

Sygn. akt: KIO 2457/16

Sygn. akt: KIO 2464/16

WYROK

z dnia 16 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Lubomira Matczuk - Mazuś
Agata Mikołajczyk
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 27 grudnia 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Asseco Poland S.A., (ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów)**
- B. w dniu 27 grudnia 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **IDS-BUD S.A, (ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego- **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa)**

przy udziale Wykonawców:

Autostrade Tech Sp. A., (Via A. Bergamini 50, 00159 Rzym),

T-Mobile Polska S.A., (ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa),

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2457/16 po stronie Odwołującego

oraz przy udziale Wykonawcy:

Proximus S.A., (ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2457/16 i 2464/16 po stronie Odwołującego

orzeka:

1.1. Uwzględnia odwołanie o sygn. KIO 2457/16 i nakazuje Zamawiającemu: zmianę treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz Instrukcji do dialogu konkurencyjnego:

- 1) a) w sekcji III punkcie III.1.3) 1.b) Ogłoszenia o zamówieniu oraz punkcie 3.1.3) b) Instrukcji do dialogu konkurencyjnego w zakresie wymagań dotyczących zdolności technicznej osób – kierownika ds. wdrożenia oraz kierownika ds. operacyjnych - rozdzielenie kompetencji w zakresie IT (doświadczenie zawodowe związane z wdrożeniem, utrzymaniem, eksploatacją Systemów Teleinformatycznych) od kompetencji w poborze opłat (doświadczenie zawodowe związane z wdrożeniem, realizacją Usługi Poboru Opłat w Elektronicznym Systemie Poboru Opłat typu Free-flow),
 - b) w odniesieniu do Kierownika ds. Wdrożenia zmniejszenie wymagania co najmniej 7 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu co najmniej jednym projektem w obszarze wdrażania Systemów Teleinformatycznych o wartości projektu powyżej 40 mln zł netto każdy, na stanowisku/-ach kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu do 3 lat doświadczenia zawodowego
 - c) w odniesieniu do Kierownika ds. Operacyjnych zmniejszenie wymagania co najmniej 7 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu utrzymaniem i eksploatacją Systemów Teleinformatycznych obsługujących co najmniej 50 000 użytkowników każdy, na stanowisku/-ach kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu do 3 lat doświadczenia zawodowego,
 - d) w odniesieniu do Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności, zmniejszenie wymagania 10 lat doświadczenia przy realizacji zadań obejmujących finanse i księgowość do wymagania 3 lat
 - e) zmniejszenie (w odniesieniu do wszystkich osób) wymagania 5 lat doświadczenia zawodowego, związanego z wdrożeniem, utrzymaniem, eksploatacją Systemów Teleinformatycznych do 3 lat doświadczenia
- 2) w sekcji II pkt II 2.5 Ogłoszenia o zamówieniu dookreślenie kryterium „jakość” poprzez wskazanie podstawy oceny tego kryterium

W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

1.2. Oddala odwołanie o sygn. KIO 2464/16.

2.1. obciąża Zamawiającego - **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa)** kosztami postępowania o sygn. KIO 2457/16 i:

2.1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę **Asseco Poland S.A., (ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów)** tytułem wpisu od odwołania KIO 2457/16,

2.1.2. zasądza od Zamawiającego - **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa)** na rzecz Wykonawcy **Asseco Poland S.A., (ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów)** kwotę **zł 15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione wpisu od odwołania,

2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **IDS-BUD S.A, (ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2457/16

Sygn. akt: KIO 2464/16

UZASADNIENIE

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Krajowy system poboru opłat wraz z czynnościami związanymi z poborem opłaty elektronicznej oraz z czynnościami związanymi z poborem opłaty za przejazd. Ogłoszenie zostało opublikowane 15 grudnia 2016 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Sygn. akt: KIO 2457/16

Odwołujący Asseco Poland S.A. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu Ogłoszenia o zamówieniu oraz Instrukcji do dialogu konkurencyjnego (...) i Opisu Potrzeb i Wymagań Zamawiającego z naruszeniem przepisów prawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust.1, art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1, art. 29 ust. 1, 2, art. 60c ust. 1 pkt 1), art. 60c ust. 1a.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Ogłoszenia, Instrukcji i Opisu w zakresie wskazanym w odwołaniu, poprzez zmianę wskazanych zapisów Ogłoszenia, Instrukcji i Opisu w sposób wskazany w Odwołaniu.

W pkt III.1.3)l.a) Ogłoszenia oraz 3.1.3) a) Instrukcji - wymaganie w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia - jego skali, złożoności i prawdopodobnej wartości. Nie pozwala na właściwą ocenę zdolności Wykonawcy do należytej, na odpowiednim poziomie jakości realizacji zamówienia.

Wskazane fragmenty Ogłoszenia oraz Instrukcji zawierają następujące stwierdzenie:

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

1. wykonał, a w przypadku Usług niezakończonych nadal wykonuje:
1. Usługę Elektronicznego Poboru Opłat przy wykorzystaniu Elektronicznego

Systemu Poboru Opłat typu Freeflow.

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

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

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

Zamawiający uzna spełnienie wymagań, wskazanych w pkt od 1 do 5 powyżej, w ramach zarówno odrębnych umów, jak i jednej umowy obejmującej wszystkie powyższe wymagania łącznie oraz wykonał Wdrożenie Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow umożliwiającego świadczenie Usługi Elektronicznego Poboru Opłat.

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

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

Odwołujący wskazał na brak szczegółowych wymagań dotyczących projektów referencyjnych. Nie została określona w sposób wystarczający skala projektu mierzona np. wartością lub wielkością sieci drogowej, na której ma być świadczona usługa oraz podaniem kategorii dróg. Wyjaśnił także, że obecnie elektroniczny system poboru opłat (viaTOLL) funkcjonuje na drogach o łącznej długości ok. 3.300 km. Pomimo tak dużej skali projektu, który ma być realizowany po rozstrzygnięciu niniejszego postępowania, Zamawiający sformułował wymagania w zakresie parametrów referencyjnych bez podania minimalnej długości sieci drogowej objętej usługami wymienionymi w punkcie 3)a)l. od 1. do 5. lub choćby minimalnej wartości zrealizowanych projektów. W konsekwencji Zamawiający dopuszcza nawet usługi wyszczególnione w punkcie 3)a)l. od 1. do 5. prowadzone na pojedynczym moście czy tunelu.

