

Sygn. akt: KIO 1069/12

Sygn. akt: KIO 1082/12

WYROK

z dnia 14 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Ewa Sikorska

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 25 maja 2012 r. przez wykonawcę **Zakład Urządzeń Radiolokacyjnych "ZURAD" Sp. z o. o., 07 – 300 Ostrów Mazowiecka, ul. Stacyjna 14**

B. w dniu 25 maja 2012 r. przez wykonawcę **WASKO S.A., 44 – 100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6**

w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Inspektorat Transportu Drogowego, 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 21**

przy udziale wykonawcy **WASKO S.A., 44 – 100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1069/12 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Urządzeń Radiolokacyjnych "ZURAD" Sp. z o. o. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej i WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zakład Urządzeń Radiolokacyjnych "ZURAD" Sp. z o. o. z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej i WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze 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:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1069/12

Sygn. akt: KIO 1082/12

Uzasadnienie

Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie (dalej: zamawiający) prowadzi postępowanie na podstawie zawartej umowy ramowej na dostawę stacjonarnych urządzeń reiestrujących na wyposażenie GITD w ramach Systemu Automatycznego Nadzoru nad Ruchem Drogowym.

Zamawiający w wyniku przeprowadzonego postępowania z odpowiednim zastosowaniem przepisów o udzielaniu zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej dokonał wyboru czterech wykonawców, z którymi podpisał umowy ramowe.

Wykonawcy ci to:

1. LIFOR sp. z o.o., w Bytomiu,
2. WASKO S.A., w Gliwicach
3. ZURAD sp. z o.o. w Ostrowi Mazowieckiej i
4. Konsorcjum firm: SAFEROAD CEE sp. z o.o. we Włocławku i Sensys Traffic AB, Joenkoeping Szwecja.

W dniu 15 maja 2012 r. Zamawiający wysłał wykonawcom zaproszenia do złożenia oferty służącej uzyskaniu zamówienia publicznego na dostawę urządzeń rejestrujących z załączoną Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (siwz) obejmującą: Rozdział I Istotne warunki zamówienia, Rozdział II Opis przedmiotu zamówienia cząstkowego. Rozdział III Istotne postanowienia umowy cząstkowej (IPUC). Zamówienie podzielone zostało na 5 części opisane jako Część I, Część IIa, Część IIb, Część IIc oraz Część III.

Sygn akt KIO 1069/12

Zakład Urządzeń Radiolokacyjnych ZURAD Sp. z o.o. w Ostrowi Mazowieckiej (dalej: odwołujący) wniósł dnia 25 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz)

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych, a w szczególności:

1. art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez nieuprawnione ograniczenie uczciwej konkurencji zamknięciem Wykonawcom dostępu do trzech z pięciu części zamówienia publicznego,
2. art. 29 ust. 1 i 2, Ustawy Pzp poprzez niewłaściwe, nieprecyzyjne, niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia oraz nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mających i mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał, co następuje

Zamawiający w Rozdziale I „Istotne warunki zamówienia wraz z formularzami” pkt 1.1.1 str. 1 umożliwił każdemu z Wykonawców złożenie oferty do wybranej przez siebie dowolnie spośród pięciu części, ale z zastrzeżeniem, że nie może być ich więcej niż trzy.

Stwierdził, że ograniczenie Wykonawcom możliwości ubiegania się o zamówienie w całości jest niezrozumiałe i niecelowe z punktu widzenia dbałości o pozyskanie jak największej ilości ofert do ich porównania, tym bardziej w przypadku, gdzie dopuszcza się oferty złożone w opcjach/wariantach.

Nadmienił, że ograniczenie udziału do 3/5 zamówienia publicznego narusza także interes Zamawiającego. Mogą bowiem zaistnieć okoliczności, w np. złożenie wszystkich ofert do trzech tych samych części w wyniku czego na pozostałe 2 części nie wpłynie żadna oferta i zamówienie nie zostanie udzielone albo np. złożenie do dwóch części pojedynczych ofert. Zamawiający w takim przypadku dokona wyboru oferty ale pozbawi się tym samym szansy uzyskania pewności, że wybiera ofertę faktycznie najkorzystniejszą spośród mogących być złożonymi do postępowania.

