żadnych bramownic (których wykonanie było między innymi przedmiotem ww. umowy), lecz zlecił wykonanie całości tych robót budowlanych podwykonawcom. Rozważania dotyczące nabycia doświadczenia przez wykonawcę w sytuacji, gdy zamówienie było realizowane przez podwykonawcę, które zostały przedstawione powyżej, odnieść należy więc również do kwestii nabycia przez Przystępującego doświadczenia w wyniku wykonywania umowy z GDDKiA.

Przyznać przy tym należało rację Odwołującemu, że następujące dokumenty załączone do wyjaśnień Przystępującego z dnia 5 stycznia 2022 roku nie pozwalają na określenie zakresu udziału Przystępującego w wykonaniu umowy z GDDKiA:

- 1) instrukcja IMSDP 0029 z dnia 8 lutego 2017 r.,
- 2) Świadectwo Rozpoczęcia Pełnego Zakresu Usług na Rozszerzeniach Sieci Dodatkowej ESP nr VIII (ANIE 9) zgodnie z Instrukcją IMSDP 0029,
- 3) dokumentacja zdjęciowa – przykładowe 20 bramownic wybudowanych w ramach Rozszerzenia Sieci Dodatkowej ESP nr VIII (ANIE 9) zgodnie z Instrukcją IMSDP 0029.

Bezsporne było, że przedmiotem tej umowy było między innymi wykonanie 123 bramownic, a odwołujący przyznawał, że w zakresie ich wykonania Przystępujący „świadczył usługi np. nadzoru (jako generalny wykonawca)”.

Z treści pkt 3.4.3 i pkt 3.4.4 umowy konsorcjum z dnia 1 września 2010 roku zawartej pomiędzy Kapsch TrafficCom AG, Texel sp. z o.o. i Przystępującym wynika (jak również z załącznika nr 1 do tej umowy), że Przystępujący miał jako „generalny dostawca” wykonywać wszystkie określone w umowie z GDDKiA „prace, usługi i dostawy” na rzecz GDDKiA, był odpowiedzialny za wszystkie te świadczenia, za które nie był odpowiedzialny Kapsch TrafficCom AG albo Texel sp. z o.o. oraz był uprawniony do zawierania umów z podwykonawcami. W konsekwencji wykonanie ww. bramownic było zadaniem Przystępującego. Nie budzi wątpliwości, że jako jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, za ich wykonanie ponosił on odpowiedzialność (wobec GDDKiA wspólnie z Kapsch TrafficCom AG oraz Texel sp. z o.o., zaś wobec Kapsch TrafficCom AG oraz Texel sp. z o.o. samodzielnie).

Mając na uwadze treść załączonych do wyjaśnień z dnia 5 stycznia 2022 roku dokumentów „umowa z podwykonawcą nr 1 – wyciąg (zakres prac według aneksu z dnia 30 marca 2017 r.)” oraz „umowa z podwykonawcą nr 2 – wyciąg (zakres prac według aneksu z dnia 28 marca 2017 r.)” pkt 2.1 i pkt 2.4 załączników do zmian należy uznać, że Przystępujący, powierzając podwykonawcom wykonanie umowy z GDDKiA w zakresie wykonania bramownic, organizował i koordynował bądź kierował ich wykonaniem, tym samym biorąc czynny i aktywny udział w wykonywaniu przedmiotowych bramownic.

Biorąc ponadto pod uwagę, że Przystępujący odpowiadał za wykonanie bramownic przez podwykonawców jak za działania i zaniechania własne (a brak jest podstaw do przyjęcia, że odpowiedzialność ta była ograniczona pod względem zakresu) oraz przyznana okoliczność, że w zakresie wykonania umowy z GDDKiA był on generalnym wykonawcą zamówienia, Izba uznała, że Przystępujący mógł powołać się na doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu wszystkich przedmiotowych bramownic bez względu na to, ile z nich zostało wykonane przez (przy udziale) podwykonawców Przystępującego - nawet gdyby wszystkie 123 bramownice wykonali ci podwykonawcy. W konsekwencji bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy była okoliczność, ile bramownic wykonali podwykonawcy Przystępującego, a ile Przystępujący samodzielnie.