Zdaniem Odwołującego, podane w ogłoszeniu przez Zamawiającego wymagania odnośnie zdolności technicznej Wykonawcy jak na skalę i wartość Projektu ogłoszonego postępowania są zbyt ogólne i niedoprecyzowane co może spowodować, iż do drugiego etapu postępowania zakwalifikują się Wykonawcy nie posiadający stosowych zdolności

technicznych (doświadczenia w prowadzeniu dużych projektów w skali całego kraju) przez co sam dialog konkurencyjny będzie trwał dłużej i będzie na niższym poziomie niż oczekuje to zapewne sam Zamawiający. Może to również doprowadzić do uzyskania zamówienia przez Wykonawcę, którzy nie ma doświadczenia i nie daje rękojmi należytego wykonania usług.

Odwołujący wniósł o zmianę wskazanych zapisów Ogłoszenia i Instrukcji dotyczących zdolności technicznej Wykonawcy, poprzez:

- podanie przez Zamawiającego minimalnej, adekwatnej do skali projektu, wartości usług i wdrożeń wyszczególnionych w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej Wykonawcy,
- podanie przez Zamawiającego minimalnej, adekwatnej do skali projektu, długości sieci drogowej dla usług i wdrożeń wyszczególnionych w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej Wykonawcy,
- podanie przez Zamawiającego minimalnej, adekwatnej do skali projektu, klasy dróg dla usług i wdrożeń wyszczególnionych w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej Wykonawcy.

Odwołujący sformułował także zarzuty w stosunku do pkt III. 1.3)1. b) Ogłoszenia oraz 3.1.3) b) Instrukcji w zakresie wymagania zdolności technicznej lub zawodowej nieproporcjonalne w odniesieniu do osób, które zdaniem odwołującego jest nadmiarowe i nieuzasadnione ze względu na przedmiot zamówienia oraz preferujące dotychczasowego Wykonawcę.

Wskazane fragmenty Ogłoszenia oraz Instrukcji zawierają następujące stwierdzenie:

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

1. Kierownik ds. Wdrożenia - wymagania:

- co najmniej 7 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu co najmniej jednym projektem w obszarze wdrażania Systemów Teleinformatycznych o wartości projektu powyżej 40 mln zł netto każdy, na stanowisku/-ach kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu,

- co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego przy Wdrożeniu co najmniej jednego

Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow,, po stronie Wykonawcy, na stanowisku/-ach kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu - odpowiedzialnego za realizację całości Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow,

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

2. Kierownik ds. Operacyjnych - wymagania:

- co najmniej 7 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu utrzymaniem i eksploatacją Systemów Teleinformatycznych obsługujących co najmniej 50 000 użytkowników każdy, na stanowisku/-ach kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu

- co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego przy realizacji Usługi Elektronicznego Poboru Opłat, w co najmniej jednym Elektronicznym Systemie Poboru Opłat typu Free-flow, po stronie Wykonawcy, na stanowisku/-ach kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu - odpowiedzialnego za realizację całości Usługi Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Freeflow

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

3. Ekspert ds. Elektronicznego Systemu Poboru Opłat - wymagania:

- co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego przy Wdrożeniu co najmniej jednego Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow lub Elektronicznego Systemu Poboru Opłat z Miejscami Poboru Opłat za stanowisku/-ach: głównego projektanta lub architekta systemu lub głównego eksperta technicznego

- Kierownik Zespołu ds. Rozliczeń i płatności-wymagania: co najmniej 10 lat doświadczenia przy realizacji zadań obejmujących finanse i księgowość; w szczególności w zakresie rozliczeń rozrachunków

- w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika zespołu, w którego zakresie odpowiedzialności były rozliczenia o średniomiesięcznej wartości co najmniej 30 mln zł brutto.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku Kierownika ds. wdrożenia oraz Kierownika ds. operacyjnych połączone zostały kompetencje IT (doświadczenie zawodowe związane z wdrożeniem, utrzymaniem, eksploatacją Systemów Teleinformatycznych) z kompetencjami

w poborze opłat (doświadczenie zawodowe związane z wdrożeniem, realizacją Usługi Poboru Opłat w Elektronicznym Systemie Poboru Opłat typu Free-flow). Zdaniem Odwołującego, te role nie muszą być łączone, nawet nie powinny, ponieważ dotyczą dwóch osobnych dziedzin wiedzy. Dostępność osób posiadających jednocześnie doświadczenie w obu tych dziedzinach wiedzy jest ograniczona, co ogranicza konkurencję. Rozdzielenie tych kompetencji nie będzie utrudniało konkurencji a jednocześnie nie „osłabi” pierwotnych wymagań Zamawiającego.

W odniesieniu do doświadczenia dla Kierownika ds. wdrożenia oraz Kierownika ds. operacyjnych wymagane jest 7-letnie doświadczenie zawodowe. Zdaniem Odwołującego takie wymaganie jest nadmiarowe i nieuzasadnione ze względu na przedmiot zamówienia oraz ogranicza konkurencję. Doświadczenie krótsze, np. 3-letnie byłoby w zupełności wystarczające.

Zamawiający wymagał przedstawienia co najmniej 5-letniego doświadczenia dla Kierownika ds. wdrożenia, Kierownika ds. operacyjnych, Eksperta ds. elektronicznego systemu poboru opłat przy wdrożeniu co najmniej jednego Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu free-flow. Odwołujący podkreślił, że większość tego typu europejskich systemów poboru opłat działa krócej niż 5 lat.

Odwołujący wskazał, że jednymi z nielicznych systemów działających dłużej niż 5 lat są systemy poboru opłat działające w Austrii oraz w Czechach, gdzie ich wykonawcą była firma Kapsch, która jest również wykonawcą i operatorem systemu poboru opłat w Polsce.

Odwołujący uznał, że wymaganie 5-letniego doświadczenia dla osób, którymi musi się wykazać Oferent ogranicza w sposób wyraźny liczbę osób, które będą posiadały ww. doświadczenie i preferuje obecnego operatora systemu poboru opłat. Odwołujący zasugerował zmianę wymagania na długość doświadczenia na 3-letnie, Długość trwania usługi Elektronicznego Poboru Opłat typu free-flow powinna być adekwatna do długości doświadczenia zawodowego w/w osób i nie powinna preferować dotychczasowego Operatora Systemu.

Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności Zamawiający wymagał co najmniej 10 lat doświadczenia przy realizacji zadań obejmujących finanse i księgowość, pomimo że kontrakt jest przewidziany na 6 lat. W ocenie Odwołującego, wymaganie jest nadmiarowe i nieuzasadnione oraz ogranicza konkurencję. Dla innych osób wymaganych przez Zamawiającego jest wymagane max 7-letnie doświadczenie. Zdaniem Odwołującego doświadczenie krótsze, np. 3-letnie byłoby w zupełności wystarczające i byłoby adekwatne.

Zdaniem Odwołującego, zarówno zdolności techniczne Wykonawcy jak i zdolności zawodowe wszystkich osób odnoszą się do realizacji takich samych usług jak i wdrożeń odnośnie Elektronicznego Systemu Poboru Opłat i nie powinno być w tym zakresie wymagania surowszego niż przewidujące 3-letnie doświadczenie.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o zmianę wskazanych zapisów Ogłoszenia i Instrukcji dotyczących zdolności technicznej Wykonawcy w zakresie osób, poprzez: rozdzielanie kompetencji IT od kompetencji w poborze opłat poprzez wykreślenie z wymagań dotyczących Kierownik ds. Wdrożenia - wymagania: co najmniej 7 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu co najmniej jednym projektem w obszarze wdrażania Systemów Teleinformatycznych o wartości projektu powyżej 40 mln zł netto każdy, na stanowisku/-ach kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu, a dla w przypadku Kierownika ds. Operacyjnych wykreślenie wymagania: co najmniej 7 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu utrzymaniem i eksploatacją Systemów Teleinformatycznych obsługujących co najmniej 50 000 użytkowników każdy, na stanowisku/-ach kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu" oraz wprowadzenie wymagania na dwóch dodatkowych Ekspertów posiadających następujące kwalifikacje: „Ekspert ds. Wdrożenia IT - wymagania: co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego w zarządzaniu co najmniej jednym projektem w obszarze wdrażania Systemów Teleinformatycznych o wartości projektu powyżej 40 mln zł netto każdy, na stanowisku/-ach kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu, certyfikat wydany przez uprawniony podmiot, niezależny od Wykonawcy, potwierdzający posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami. „Ekspert ds. Utrzymania IT - wymagania: co najmniej 3 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu utrzymaniem i eksploatacją Systemów Teleinformatycznych obsługujących co najmniej 50 000 użytkowników każdy, na stanowisku/-ach kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu, Certyfikat wydany przez uprawniony podmiot, niezależny od Wykonawcy, potwierdzający posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania metodyki prowadzenia/zarządzania projektami.

Skrócenie wymaganego doświadczenia zawodowego wszystkich osób do 3 lat czyli okresu, który to Zamawiający użył w wymaganiach odnośnie zdolności technicznych Wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że w pkt U.2.7) Ogłoszenia wskazano 72-miesięczny (6-letni) okres realizacji zamówienia. W pkt V Opisu (Informacje o sieci dróg płatnych) brak jest szczegółowej informacji o ilości kilometrów dróg krajowych, które włączone zostaną do systemu ESP (Elektroniczny Pobór Opłat) w okresie realizacji zamówienia. W dokumentach brak jest wskazania (w przeciwieństwie do poprzedniego postępowania), że Zamawiający sfinansuje zakup i budowę infrastruktury. W pkt H.2.5) Ogłoszenia - brak wskazania proporcji

między kryteriami oceny: cena i jakość oraz brak zdefiniowania co kryje się pod pojęciem Jakość. Zdaniem Odwołującego łączne zaistnienie powyższych okoliczności powoduje, że przedmiot zamówienia jest z jednej strony niedookreślony (niejasny co do: ilości kilometrów dróg, ich rodzaju oraz czasu objęcia systemem poboru opłat), a z drugiej sformułowany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (w zakresie doboru technologii preferujący obecnie wykorzystywaną technologię DSRC); nie daje wykonawcom kompletu informacji potrzebnych do oceny, czy możliwe będzie skalkulowanie oferty zakładającej zastosowanie innej technologii niż DSRC co wiązałoby się z jej wymianą (na przykład na technologię GNSS), która będzie wysoko punktowana, a jednocześnie ekonomicznie opłacalna w perspektywie przewidzianego czasu realizacji zamówienia.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, konieczne jest przyjęcie założenia, że wymiana infrastruktury związana z przejściem na nową technologię obciążać będzie w całości Wykonawcę i musi zostać wliczona w cenę oferty, co przy tak krótkim (6-letnim) czasie realizacji zamówienia powoduje brak opłacalności inwestycji i niecelowość złożenia oferty przez Wykonawców innych niż dotychczasowy; istnieje wątpliwość co do celowości udziału w dialogu konkurencyjnym i ponoszenia z tego tytułu znacznych nakładów finansowych jak i czasowych w sytuacji, gdy preferowana jest dotychczasowa technologia, a w konsekwencji tego podmiotem uprzywilejowanym, który będzie w stanie złożyć najkorzystniejszą ofertę może być jedynie dotychczasowy Wykonawca.

Odwołujący argumentował, że: „W Europie konieczność budowy tego typu systemów i dopuszczalne technologie są regulowane przez DYREKTYWĘ PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2004/52/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie interoperacyjności systemów elektronicznych opłat drogowych we Wspólnocie. Dyrektywa ta dopuszcza dwie technologie: tzw. DSRC, która opiera się na komunikacji tanich urządzeń OBU (on board unit) w pojazdach z odbiornikami montowanymi na dużej liczbie bramownic ustawionych na drogach oraz tzw. GNSS (satelitarna), która opiera się na komunikacji dużo droższych urządzeń OBU (on board unit) w pojazdach przy wykorzystaniu łączności satelitarnej, co powoduje, że liczba bramownic na drogach jest dużo mniejsza. W Europie obecne są obie technologie: DSRC (np. Włochy, Austria, Polska) i satelitarna (np. Niemcy, Słowacja, Belgia). Na etapie poprzedniego postępowania z 2010r. były rozważane obie technologie. Wykonawca Kapsch zbudował system w oparciu o DSRC. Zdaniem Odwołującego, w dokumentach niniejszego postępowania nie ma bezpośredniego nakazu wykorzystania określonej technologii jednakże jego konstrukcja i zestawienie poszczególnych zapisów oraz brak niektórych danych powodują, iż należy uznać, że Zamawiający preferuje technologię DSRC.