Odnośnie drugiego zarzutu odwołujący wskazał, że Rozdziale II „Opis przedmiotu zamówienia cząstkowego” SIWZ na str. 5 pkt 8.6.a) jest zapis zobowiązujący Wykonawców do oznakowania instalowanego urządzenia znakiem D-51 ustawionym zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 3.07.2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach.

W Rozdziale I SIWZ, w „sposobie obliczenia ceny oferty”, w punkcie 5.3. wskazano, że cenę oferty należy obliczyć jako sumę cen za elementy zamówienia wymienione w formularzu OF.1. opisując w dalszej części Rozdziału I owe części. Jedną z nich jest cena urządzeń rejestrujących, na obliczenie której składać się musi min. koszt oznakowania urządzenia na drodze, a także wszystkie koszty towarzyszące tym czynnościom. Wg SIWZ dotyczy to wszystkich instalowanych urządzeń zawartych we wszystkich 5 częściach. Zamawiający załączył do wszystkich części wskazanie lokalizacji zamawianych urządzeń. SIWZ dopuszcza do części I, IIa, IIb i lic złożenie ofert w wariantach wykorzystujących istniejące, wbudowane maszty, które wariantowo można wykorzystać w realizacji dostawy. Według wiedzy Odwołującego, część lokalizacji ujętych w SIWZ posiada na dzień zaproszenia do składania ofert oznakowania znakiem D-51, a zatem w kalkulacji ceny ofertowej ujęcie kosztów ich wbudowania i poprzedzających to uzgodnień może być zbędne.

Zamawiający nie wskazał w SIWZ tych lokalizacji, dla których niezbędne będzie zainstalowanie oznakowania znakiem D-51, a dla których nie. Ponadto, specyfikacja nie określa, w których lokalizacjach do urządzeń rejestrujących jest już podłączone zasilanie 230V AC, a w których nie.

Z uwzględnieniem powyższego wniósł o:

1. Umożliwienie złożenia ofert do wszystkich pięciu części zamówienia wszystkim Wykonawcom, z którymi została podpisana umowa ramowa, poprzez wykreślenie z SIWZ zapisów dopuszczających możliwość złożenia oferty na maksymalnie 3 części zamówienia oraz zapisów informujących o tym, że w przypadku złożenia oferty na więcej niż 3 części zamówienia, oferta taka będzie podlegała odrzuceniu we wszystkich częściach,
2. wprowadzenie zmian w treści siwz prowadzących do precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem niniejszego odwołania,
3. przedłużenia terminu składania ofert o czas umożliwiający ich rzetelne przygotowanie.

Odwołującemu stwierdził, że uwzględnienie odwołania umożliwi mu rzetelne skalkulowanie ceny, przygotowanie i złożenie oferty do wszystkich części przedmiotowego postępowania bez narażenia go w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy na poniesienie szkody, mogącej powstać w wyniku pozostawienia SIWZ w niezmienionej treści.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący oświadczył, że wobec dokonanej przez zamawiającego w dniu 12 czerwca 2012 r. modyfikacji SIWZ cofa zarzut drugi odwołania natomiast podtrzymuje zarzut pierwszy. Stwierdził, podtrzymując zarzut, że w specyfikacji postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej przewidziano opcje udzielenia zamówień częściowych, jednakże nie sformułowano ograniczeń co do określania maksymalnej części zamówienia na które wykonawca może złożyć ofertę. Takich ograniczeń nie przewidują postanowienia zawartej umowy ramowej. Odwołujący zakładał możliwość zawarcia umowy na całość ogłoszonego zamówienia częściowego. Stwierdził, że treści pkt 1.9.1 opisu przedmiotu umowy ramowej wynika prawo do złożenia oferty częściowej, a nie obowiązek ograniczenia zakresu oferty przez wykonawcę. Zauważył, że wybór najkorzystniejszej oferty powinien nastąpić w wyniku oceny ofert na podstawie ustalonych kryteriów, a nie ograniczenia zakresu oferty w dookreślonych częściach.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zauważył, że odwołujący w toku rozprawy argumentuje wskazując na naruszenie art. 101 ustawy Pzp, bowiem wskazuje na istotne zmiany warunków zamówienia częściowego w stosunku do umowy ramowej, natomiast brak takiego zarzutu w odwołaniu, gdzie wskazano art. 7 ust. 1 Pzp zarzucając ograniczenie uczciwej konkurencji. Zamawiający wskazuje na treść pkt 1.9.1 rozdz. I SIWZ dotyczącej umowy ramowej, gdzie przewidział dopuszczenie składania ofert częściowych odpowiednio do postanowień specyfikacji dotyczących danego zamówienia częściowego. W obecnie realizowanym zamówieniu częściowym przewidział możliwość składania ofert kwestionowana przez odwołującego. Stwierdza, że taki podział nie ogranicza uczciwej konkurencji, a wręcz ją zapewnia. Zamawiający zakłada, że realizowany system będzie opierał się na urządzeniach więcej niż jednego producenta.