Wobec braku podstaw do przyjęcia, że rzeczywista „rola” Przystępującego w wykonaniu umowy z GDDKiA była inna niż określona w ww. umowie konsorcjum należało przyjąć, że Przystępujący wykonując umowę z GDDKiA faktycznie i konkretnie (w rozumieniu przyjętym w ww. wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r.) brał udział w wykonaniu bramownic.

W świetle wyroku Izby z dnia 19 listopada 2021 roku, wydanego w sprawie o sygn. KIO 3122/21, Izba nie stwierdziła przeszkód dla uznania, że wykonanie na podstawie tej umowy robót budowlanych polegających na budowie urządzeń bezpieczeństwa ruchu

drogowego (bramownic) stanowi wykonanie zadania inwestycyjnego określonego w rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ.

Odnosząc się do kwestii należytego wykonania umowy z GDDKiA za trafne należy uznać zawarte w odwołaniu stwierdzenie, że „wiarygodnym dokumentem, który może potwierdzić należyte wykonanie zamówienia są referencje”. Referencje są dokumentem, który zazwyczaj jest składany w postępowaniach o udzielenie zamówienia, lecz brak złożenia referencji nie wyklucza uznania, że umowa została wykonana należyście. Nie zasługuje na aprobatę stanowisko Odwołującego, że jeżeli „GDDKiA nie chciała wystawić referencji z oświadczeniem o należyтым wykonaniu zamówienia” to „oznacza to, że zdaniem GDDKiA roboty budowlane nie były należyście wykonane, a nie, że GDDKiA nie wystawia takich dokumentów”. GDDKiA nie jest zobowiązana do wystawiania określonej treści dokumentu potwierdzającego wykonanie umowy zarówno gdy dana umowa została wykonana należyście, jak i gdy nie została wykonana należyście, a zatem okoliczność, że GDDKiA wystawiła Odwołującemu referencje zawierające oświadczenie o należyтым wykonaniu umowy dotyczące określonej umowy nie daje podstaw do dokonania ustaleń czy poczynienia rozważań istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Stosując sposób rozumowania Odwołującego, w sytuacji, w której sam Odwołujący zwrócił się do GDDKiA o potwierdzenie, że umowa z GDDKiA nie została wykonana należyście, a GDDKiA takiego potwierdzenia nie wydało, należałoby uznać, że zdaniem GDDKiA nie jest tak, że roboty budowlane nie były wykonane należyście.

W ocenie Izby nie wyklucza uznania, że umowa z GDDKiA została należyście wykonana, ani wystąpienie zastrzeżeń wymienionych w odwołaniu ani to, że Kapsch TrafficCom AG, Texel sp. z o.o. i Przystępujący zapłacili GDDKiA kary umowne.

Z treści dokumentów „Świadectwo Projektu Systemu i Usług Elektronicznego Poboru Opłaty za Przejazd” z dnia 31 maja 2012 r. oraz „Świadectwo rozpoczęcia udostępniania Elektronicznego Poboru Opłaty za Przejazd” z dnia 31 maja 2012 r. wynika, że zastrzeżenia te sprowadzały się do wskazania na konieczność sporządzenia nowych wersji różnych dokumentów, w których miały być uwzględnione uwagi GDDKiA i poprawki wynikające z ustaleń z GDDKiA na zasadach określonych w umowie. Wskazać zaś należy, że w przypadku umów, których przedmiot obejmuje stworzenie czy wdrożenie systemu informatycznego, gdy na podstawie umowy wykonawca zobowiązany jest sporządzić dokumenty dotyczące takiego systemu, często zamawiający gwarantuje sobie uprawnienie do zgłaszania uwag czy poprawek do tych dokumentów, a wykonawca zobowiązany jest ich dokonać – co nie oznacza, że dokument sporządzony przez wykonawcę jest wadliwy.