Utrzymanie takiej preferencji spowoduje, że żadna inna firma nie będzie w stanie złożyć oferty konkurencyjnej do oferty obecnego Wykonawcy-firmy Kapsch. Oferta Kapsch będzie zawsze tańsza, bo zakłada wykorzystanie infrastruktury istniejącej. Bez zmiany technologii przewaga obecnego dostawcy (Kapscha) jest nie do nadrobienia. Warto w tym miejscu również zauważyć, że ilość dróg do objęcia w systemie na tę chwilę to 3304 km, ale do czasu przejęcia usługi przez nowego wykonawcę może się zwiększyć do około 4 tys. km (o 680 km), im więcej dróg w systemie tym ciężiej będzie przejąć usługę przez nowego Operatora, Kapsch w przeciwieństwie do Nowego Operatora nie musi w tym aspekcie ponieść jakichkolwiek dodatkowych kosztów. Dlatego Zamawiający powinien precyzyjnie określić ile kilometrów dróg będzie w systemie viaTOLL na dzień 02.11.2018 (dzień przejęcia usługi), gdyż nowy Operator będzie musiał zintegrować obecne rozwiązania technologiczne z własnym rozwiązaniem lub przewidzieć ich pełną wymianę. Informacja ta jest niezbędna nawet na etapie składania wniosków, nie tylko w ramach konstruowania oferty cenowej.

Wykonawca, który chciałby wykorzystać technologię inną niż DSRS musi zbudować nową infrastrukturę techniczną dostosowaną do technologii satelitarnej. Przewidywany czas trwania nowej umowy (6 lat) w sposób oczywisty preferuje obecnego dostawcę, gdyż przy takim okresie czasu i przewidywanej sieci dróg zmiana technologii się nie opłaci. Poprzednia umowa była zawarta na 8 lat 6 lat jest zbyt krótkim okresem czasu na to aby nastąpił zwrot z inwestycji szczególnie, że z obecnej dokumentacji nie wynika sposobu finansowania zamówienia. W poprzedniej umowie Zamawiający pokrywał koszty inwestycyjne (płacił za etap budowy: m.in. za budowę bramownic na drogach oraz kupno komputerów pokładowych OBU). Obecnie można sobie wyobrazić 2 modele finansowe usługi: 1) Zamawiający płaci za inwestycję, a potem za usługi operatorskie. 2) Wykonawca ponosi w całości koszty inwestycji, a następnie w ramach kosztów usług operatorskich sobie tę inwestycję amortyzuje. W przypadku zmiany technologii systemu i budowy nowej infrastruktury oraz 6-letniego okresu umowy ten drugi sposób finansowania będzie nieopłacalny dla nowych dostawców i w związku z tym będzie preferował obecnego Wykonawcę - firmę Kapsch. Z posiadanych przez Odwołującego symulacji finansowych wykonanych na potrzeby poprzedniego postępowania na budowę systemu poboru opłat wynikało, że przy drugim sposobie finansowania (który wobec braku innych informacji należy założyć za obowiązujący w obecnym postępowaniu), Wykonawca zaczynał generować dodatnią marżę dopiero 5,5 roku od podpisania umowy. Nie da się zbudować modelu finansowego, w którym zmiana technologii opłaci się Wykonawcy w ciągu 6 lat obowiązywania umowy.

W Opisie Potrzeb i Wymagań Zamawiającego w *punkcie V. Informacje o sieci dróg płatnych* w akapicie „sieć *Dodatkowa ESP*” podano informacje odnośnie planowanych do objęcia systemem ESP sieci dróg w okresie od 3 listopada 2018 do 2 listopada 2024 r., dzieląc je na

dwie kategorie: pierwsza - autostrady i drogi ekspresowa, druga - drogi krajowe o klasie technicznej G i GP.

Zamawiający podał w tym punkcie orientacyjną długość dróg do objęcia systemem ESP dla autostrad (ok. 188km) i dróg ekspresowych (ok. 1700km), jednakże nie podał długości dróg do objęcia dla sieci dróg krajowych zasłaniając się zapisem, iż decyzja o objęciu opłatą elektroniczną tych dróg będzie podejmowana na podstawie rachunku ekonomicznego i analizy ucieczki pojazdów ciężkich z dróg objętych opłatą.

Wykazane około 1900 km dróg, które będą dodane do systemu w latach 2019-2024 nie stanowi dla Wykonawcy dużej liczby. Aby skalkulować opłacalność i rentowność zmiany technologii w złożonej ofercie Wykonawcy, który chce zastąpić aktualnie działający system w technologii DSRC inną technologią (np. GNSS) potrzebuje informacji na temat chociaż minimalnej długości sieci dróg krajowych, które zostaną dołączone do systemu ESP po 02.12.2018 r. Aktualny zdawkowy i niewiążący zapis preferuje pozostawienie technologii DSRC, gdyż technologia GNSS (satelitarna) jest znacznie bardziej opłacalna ekonomicznie w przypadku objęcia nią dróg krajowych niż autostrad. Im większa liczba kilometrów dróg krajowych będzie dołączona do systemu ESP, tym zastosowanie technologii satelitarnej GNSS na tych drogach będzie bardziej opłacalne. W przypadku dróg krajowych technologia GNSS jest dużo tańsza od technologii DSRC, w której to trzeba znacznie gęściej stawiać bramki niż na autostradach i drogach ekspresowych (co 2-4 km a nie tylko w okolicach wjazdów i zjazdów z tras szybkiego ruchu). Brak zapisu odnośnie planowanych do dołączenia do systemu ESP dróg krajowych jest preferowaniem aktualnego wykonawcy systemu viaToll (Kapsch).

Na tą chwilę przy obecnych zapisach Ogłoszenia decyzja Oferenta o złożeniu dokumentów referencyjnych w technologii GNSS i późniejsze złożenie oferty cenowej w technologii GNSS jest nieekonomiczna, gdyż dostawca technologii GNSS nie jest w stanie policzyć zwrotu z inwestycji. Wykonawca nie może czekać na opublikowanie tego typu informacji odnośnie planowanej do objęcia systemem ESP w okresie od 3 listopada do 2 listopada 2024 długości dróg krajowych do drugiego etapu postępowania (wymagań SIWZ) lub co gorsza dopiero ją poznać w trakcie realizacji pozyskanego zamówienia.

