

Sygn. akt KIO/UZP 1599/10

**WYROK**  
z dnia 11 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Członkowie: Justyna Tomkowska**

**Paweł Trojan**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: 1. Autostrada Mazowsze S.A. (pełnomocnik), 2. Autostrade per l'Italia S.p.A., 3. Asseco Poland S.A., 4. Asseco Czech Republic a.s., 5. FELA Managment AG, adres dla pełnomocnika: 40-085 Katowice, ul. Mickiewicza 29** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** protestu z dnia 1 lipca 2010 r.,

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

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie.**

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

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: 1. Autostrada Mazowsze S.A. (pełnomocnik), 2. Autostrade per l'Italia S.p.A., 3. Asseco Poland S.A., 4. Asseco Czech Republic a.s., 5. FELA Managment AG, adres dla pełnomocnika: 40-085 Katowice, ul. Mickiewicza 29;**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: 1. Autostrada Mazowsze S.A. (pełnomocnik), 2. Autostrade per l'Italia S.p.A., 3. Asseco Poland S.A., 4. Asseco Czech Republic a.s., 5. FELA Managment AG, adres dla pełnomocnika: 40-085 Katowice, ul. Mickiewicza 29.**

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Krajowy System Poboru Opłat, w tym czynności związane z poborem Opłaty Elektronicznej”.

Pismem z dnia 21 czerwca 2010 r. wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazał zaproszonym wykonawcom specyfikację istotnych warunków zamówienia.

W dniu 1 lipca protest na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, listy dokumentów, które winni dostarczyć wykonawcy, a także kryteriów oceny ofert i niejasnych zapisów SIWZ, złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Autostrada Mazowsze S.A. (lider), Autostrade per l' Italia S.p.A, Asseco Poland S.A., Asseco Czech Republic a.s., FELA Management AG, z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie (dalej konsorcjum AMSA).

Protestujący zarzucił zamawiającemu:

1. „niejasny opis przedmiotu postępowania w zakresie określenia przedmiotu postępowania polegający na określeniu dróg, na których będzie się pobierało opłatę za pomocą systemu będącego przedmiotem Przetargu, w zakresie, w jakim ma on być dostarczony w terminie 1 lipca 2011 r. poprzez odesłanie do nieobowiązującego przepisu prawnego (projektu) - tj. naruszenie art. 29 PZP;
2. żądanie od wykonawców dostarczenia dokumentów nieprzewidzianych w stosownych przepisach - tj. naruszenie § 3 ust. 1 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. z 2008 r. Nr 188, poz. 1155);
3. określenie kryteriów oceny ofert za pomocą elementów zależnych jedynie od oceny Zamawiającego - tj. naruszenie art. 7 ust. 1 PZP”.

Ponadto protestujący wskazywał, że brak informacji odnośnie wysokości opłat za przejazd utrudnia prawidłowe skonstruowanie oferty.

Protestujący na podstawie art. 180 ust. 8 ustawy p.z.p., żądał powtórzenia czynności sporządzenia specyfikacji i jej zmiany w zakresie::

1. opisu przedmiotu postępowania - poprzez jednoznaczne określenie sieci dróg, na których ma być zainstalowany system będący przedmiotem Przetargu, w zakresie w jakim ma od być zainstalowany w terminie 1 lipca 2011r.;
2. zmiany listy dokumentów, które powinni dostarczyć wykonawcy - poprzez usunięcie żądania dokumentów sprzecznych z prawem;
3. usunięcia zapisów dotyczących arbitralnej oceny ofert.”

Protestujący wskazywał również na konieczność wskazania w sposób wiążący oczekiwanej wysokości opłat za przejazd drogą płatną.