Z kolei w zakresie dokumentu „Świadczenie rozpoczęcia świadczenia usługi poboru opłaty elektronicznej” z dnia 3 lipca 2011 r. zastrzeżenia polegały na wskazaniu, że GDDKiA będzie weryfikował m.in. czy wykonawca usunął należycie wszystkie usterki wymienione w aneksie nr 2 do wniosku o wydanie ww. świadectwa „Status Prób i Testów TCSSE”. Wynika z tego, że rzeczony usterki wystąpiły w trakcie prób lub testów; brak jest zaś podstaw do przyjęcia, że usterki te nie zostały usunięte przed złożeniem przedmiotowego wniosku, a mając na uwadze, że w przypadku umów, których przedmiot obejmuje stworzenie czy wdrożenie systemu informatycznego celem prób i testów jest wykrycie nieprawidłowości przed zakończeniem tworzenia czy wdrożeniem systemu, nie można było uznać, że samo wystąpienie tych usterek powinno być kwalifikowane jako nienależyte wykonanie umowy z GDDKiA.

W dokumentach „Świadczenie Rozpoczęcia Świadczenia Pełnego Zakresu Usług na Rozszerzeniach Sieci Dodatkowej ESP nr VIII (ANIE 9) zgodnie z Instrukcją modyfikacji Sieci Dróg Płatnych numer IM SDP 0029” z dnia 8 lutego 2017 roku, „Świadczenie Rozpoczęcia Świadczenia Pełnego Zakresu Usług na Rozszerzeniach Sieci Dodatkowej zgodnie z Instrukcją modyfikacji Sieci Dróg Płatnych numer IM SDP 0021” z dnia 16 czerwca 2016 r. oraz „Świadczenie Rozpoczęcia Świadczenia Pełnego Zakresu Usług na Rozszerzeniach Sieci Dodatkowej ESP nr 7 (ANIE 9) – październik 2016” istotnie zawarte są informacje o punktach karnych, o których wartość zostało skorygowane wynagrodzenie, nie wiadomo jednak, z czego wynikało przyznanie rzeczonych punktów karnych. Odwołujący nie wykazał, że okoliczność ta skutkuje powinnością uznania umowy z GDDKiA za nienależyte wykonaną.

Podsumowując, treść świadectw załączonych do wyjaśnień z 5 stycznia 2022 roku nie pozwala na stwierdzenie, że umowa z GDDKiA nie została wykonana należycie.

Nie pozwala na to również niesporna okoliczność, że na podstawie tej umowy Kapsch TrafficCom AG, Texel sp. z o.o. i Przystępujący zapłacili GDDKiA kwotę 13.335.000 złotych tytułem kar umownych.

Z art. 483 § 1 art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny wynika, że zapłaty kary umownej można żądać wyłącznie w przypadku niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Zapłata przez Kapsch TrafficCom AG, Texel sp. z o.o. i Przystępującego kar umownych uzasadnia zatem wyłącznie wniosek, że nie zostały wykonane albo zostały nienależyte wykonane poszczególne zobowiązania niepieniężne wynikające z umowy z GDDKiA, a nie cała umowa, przy czym biorąc pod uwagę, że zapłacona tytułem kar umownych kwota stanowiła około 0,25 % maksymalnej łącznej wysokości wszystkich zobowiązań GDDKiA wynikających z tej umowy (wynoszącej 5.621.123.830,42 zł), brak jest podstaw do przyjęcia, że zobowiązania te miały tak istotne

znaczenie z punktu widzenia przedmiotu całej umowy, iż ich niewykonanie bądź nienależyte wykonanie można uznać za nienależyte wykonanie całej umowy.