W ocenie Odwołującego brak informacji dotyczących kryteriów oceny ofert również należy rozpatrywać jako element uniemożliwiający wykonawcom podjęcie decyzji co do wyboru technologii oraz możliwości złożenia oferty konkurencyjnej wobec oferty dotychczasowego Wykonawcy.

Z powodów wskazanych powyżej dotychczasowy Wykonawca w sytuacji gdy nie będzie planowany znaczący rozwój systemu ESP na drogi krajowe jest podmiotem, który przy realizacji zamówienia w technologii DSRC może się spodziewać poniesienia najmniejszych kosztów i może zaoferować najniższą cenę.”

Zdaniem Odwołującego, Wykonawcy nie wiedzą jaka będzie waga kryterium cenowego i czy drugie kryterium oceny da im możliwość zminimalizowania cenowej przewagi Kapsch.

Nadto, w odniesieniu do kryterium „jakość” Odwołujący zauważył, że nie jest doprecyzowane o „jaką jakość/ czego jakość” chodzi. Czy np. jakość deklarowanych parametrów opartych na Wymaganiach Poziomu Usług, jakość parametrów technicznych oferowanych urządzeń, jakość opisu koncepcji systemu dołączonej do oferty, jakość parametrów usług uzyskanych w systemach dotychczas wdrożonych przez oferenta, jakość proponowanej technologii?

Odwołujący wniósł o zmianę wskazanych zapisów Ogłoszenia i Opisu poprzez określenie czasu realizacji zamówienia na minimum 10 lat; wskazanie ilości kilometrów dróg krajowych, na których będzie rozwijany system ESP; wskazanie wagi dla kryterium „cena” na poziomie max. 60 %, oraz dookreślenie kryterium *Jakość*”.

KIO 2464/16

Odwołujący IDS-BUD S.A. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na nieprawidłowym sformułowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 22d ust 1 Pzp w zw. z art 7 ust. 1 Pzp — poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w sposób nadmierny i nieproporcjonalny oraz ograniczający krąg podmiotów mogących uczestniczyć w postępowaniu i ubiegać się o udzielenie zamówienia, art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 Pzp w zw. z art 7 ust. 1 Pzp - poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia w sposób nadmierny i nieproporcjonalny oraz ograniczający krąg podmiotów mogących uczestniczyć w postępowaniu i ubiegać się o udzielenie zamówienia oraz innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, wymienionych w treści niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunków udziału w postępowaniu - zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych, dotyczących doświadczenia oraz osób skierowanych do realizacji zamówienia, w taki sposób, aby zapewnić dostęp do udziału w postępowaniu podmiotom posiadającym doświadczenie oraz dysponującym osobami, które umożliwią zrealizowanie przedmiotu niniejszego zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający postawił szereg warunków, które muszą spełnić potencjalny wykonawcy dopuszczeni do dialogu. W treści odwołania przytoczył poniższe fragmenty ogłoszenia:

„W zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych, Zamawiający uzna, iż Wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki, który w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

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

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

Przy czym:

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

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

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

Natomiast w zakresie osób, które będą uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał, iż:

1. Kierownik ds. wdrożenia — wymagania:

co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego przy wdrożeniu co najmniej jednego Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow, po stronie wykonawcy, na stanowisku/-ach kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu - odpowiedzialnego za realizację całości Wdrożenia Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Free-flow,

3. Ekspert ds. elektronicznego systemu poboru opłat— wymagania:

co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego przy Wdrożeniu co najmniej jednego Elektronicznego Systemu Poboru Opłat typu Freeflow lub Elektronicznego Systemu Poboru

Opłat z Miejscami Poboru Opłat na stanowisku/-ach: głównego projektanta lub architekta systemu lub głównego eksperta technicznego,

Zamawiający nie dopuszcza możliwości wskazania tej samej osoby do pełnienia więcej niż jednej funkcji wymaganych powyżej.

Zamawiający wskazał również, iż:

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

b) Jako Usługę Elektronicznego Poboru Opłat Zamawiający uzna należycie wykonane lub wykonywane świadczenie Wykonawcy polegające na zapewnieniu poboru opłat drogowych, przy wykorzystaniu Elektronicznego Systemu Poboru Opłat, w tym .co najmniej naliczaniu i pobieraniu opłat, w tym gromadzeniu lub przetwarzaniu danych dot. poboru opłat, w związku z obsługą co najmniej 50 000 kont użytkowników, zarządzaniu, utrzymaniu i eksploatacji Elektronicznego Systemu Poboru Opłat.

Jako Usługę Manualnego Poboru Opłat Zamawiający uzna należycie wykonane lub wykonywane świadczenie Wykonawcy, obejmujące co najmniej:

- naliczanie i pobieranie opłat oraz zarządzanie i kontrolę środków uzyskanych z poboru opłat, zrealizowanymi z wykorzystaniem następujących metod płatniczych: gotówka, karty kredytowe i debetowe, karty flotowe, zarządzanie, utrzymanie i eksploatacja Manualnego Systemu Poboru Opłat.

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

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

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

e) Jako Wdrożenie Zamawiający uzna należycie wykonane co najmniej następujące czynności: zaprojektowanie, dostawę i instalację wszelkich niezbędnych urządzeń, oprogramowania i innych komponentów, przeprowadzenie testów i uruchomienie w środowisku produkcyjnym wraz ze stabilizacją w środowisku produkcyjnym Elektronicznego Systemu Poboru Opłat.”

Zdaniem Odwołującego, takie określenie warunków udziału w postępowaniu doprowadzi do sytuacji, w której wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będzie w stanie złożyć tylko jedna firma, tj. obecny operator Krajowego Systemu Poboru Opłat.

Zamawiający przewidział udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego, który to dialog będzie miał sens jedynie wtedy, kiedy do udziału w nim zostanie dopuszczona większa liczba wykonawców, niż - jak w tym konkretnym przypadku - praktycznie tylko jeden. Zamawiający przewidział 9 kandydatów do dialogu.