W uzasadnieniu protestujący wskazał, iż przedmiotem postępowania jest m. in. zainstalowanie elektronicznego systemu poboru opłat na wybranych drogach na terenie RP. System ten, zgodnie z założeniami, ma składać się z tzw. systemu podstawowego, który ma obejmować drogi w momencie rozpoczęcia jego funkcjonowania. Nadto do systemu będą należeć inne drogi krajowe w rozumieniu Ustawy o drogach publicznych, co do których zamawiający podejmie decyzje odnośnie włączenia do systemu po jego uruchomieniu (sieć dodatkowa). Oznacza to, że wykonawcy winni mieć w chwili obecnej pewność odnośnie tego, jakie drogi wchodzi w skład systemu, przynajmniej w odniesieniu do sieci podstawowej. Protestujący podniósł, iż załącznik nr 22 do projektu umowy sieć podstawowa określający listę dróg objętych systemem opłat elektronicznych na dzień uruchomienia systemu jest jedynie projektem, co może wskazywać na możliwość zmiany listy dróg objętych systemem. W podobny sposób sieć dróg opisana została w załączniku nr 2 część 4A do Tomu II SIWZ i podobnie jak wyżej jest to jedynie projekt. Protestujący wskazywał, iż przedmiot zamówienia w zakresie sieci podstawowej może ulec zmianie w trakcie postępowania w sposób nieprzewidywalny tak dla zamawiającego jak i dla wykonawców. Powyższe odnosi się również do braku wiążących zapisów dotyczących opłat za przejazd. Jak twierdził protestujący opłaty takie mają znaczenie dla rzeczywistego poziomu ruchu na sieci drogowej, a co za tym idzie na wysokość całkowitego wynagrodzenia wykonawców, jakie otrzymają oni za świadczenie usług. Protestujący podnosił, iż w/w wady SIWZ uniemożliwiają wykonawcom prawidłowe skonstruowanie oferty, w szczególności pod względem finansowym, gdyż nie znają oni ostatecznego zakresu swoich obowiązków dotyczących instalacji systemu na sieci podstawowej dróg. Ponadto uznając opis przedmiotu zamówienia za elementy przedmiotowo istotne dla określenia charakteru umowy, protestujący stwierdził i brak tych elementów skutkować będzie nieważnością umowy. W zakresie zarzutu nieuprawnionego żądania od wykonawców dostarczenia dokumentów nieprzewidzianych w stosownych przepisach protestujący wskazał, że żądane przez zamawiającego dokumenty mogą jedynie (w zakresie wymogów jakościowych) potwierdzać, że oferowane dostawy i usługi spełniają określone wymogi zamawiającego. Zgodnie z pkt 11.17 do 11.24 SIWZ zamawiający żąda przedstawienia dokumentów na potwierdzenie zadeklarowanych przez wykonawców parametrów technicznych. W ocenie protestującego dokumenty te nie zostały określone przez zamawiającego a ponadto nie zawierają się one w katalogu dokumentów określonych rozporządzeniem w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Protestujący stwierdził, iż „dokumenty dostarczone przez wykonawców w związku z zadeklarowanymi parametrami technicznymi nie mogą być podstawą oceny ofert”.

Ponadto protestujący odniósł, iż SIWZ nie zawiera żadnych konkretnych przesłanek oceny prawidłowości przedmiotowych dokumentów a jedynym kryterium ich porównania jest subiektywna ocena zamawiającego. Taki sposób oceny zdanie protestującego sprzeczny jest z podstawowymi zasadami prowadzenia procedur o zamówienie publiczne.

Pismem z dnia 3 lipca 2010 r. swoje przystąpienie do postępowania wywołanego protestem, po stronie zamawiającego, zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (lider); Sanef S.A.; Egis Projects S.A.; Maribel Investments Sp. z o.o.; Cardus Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera w Warszawie (dalej konsorcjum Alcatel). Przystępujący konsorcjum Alcatel wnosilo o oddalenie protestu, jako bezzasadnego.

Ponadto pismem z dnia 5 lipca 2010 r., swoje przystąpienie do postępowania wywołanego protestem, po stronie protestującego, zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Kapsch Traffic Com AG (lider); Durante Investments Sp. z o. o.; Texel Sp. z o. o. z siedzibą dla lidera wnosząc o uwzględnienie protestu w całości.

Pismem z dnia 12 lipca 2010 r. zamawiający protest w całości oddalił. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia wskazał, iż załącznik nr 22 do projektu umowy tabelarycznie prezentuje sieć podstawową autostrad, dróg ekspresowych i dróg krajowych. W załączniku nr 22 wskazano także wykonawcom, iż będą oni zobowiązani do objęcia sieci podstawowej systemem ESP w momencie osiągnięcia Kamienia Milowego pod nazwą: „Rozpoczęcie Świadczenia Usługi Poboru Opłaty Elektronicznej”. Zamawiający stwierdził, iż Sieć Podstawowa Systemu Poboru Opłat jest zdefiniowana dostatecznie we wzorze umowy a opisana w załączniku nr 22. W zakresie naruszenia § 3 ust. 1 rozporządzenia ws. rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający(...), zamawiający w rozstrzygnięciu podniósł, iż § 3 ust. 1 w/w rozporządzenia nie wyznacza żadnego zamkniętego katalogu dokumentów, lecz zawiera wyliczenie przykładowe. Ponadto zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy p.z.p. dokumenty mają potwierdzać, że oferowany przez wykonawców przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego. Zamawiający stwierdził, iż „z istoty funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia wynika, iż osiągnięcie wymaganych funkcjonalności może następować w różnych konfiguracjach i wariantach technicznych, co do których nie ma ustandaryzowanego, ograniczonego lub ujednoliczonego zbioru dokumentów. Zamawiający musiał uwzględnić tę okoliczność właśnie z uwagi na obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji. Dokumenty nie mogły być wskazane poprzez ich wyliczenie, lecz wskazanie musiało nastąpić poprzez określenie rodzajowe i opisowe, uwzględniające możliwe rozwiązania i konfiguracje techniczne oraz stosowanie przez różnych wykonawców, różnych charakterystycznych dla nich środków technicznych. W zakresie określenia kryteriów oceny ofert za pomocą elementów zależnych jedynie od oceny zamawiającego, zamawiający w rozstrzygnięciu podniósł, że kryteria oceny ofert są obiektywne, związane z przedmiotem