O nienależytym wykonaniu umowy z GDDKiA przez Przystępującego nie świadczą także przytoczone w odwołaniu fragmenty informacji o wynikach kontroli Najwyższej Izby Kontroli z 23.08.2013 r. sygn. KIN-4101-06/2012 oraz z 26.06.2019 r. sygn. KIN.430.012.2019 r., w których nie ma stwierdzeń o nienależytym wykonaniu umowy z GDDKiA. Odwołujący nie przedstawił zaś wywodów, z których wynikałoby dlaczego wzniesienie bramownic bez uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę czy zakwestionowanie kompletności dokumentacji systemu informatycznego viaTOLL należałoby uznać za nienależyte wykonanie umowy z GDDKiA.

W ocenie Izby nie świadczą o należytym wykonaniu umowy następujące dokumenty załączone do wyjaśnień z 5 stycznia 2022 roku:

- 1) faktura nr 506018SI11/05 dotycząca wynagrodzenia za rozpoczęcie świadczenia usługi zgodnie z Instrukcją IMSDP 0029 wraz z pismem Wykonawcy,
- 2) potwierdzenie realizacji płatności za fakturę nr 506018SI11/05 przez GDDKiA,
- 3) protokoły wystawione w związku z przekazaniem systemu po zakończeniu realizacji umowy z GDDKiA,
- 4) pismo od GDDKiA z dnia 5 grudnia 2018 r. dotyczące zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania Umowy.

Nie ulega wątpliwości, że faktura nr 506018SI11/05 dotyczy zapłaty wyłącznie części wynagrodzenia należnego przez Kapsch TrafficCom AG, Texel sp. z o.o. i Przystępującemu na podstawie umowy z GDDKiA, a tym samym zapłata części tego wynagrodzenia nie pozwala na dokonanie oceny, że cała umowa została należyście wykonana. Podobnie jest w przypadku „protokołów wystawionych w związku z przekazaniem systemu po zakończeniu realizacji umowy z GDDKiA”, których treść uzasadnia jedynie przyjęcie, że opisane w nich sprzęt, oprogramowanie, dokumentacja, koperty, kopie zapasowe zostały przekazane (i że w tym zakresie ww. umowa została wykonana prawidłowo).

Dokonanie zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy z GDDKiA również zdaniem Izby nie może stanowić dowodu należytego wykonania umowy. Zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie uniemożliwia zamawiającemu żądania zapłaty kary umownej ani dochodzenia roszczeń wynikających z niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy – a tym samym nie uniemożliwia w szczególności powoływania się na fakt niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy.

W tym stanie rzeczy oraz mając na uwadze, że - jak wskazano powyżej - GDDKiA nie potwierdziła, że umowa z GDDKiA nie została wykonana należycie, w ocenie Izby nie było podstaw do przyjęcia, że Przystępujący nie wykazał, że umowa z GDDKiA została należycie wykonana.

Konsekwencją uznania zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 sPzp w związku z Rozdziałem IX pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ było również uznanie za niezasadny zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16) sPZP oraz art. 24 ust. 1 pkt 17) sPZP.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16) sPZP, „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów”. Stosownie zaś do art. 24 ust. 1 pkt 17) sPZP, „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

W sytuacji, w której w ocenie Izby należy przyjąć, że Przystępujący wykonując umowę z Agencją wykonał zadanie inwestycyjne określone w rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ, wykonując umowę z GDDKiA wykonał zadanie inwestycyjne określone w rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2 SIWZ oraz że umowa ta została należycie wykonana – a w konsekwencji, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w Rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2. SIWZ, nie można uznać, że Przystępujący „w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w Rozdziale IX pkt 3 ppkt 3.2. SIWZ” ani że „w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje dotyczące ww. projektów referencyjnych zrealizowanych na rzecz Agencji oraz GDDKiA, wprowadzające Zamawiającego w błąd, mające istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu i prowadzące do wyboru oferty Kapsch jako najkorzystniejszej”.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do

art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Zgodnie z § 5 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis. Z kolei § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący, a Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Izba obciążyła zatem Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego uwzględniając uiszczony przez wpis w wysokości 15.000 złotych.

Przewodniczący:

.....

.....