W ocenie Odwołującego, oczekiwania Zamawiającego spełnić mogą nie tylko podmioty, które posiadają doświadczenie konkretnie w świadczeniu usług elektronicznego poboru opłat, w tak szerokim zakresie, jak opisany przez Zamawiającego, ale również te, które posiadają doświadczenie w zakresie robót teletechnicznych, infrastrukturalnych, informatycznych i zarządzających sieciami a jednocześnie posiadają wiedzę w zakresie elektronicznego systemu poboru opłat, a w szczególności podmioty te są w stanie przedstawić opracowane przez siebie rozwiązania, spełniające wszelkie oczekiwania Zamawiającego.

Dlatego też, zdaniem Odwołującego, określenie wymogów dotyczących wiedzy jak i osób, narusza zasadę proporcjonalności oraz ogranicza krąg potencjalnych wykonawców. Zasada proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. Istota proporcjonalności musi sprowadzać się do odpowiedzi na pytanie, czy warunek nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołań.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „Ustawą” oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020).

Odwołanie o sygnaturze akt KIO 2457/16 zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa z uwagi na określenie przez Zamawiającego 6- letniego terminu realizacji usługi jest bezzasadny.

Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje zawieranie umów na świadczenie usługi na czas oznaczony, nieprzekraczający 4 lat (art. 142 ust. 2 i 3). W niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział czas realizacji usługi 6 lat oraz dodatkowo 12 miesięcy jako czas niezbędny na wykonanie czynności związanych z przejściem systemu. Przyjęty przez Zamawiającego czas realizacji usługi jest więc dłuższy niż maksymalny czas trwania umowy przewidziany przez ustawę Prawo zamówień publicznych.

Z powyższego wynika, że Zamawiający nie naruszył żadnego przepisu ustawy poprzez nieokreślenie terminu realizacji zamówienia na okres 10 lat, czego żądał Odwołujący.

Zamawiający wskazał w treści odpowiedzi na odwołanie, że będzie pokrywał koszty realizacji przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ, w tym ewentualnie poniesione nakłady inwestycyjne. Nawet w sytuacji, gdy Wykonawca miał wątpliwości w tym zakresie, mógł zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ.

Zamawiający wyjaśnił, że dotychczasowa umowa była realizowana przez okres 7 lat i 4 miesięcy (8 lat łącznie z wdrożeniem). Jest to zatem czasokres porównywalny. Należy też podkreślić, że nie jest tak, jak twierdził Odwołujący, że Zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców, skracając obecnie czas realizacji umowy o nieco ponad rok w stosunku do poprzedniego okresu realizacji umowy. Przede wszystkim Zamawiający nie jest zobowiązany do utrzymywania stale tego samego terminu realizacji usługi. Jak wyżej wskazano, instrukcja co do czasu, jaki może wyznaczyć na realizację usługi, wynika jedynie z ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 142).

Okres 6 lat realizacji usługi nie oznacza braku możliwości realizacji zamówienia przez Odwołującego i przystępujących po jego stronie. Stosownie do art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są zobowiązani

wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W ocenie Izby, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie tezy braku możliwości zrealizowania usługi (i ewentualnie całkowitego braku jej opłacalności) w okresie 6 lat.

Podobnie, w ocenie Izby nie można uznać, aby Zamawiający naruszył jakikolwiek przepis prawa określając orientacyjną długość dróg do objęcia system ESP. Trafnie bowiem wskazuje Zamawiający, że obecny etap postępowania ma zapewnić Zamawiającemu jedynie wybór rzetelnych i zdolnych do realizacji zamówienia partnerów do dialogu, nie zaś na obecnym etapie wybór konkretnego rozwiązania czy jego elementów, które wykonawcy będą zobowiązani uwzględnić w swoich ofertach. Obecny etap dotyczy złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tym samym twierdzenia Odwołującego, że nie będzie w stanie skalkulować opłacalności oferty, są bezpodstawne.

Z całą pewnością nie można uznać, aby w tym zakresie Zamawiający naruszył art. 60c ust. 1 pkt 1 czy 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający przekazał niezbędne informacje do udziału w postępowaniu na etapie przygotowania do dialogu.

Zgodnie z art. 60c ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli ze względu na złożoność zamówienia nie można na tym etapie postępowania ustalić znaczenia kryteriów oceny ofert, w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający podaje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego. W niniejszym postępowaniu Zamawiający skorzystał z możliwości, jaką daje niniejszy przepis i odstąpił od podania wagi (znaczenia) kryteriów oceny ofert. Tym samym nie można zarzucić mu naruszenia przepisów ustawy.

Izba za zasadny uznała zarzut Odwołującego, o braku pełnego wskazania kryterium oceny ofert. Ustawa zawiera jednoznaczne wymaganie co do konieczności zamieszczenia w treści ogłoszenia o zamówieniu kryteriów oceny ofert. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający określił kryterium jedynie jako: „jakość”, nie precyzując, czego pojęcie „jakość” miałyby dotyczyć. Nie wiadomo zatem, czy kryterium będzie odnosiło się do parametrów, czy proponowanej technologii, co w przypadku różnych wykonawców w niniejszym postępowaniu może mieć kluczowe znaczenie. W tym miejscu należy także zwrócić uwagę na brzmienie art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje na doprecyzowanie kryterium jakości. Na tym etapie postępowania ustawodawca przewidział konieczność określenia kryteriów oceny ofert, tym samym Zamawiający powinien je precyzyjnie określić. Nie jest tak, że Zamawiającemu zupełnie nie jest znany zakres przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia jest ogólnie określony, różna może być koncepcja, zatem już na tym etapie Zamawiający winien wskazać, co będzie miało dla niego kluczowe znaczenie.

W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany w sekcji II pkt II 2.5 Ogłoszenia o zamówieniu i dookreślenie kryterium „jakość” poprzez wskazanie podstawy oceny tego kryterium.

W ocenie Izby bezzasadny jest zarzut opisu wymagania w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia – jego skali, złożoności i prawdopodobnej wartości.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w treści ogłoszenia o zamówieniu (pkt III.1.3) 1.a) dokonał opisu w taki sposób, że nie jest możliwe dokonanie właściwej oceny zdolności wykonawcy do należytej, na odpowiednim poziomie, jakości realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający sformułował wymagania w zakresie parametrów referencyjnych, bez podania minimalnej długości sieci drogowej objętej usługami lub choćby minimalnej wartości zrealizowanych projektów. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że Zamawiający dopuszcza nawet usługi prowadzone na pojedynczym moście czy tunelu. Odwołujący uznał, że oznacza to, że do postępowania zostaną dopuszczeni wykonawcy nie posiadający stosownych zdolności technicznych, co może powodować, że dialog będzie trwał dłużej i będzie na niższym poziomie niż oczekuje Zamawiający.