Sygn. akt KIO 1082/12

WASKO S.A. w Gliwicach wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Postanowieniom SIWZ Odwołujący zarzucił naruszenie:

art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 101 ust. 2 ustawy poprzez dokonanie istotnej zmiany warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej;

art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 101 ust. 2 ustawy poprzez dokonanie zmiany kryteriów oceny ofert określonych w umowie ramowej i tym samym dokonanie istotnej zmiany warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej;

art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 101 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania na podstawie zawartej umowy ramowej w celu udzielenia zamówienia częściowego, którego przedmiot w części nie jest objęty umową ramową oraz innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, aby:

zmodyfikował SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;

przedłużył termin składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach i poinformował o tym wykonawców, którym przekazano SIWZ.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem odwołanie powinno być uwzględnione..

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący stwierdził, co następuje.

1. Odnośnie dokonania istotnej zmiany warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej.

A. Zgodnie z art. 101 ust. 2 ustawy udzielając zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową, Zamawiający może dokonać zmiany warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej, jeżeli zmiana ta nie jest istotna. A *contratio* zatem zakazane są takie zmiany warunków zamówienia, które są istotne. Powyższa regulacja służy ochronie interesów wykonawców, którzy zgodnie z art. 101 ust. 3 ustawy są związani ofertami złożonymi w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej w taki sposób, że oferta składane przez nich w postępowaniu prowadzonym w celu udzielenia zamówienia częściowego nie mogą być mniej korzystne od ofert złożonych w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z zawartą z Zamawiającym w dniu 26 kwietnia

2012 r. z umową ramową nr 164/2012 jednym z załączników do ww. umowy, stanowiącym jej integralną część, są Istotne Postanowienia Umowy Częstkowej, zawarte w Rozdziale IV SIWZ. W ww. załączniku zawarte zostały m.in. postanowienia dotyczące kar umownych (§ 8 SKUTKI NIEWYKONANIA LUB NIEWŁAŚCIWEGO WYKONANIA UMOWY), które miały znaleźć się w umowie dotyczącej zamówienia częściowego. W ww. postanowieniach dokładnie określono w jakich przypadkach i w jakiej wysokości naliczane będą wykonawcy kary umowne. Odwołujący, opierając się na powyższych postanowieniach, podjął decyzję o ubieganiu się o zawarcie umowy ramowej oraz skalkulował cenę zaoferowaną w ofercie złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej.

W prowadzonym obecnie postępowaniu Zamawiający w zasadniczy sposób zmienił projektowane postanowienia umowy dotyczącej zamówienia częściowego, bowiem wprowadził do nich nowe regulacje. W Rozdziale III SIWZ, w § 10 SKUTKI NIEWYKONANIA LUB NIEWŁAŚCIWEGO WYKONANIA UMOWY, w ust. 7., lit. a), przewidziana została kara umowna w wysokości 1.000.000 zł (słownie: milion złotych), której to kary IPUC, stanowiące załącznik do umowy ramowej, nie przewidywały.

W ocenie Odwołującego wprowadzenie kary umownej w tak znacznej wysokości stanowi istotną zmianę warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej, tym bardziej, że w SIWZ przewidziano możliwość wielokrotnego nakładania ww. kary. Jeżeli Zamawiający chciał przewidzieć karę umowną w tak znacznej wysokości, to powinien to uczynić w załączonych do umowy ramowej Istotnych Postanowieniach Umowy Częstkowej, a nie dopiero na etapie prowadzonego obecnie postępowania.