zamówienia i nie dotyczą właściwości wykonawców. Powołując się na brzmienie art. 53 ust. 1 pkt 1 Dyrektywy 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi zamawiający wskazał, iż spośród kryteriów oceny ofert znajdują się nie tylko wymagania jakościowe, wymagania estetyczne ale także – przyjęta przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu – wartość techniczna oferty.

Wobec takiego rozstrzygnięcia pismem z dnia 22 lipca 2010 r. odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Autostrada Mazowsze S.A. (lider), Autostrade per l' Italia S.p.A, Asseco Poland S.A., Asseco Czech Republic a.s., FELA Management AG, z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie. W odwołaniu konsorcjum AMSA powtórzyło zarzuty, żądania oraz argumentację zawarte w proteście.

Pismem z dnia 2 sierpnia 2010 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło konsorcjum Alcatel wnosząc o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje.**

### **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie**

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy p.z.p. w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, gdyż w przypadku braku zmiany kwestionowanych zapisów SIWZ może to uniemożliwić odwołującemu uzyskanie zamówienia.

W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez niejasny opis przedmiotu zamówienia w zakresie określenia dróg, na których pobierana będzie opłata za pomocą systemu będącego przedmiotem zamówienia w części, w jakiej ma on być dostarczony do dnia 1 lipca 2011 r. Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego uznając ten zarzut za niezasadny. Izba pragnie przypomnieć, iż zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 1 ustawy p.z.p. przedmiot zamówienia należy opisywać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Należy w tym miejscu wskazać, iż przedmiotem zamówienia jest zarówno zaprojektowanie, dostawa jak też obsługa systemu elektronicznego poboru opłat oraz manualnego systemu poboru opłat, wraz z czynnościami związanymi z poborem opłat. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia szczegółowo w sposób określony w załączniku nr 22 do projektu umowy zawarł w tym opisie wszystkie informacje niezbędne do rzetelnego i prawidłowego skonstruowania oferty. Stanowisko takie potwierdził także odwołujący oświadczając w trakcie rozprawy, iż na chwilę obecną opis przedmiotu zamówienia spełnia wymogi art. 29 ustawy p.z.p. Izba nie uwzględniła żądania odwołującego w zakresie uzupełnienia opisu o zapis, iż „opis sieci podstawowej nie będzie podlegał jakimkolwiek zmianom, bez znaczenia źródła tych zmian”. Skoro sieć dróg, które będą objęte systemem opłat określona będzie definitywnie aktem prawnym to nieuprawnione w ocenie Izby jest żądanie, aby zamawiający mógł zapewnić niezmiennosć sieci tych dróg (sieć podstawowa) do zakończenia realizacji etapu pierwszego (realizacji sieci podstawowej). Uwzględnienie takiego żądania prowadziłoby do realizacji przedmiotu zamówienia na drogach, które nie zostaną objęte systemem opłat. Izba wskazuje ponadto, iż zgodnie z § 49.1 lit. b projektu umowy zamawiający przewiduje istotną zmianę postanowień umowy w przypadku, gdy nastąpi zmian przepisów obowiązującego prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy. Izba zwraca uwagę, iż art. 144 ust. 1 ustawy p.z.p., dopuszcza możliwość zmiany umowy pod warunkiem przewidzenia takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określenia warunków takiej zmiany. Wobec powyższego nie sposób zgodzić się z argumentacją odwołującego, iż zamawiający przewidując możliwość zmiany umowy w przypadku zmiany prawa naruszył „podstawowe zasady Pzp mówiące o stałości przedmiotu zamówienia”. Z dyspozycji przepisu art. 29 ust. 1 p.z.p. wynika, że dla

wszystkich wykonawców opis przedmiotu zamówienia musi być zrozumiały powinni go rozumieć w taki sam sposób co w przedmiotowej sprawie nie budzi wątpliwości. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż opis przedmiotu zamówienia jest precyzyjny, tożsamy dla wszystkich wykonawców i w oparciu o tak sporządzony niezmienny opis, wszyscy wykonawcy będą mogli złożyć porównywalne oferty.