Tym samym Odwołujący domagał się określenia warunków udziału w postępowaniu na poziomie wyższym niż dotychczas określony przez Zamawiającego i dążył do zaostrzenia wymagań stawianych wykonawcom.

W trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że długość odcinka, na jakim prowadzone będą usługi poboru opłat, nie ma istotnego znaczenia. Długość dróg nie ma przełożenia na skalę i złożoność systemu. Parametrami, które rzeczywiście w sposób obiektywny umożliwiają ocenę doświadczenia wykonawców i ich zdolności do należytego wykonania zamówienia w zakresie wdrażania wielkoskalowych elektronicznych systemów poboru opłat oraz świadczenia kompleksowych usług poboru opłat, są liczba użytkowników i liczba urzędzeń pokładowych objętych i obsługiwanych w systemie. Różnorodność w długości sieci obejmowanych poszczególnymi zamówieniami nie pozwala na sprecyzowanie adekwatnej do zamówienia liczby kilometrów, która byłaby sprawiedliwym i jednoznacznym kryterium oceny zdolności technicznej wykonawców.

Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego. Przyjęcie parametru wyłącznie długości odcinka mogłoby prowadzić do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców mających doświadczenie w zakresie budowy systemów bardzo prostych, a jedynie realizowanych na długich odcinkach drogi. Zamawiający starał się przyjąć obiektywne kryteria oceny doświadczenia, jednocześnie dbając o nieograniczenie dostępu wykonawców do udziału w postępowaniu.

Zwiększenie wymagań stawianych wykonawcom powodowałoby nieuzasadnione zmniejszenie konkurencyjności. Skoro postawione przez Zamawiającego wymagania nie prowadzą do ograniczenia ilości wykonawców, spełniających wymogi Zamawiającego i nie prowadzą do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, to brak jest podstaw do uwzględnienia tego zarzutu. Jedynie bezzasadne ograniczenie ilości wykonawców, mogących wziąć udział w postępowaniu, mogłoby stanowić podstawę do uznania, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Tylko naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych mogłoby prowadzić do uwzględnienia tego zarzutu. Tymczasem Zamawiający nie tylko nie naruszył przepisów ustawy, ale także wskazał uzasadnione podstawy, dla których nie zamierza ograniczać kręgu podmiotów, mogących wziąć udział w postępowaniu. W świetle powyższego Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Izba za zasadny uznała zarzut określenia w sposób nieproporcjonalny, nadmiarowy i nieuzasadniony, wymagań w zakresie zdolności technicznej i zawodowej osób wymienionych w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający ma obowiązek określić warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

W odniesieniu do Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności, Zamawiający wymagał co najmniej 10 lat doświadczenia przy realizacji zadań obejmujących finanse i księgowość.

W ocenie Izby, wymaganie to jest nadmierne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Trafnie zauważył Odwołujący, że umowa ma być realizowana przez 6 lat. Tym samym określenie wymagania aż 10 lat doświadczenia jest nadmiarowe i nieuzasadnione. Jako takie w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję. Zamawiający nie wskazał żadnego racjonalnego uzasadnienia dla tak wygórowanego wymagania. W ocenie Izby, zupełnie niezrozumiałe jest postawienie tak wysokiego wymagania względem osoby, która będzie zajmowała się rozliczeniami finansowymi, stanowiącymi jedynie czynności pomocnicze w stosunku do zasadniczego przedmiotu zamówienia. Zasadniczym przedmiotem zamówienia są usługi poboru opłat, usługi o charakterze technicznym i IT stanowią w niniejszym postępowaniu usługi podstawowe. Brak jest podstaw do przyjęcia założenia, że postawienie

osobom wykonującym usługi pomocnicze ponadprzeciętnych wymagań spowoduje, że usługi główne zostaną wykonane należycie.

Tym samym, Izba uznała, że doświadczenie krótsze, np. 3-letnie, byłoby w zupełności wystarczające i adekwatne do wymagań.

W konsekwencji, Izba w treści sentencji nakazała Zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia oraz Instrukcji do dialogu konkurencyjnego w odniesieniu do Kierownika Zespołu ds. rozliczeń i płatności, poprzez zmniejszenie wymagania 10 lat doświadczenia przy realizacji zadań obejmujących finanse i księgowość do wymagania 3 lat.

W ocenie Izby, uzasadnione jest także żądanie Odwołującego w zakresie rozdzielenia kompetencji IT (doświadczenie zawodowe związane z wdrożeniem, utrzymaniem, eksploatacją Systemów Teleinformatycznych) z kompetencjami w zakresie poboru opłat (doświadczenie zawodowe związane z wdrożeniem, realizacją Usługi Poboru Opłat w Elektronicznym Systemie Poboru Opłat typu Free-flow) w odniesieniu do Kierownika ds. wdrożenia oraz Kierownika ds. operacyjnych.

Na wstępie należy zauważyć, że zarządzanie systemami poboru opłat i systemem teleinformatycznym dotyczy innych obszarów. Zamawiający nie wyjaśnił powodu konieczności połączenia tych kompetencji w ręku jednej osoby. Nie wskazał obiektywnych powodów, dla których nie można oddzielić doświadczenia we wskazanym zakresie. Tym samym Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym role te nie muszą być łączone. Dotyczą dwóch osobnych dziedzin wiedzy.

Istotne znaczenie ma tutaj okoliczność, że dostępność osób posiadających jednocześnie doświadczenie w obu tych dziedzinach wiedzy jest ograniczona, co w konsekwencji ogranicza konkurencję. Brak racjonalnego wyjaśnienia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego stanowi podstawę do uznania naruszenia uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu. Trafnie zauważył Odwołujący, że rozdzielenie kompetencji we wskazanych powyżej dziedzinach nie będzie utrudniało konkurencji i w żaden sposób nie „osłabi” pierwotnych wymagań Zamawiającego.

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Instrukcji do dialogu konkurencyjnego, w odniesieniu do Kierownika ds. wdrożenia oraz Kierownika ds. operacyjnych, postawił wymaganie posiadania 7 – letniego doświadczenia zawodowego.

W ocenie Izby, powyższy wymóg jest nieuzasadniony. Zamawiający nie wykazał, dlaczego nie jest wystarczające wymaganie 3-letnie. Co więcej, w ocenie Izby trafnie zauważył Odwołujący, że rozwiązania oparte na pozycjonowaniu satelitarnym GNSS oraz łączności ruchomej GMS/GPRS są wykorzystywane na szeroką skalę od stosunkowo niedawna.

Należy zatem podkreślić szczególne okoliczności niniejszej sprawy, w których dopuszczenie nowych rozwiązań wymaga elastycznego podejścia do okresu doświadczenia.

Również postawienie wymagania dłuższego niż przewidywany czas realizacji umowy jest nieproporcjonalnych do zamówienia. W świetle powyższego należało uznać, że wymaganie jest nadmiarowe i nieuzasadnione ze względu na przedmiot zamówienia i w konsekwencji ogranicza konkurencję. Dlatego też Izba w treści sentencji nakazała Zamawiającemu w odniesieniu do Kierownika ds. Wdrożenia zmniejszenie wymagania co najmniej 7 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu co najmniej jednym projektem w obszarze wdrażania Systemów Teleinformatycznych o wartości projektu powyżej 40 mln zł netto każdy, na stanowisku/-ach kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu do 3 lat doświadczenia zawodowego, zaś w odniesieniu do Kierownika ds. Operacyjnych zmniejszenie wymagania co najmniej 7 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu utrzymaniem i eksploatacją Systemów Teleinformatycznych obsługujących co najmniej 50 000 użytkowników każdy, na stanowisku/-ach kierownika projektu lub zastępcy kierownika projektu do 3 lat doświadczenia zawodowego.

Powyższa argumentacja pozostaje aktualna również w odniesieniu do postawionych przez Zamawiającego wymagań 5 lat doświadczenia zawodowego, związanego z wdrożeniem, utrzymaniem, eksploatacją Systemów Teleinformatycznych. Zarówno zdolności techniczne Wykonawcy, jak i zdolności zawodowe wszystkich osób, odnoszą się do realizacji takich samych usług, jak i wdrożeń odnośnie Elektronicznego Systemu Poboru Opłat. Izba miała także na uwadze fakt, że już z tabeli przedstawionej przez Zamawiającego jako załącznik do odpowiedzi na odwołanie wynika, że system, jaki chcą zaoferować wykonawcy (GNSS) jest systemem wykorzystywanym od bardzo niedawna i zaledwie 2 pozycje w tabeli (tj. pozycja nr 14 i nr 17) wskazują na system, który działa 5 lat (realizowany przez wykonawcę, którym nie był dotychczasowy wykonawca świadczący usługi na rzecz Zamawiającego – firma Kapsch). Z powyższych względów, Izba nakazała w treści sentencji zmniejszenie (w odniesieniu do wszystkich osób) wymagania 5 lat do 3 lat.

Izba zauważyła, że co do kadry, takie wymaganie, jak podane w treści ogłoszenia o zamówieniu mogłoby zostać wykorzystane jako kryterium oceny ofert (art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Odwołanie o sygnaturze akt KIO 2464/16 nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący przedstawił zarzuty w sposób ogólny, a treść odwołania nie precyzuje, która część warunku w zakresie zdolności technicznej w ocenie Odwołującego narusza konkurencję. W treści odwołania Odwołujący dokonał „wyłuszczenia” niektórych fragmentów warunku. Sam fakt wyłuszczenia fragmentów ogłoszenia nie stanowi wyjaśnienia okoliczności faktycznych zarzutu, ani też nie oznacza postawienia zarzutu. Odwołujący winien wskazać, co wynika z faktu wyłuszczenia fragmentów warunku. Podkreślenie fragmentu tekstu nie zastępuje wyjaśnień, z których jednoznacznie powinny wynikać wywodzone okoliczności i treść podnoszonego zarzutu. Odwołujący nie wyjaśnił żadnych wątpliwości i nie rozwinął swojego stanowiska również w trakcie rozprawy.

Odwołujący nie wskazał także, dlaczego uznał, że krąg wykonawców mogących realizować zamówienie jest ograniczony. Brak określenia okoliczności faktycznych oznacza, że Odwołujący nie uzasadnił i nie dowiódł wywodzonych przez siebie ogólnych tez. Tym samym należało uznać, że Odwołujący nie wykazał, że warunki udziału w postępowaniu są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, czy też że miały na celu ograniczenie konkurencji. W konsekwencji, stanowisko Odwołującego należało uznać za bezzasadne.

Na marginesie jedynie Izba wskazuje, że Zamawiający ma możliwość wskazania koniecznych do spełnienia kryteriów podmiotowych, na podstawie których będzie mógł ocenić, że dany podmiot jest przygotowany do tego, aby należycie wykonać zamówienie.

Również żądania Odwołującego zostały sformułowane bardzo ogólnie. W odwołaniu zawarto żądanie dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu, jednak nie wskazano, w jaki sposób miałyby to nastąpić. Stwierdzenie, że Zamawiający powinien zmienić treść warunków udziału w postępowaniu *„w taki sposób, aby zapewnić dostęp do udziału w postępowaniu podmiotom posiadającym doświadczenie podmiotom posiadającym doświadczenie oraz dysponującym osobami, które umożliwią zrealizowanie przedmiotu niniejszego zamówienia publicznego”*, nie precyzuje stanowiska Odwołującego oraz nie wskazuje, czego Odwołujący oczekuje. Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym obowiązkiem Odwołującego, a nie rolą Izby, jest precyzowanie żądania i wykazanie podstaw go uzasadniających dane żądanie. To Odwołujący formułując żądania wskazuje, jakie rozstrzygnięcie uczyniłoby zadość jego interesom.

Na marginesie także Izba zauważa, że ustawodawca przewidział w treści ustawy możliwość spełnienia warunków również w ramach konsorcjum. Wykonawcy mogą także polegać na zdolności podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że nie skorzystał ze wskazanej w art. 23 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych możliwości określenia szczególnego, obiektywnie uzasadnionego, sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunków udziału w postępowaniu. Zatem nawet w sytuacji, gdy wykonawca samodzielnie nie jest w stanie spełnić samodzielnie warunku udziału w postępowaniu, przepisy prawa określają szereg możliwości dobrania partnerów, dzięki czemu wykonawca będzie miał możliwość udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....