Izba jedynie na marginesie wskazuje, że jeżeli odwołujący uznawał, iż istnieje ryzyko naruszenia jego interesów w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia (w zakresie sieci podstawowej) miał możliwość oprotestowania, wnoszenia o zmianę zapisów projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ.

W zakresie żądania wskazania w sposób wiążący i precyzyjny wysokości opłat za przejazd drogą płatną oraz określenie, iż stawki te są ostateczne i niezmienne do dnia podpisania umowy Izba podtrzymuje argumentację przytoczoną powyżej. Izba wskazuje jak wyżej, skoro wysokość opłat zostanie określona aktem prawnym to nieuprawnione pozostaje żądanie zapewnienia ich niezmienności, niezależnie od okresu niezmienności. Izba zwraca uwagę, iż zarówno w przypadku określenia sieci dróg jak też wysokości opłat za przejazd drogą płatną uwzględnienie żądań odwołującego mogłoby prowadzić do tego, że zamawiający działałby z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa.

W zakresie zarzutu naruszenia § 3 ust. 1 w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez żądanie od wykonawców dostarczenia „dokumentów nieprzewidzianych w stosownych przepisach”, Izba zarzut ten również oddaliła. Izba ponownie wskazuje, iż przedmiotem zamówienia jest m.in. zaprojektowanie systemu poboru opłat, co deprymuje działania zamawiającego w zakresie zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż w przypadku precyzyjnego określenia katalogu w/w dokumentów zmuszony byłby do wskazania wykonawcom konkretnego rozwiązania. W związku z zakresem przedmiotu zamówienia (zaprojektowanie) uszczegółowienie mogłoby naruszać zasadę uczciwej konkurencji wymuszając na wykonawcach zastosowanie określonej technologii. Wobec faktu objęcia przedmiotem zamówienia czynności zaprojektowania systemu poboru opłat, uwzględnienie zarzutu odwołującego i w konsekwencji żądanie wykreślenia z załącznika nr 4, pkt 1 str. 3 SIWZ zdania „w tej części oferty, wykonawca powinien również przedstawić dokumenty potwierdzające wartości parametrów, jakie jego rozwiązanie będzie osiągać, dodatkowe do tego



przedstawionego w ramach części 3 - opis rozwiązania wykonawcy” pozbawiłoby zamawiającego możliwości weryfikacji w ramach oceny ofert, czy oferowane rozwiązania techniczne są rozwiązaniami wykonalnymi. Izba podkreśla, iż takie stanowisko prowadziło do uniemożliwienia zamawiającemu oceny realności proponowanych, projektowanych rozwiązań, możliwości osiągnięcia oferowanych parametrów, wartości. Uwzględnienie stanowiska odwołującego prowadziło do braku możliwości weryfikacji jego oświadczenia w zakresie oferowanych parametrów. Izba uznała za zasadne i uprawnione żądanie od wykonawców dokumentów, które potwierdzać będą zaoferowane wartości graniczne.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez określenie kryteriów oceny ofert za pomocą elementów zależnych jedynie od oceny zamawiającego, Izba zarzut ten również uznała za bezzasadny. Żądanie odwołującego wykreślenia z załącznika nr 4, pkt 2.2 str. 5 SIWZ zdania „Zamawiający oceni, czy takie dokumenty są w rzeczywistości odpowiednie do wsparcia oferty”, w ocenie Izby ograniczy podstawowe uprawnienia zamawiającego, tj. możliwość dokonywania badania i oceny ofert. Wobec określenia przez zamawiającego szczegółowych zasad oceny ofert, wzorów wyliczenia punktacji, maksymalnej liczby punktów, jakie mogą uzyskać wykonawcy za poszczególne elementy oferty, brak jest podstaw do uznania, iż kryteria te są arbitralne. Odwołujący nie wskazał, które z kryteriów oceny ofert w jego przekonaniu są arbitralne i naruszają jego interes prawny. Ponadto Izba zwraca uwagę, iż dokonanie przez zamawiającego oceny ofert i w konsekwencji przyznanie wykonawcom mniejszej bądź większej ilości punktów w ramach każdego z kryteriów może być przez wykonawców kwestionowane i weryfikowane po dokonaniu takiej oceny w oparciu o środki ochrony prawnej.

Uwzględniając powyższe, w związku z brakiem potwierdzenia się zarzutów protestu i odwołania, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a p.z.p., orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