Powyższa argumentacja stosuje się również do kar umownych przewidzianych po raz pierwszy w IPUC zawartych w Rozdziale III przekazanej Odwołującemu SIWZ, tj. w:

- a) § 4 WARUNKI WYKONANIA PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, ust. 8, gdzie przewidziano możliwość naliczenia Wykonawcy kary umownej w wysokości 15.000 zł (piętnaście tysięcy złotych) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w przypadku nie uzyskania w terminie umowny pozytywnego wyniku testu integracyjnego urządzenia;
- b) § 10 SKUTKI NIEWYKONANIA LUB NIEWŁAŚCIWEGO WYKONANIA UMOWY, w ust. 7., lit. b), gdzie przewidziano karę umowną w wysokości 100.000 zł (słownie: sto tysięcy złotych) z możliwością wielokrotnego jej nakładania na wykonawcę.

Odwołujący podkreśla, że IPUC, stanowiące załącznik do umowy ramowej, w ogóle nie przewidywały nakładania ww. kar umownych. Nastąpiła zatem istotna zmiana warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej.

Ze względu na to Odwołujący domaga się nakazania zmodyfikowania SIWZ w taki sposób,

aby z Rozdziału III SIWZ usunięte zostały postanowienia dotyczące wszystkich wskazanych powyżej kar umownych, w szczególności § 10, ust. 7., lit. a), § 10, ust. 7., lit. b) i § 4, ust. 8.

B. Powyższą argumentacją odwołujący odnosi odpowiednio do jeszcze jednej zmiany warunków zamówienia. Rozdziale I przekazanej Odwołującemu SIWZ, w pkt 1, ppkt 1.1., Zamawiający wskazał, że: *w swojej ofercie Wykonawca może zaproponować tylko jeden typ urządzenia, zgodnie z ofertą złożoną w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej.* W świetle powyższego postanowienia SIWZ nie budzi wątpliwości, że obecnie wykonawca musi zaoferować to samo urządzenie, które zaoferował w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. Powyższe jest sprzeczne z § 12, ust. 1, lit. c) umowy ramowej, który po spełnieniu określonych w nim warunków przewiduje możliwość zaoferowania Zamawiającemu innego urządzenia niż urządzenie zaoferowane w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. Taką interpretację postanowień § 12, ust. 1, lit. c) Zamawiający potwierdził w toku postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej, udzielając wyjaśnień treści SIWZ. W piśmie z dnia 23.12.2011 r. Zamawiający odpowiadając na jedno z pytań do treści SIWZ wskazał na treść pytań i odpowiedzi zamawiającego w tym zakresie.

Ubiegając się o zawarcie umowy ramowej oraz składając ofertę w tym postępowaniu Odwołujący działał w zaufaniu do powyższych wyjaśnień i założył, że ubiegając się o udzielenie zamówienia częściowego, po spełnieniu wymagań określonych w § 12, ust. 1, lit. c) umowy ramowej, będzie mógł zaoferować inne urządzenie niż to, które zostało zaoferowane na etapie zawierania umowy ramowej. Przekazana SIWZ takiej możliwości nie przewiduje i wymaga, aby wykonawca zaoferował to samo urządzenie, co w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. W ocenie Odwołującego stanowi to istotną zmianę warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej. Ze względu na powyższe Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu zmodyfikowania SIWZ w taki sposób, aby z Rozdziału I SIWZ usunięte zostały postanowienia bezwzględnie nakazujące wykonawcy zaoferowanie tego samego urządzenia, co w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej.

2. Odnośnie zarzutu dokonania zmiany kryteriów oceny ofert określonych w umowie ramowej i istotnej zmiany warunków zamówienia, odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 101 ust. 2 ustawy zamawiający nie może dokonać zmiany kryteriów oceny ofert określonych w umowie ramowej. Ustawa zakazuje zatem bezwzględnie dokonywania jakichkolwiek zmian w zakresie kryteriów oceny ofert, nie dopuszczając w tym zakresie jakichkolwiek wyjątków. Zamawiający, udzielając zamówienia, winien zatem posłużyć się tylko i wyłącznie tymi kryteriami, które określone zostały w umowie ramowej, i nie może ich

w żaden sposób modyfikować.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z zawartą umową ramową kryteriami oceny ofert dla Zamówień Częstkowych, tj. zamówień publicznych na Dostawę Przedmiotu Dostawy udzielanych Wykonawcy na podstawie Umowy Częstkowej, w okresie obowiązywania Umowy Ramowej, miały być (§ 6 ust. 4 umowy ramowej): a/ cena - 65%, b/ jakość oferowanych stacjonarnych urządzeń rejestrujących - 25%, c/ termin realizacji zamówienia - 5%, d/ okres gwarancji jakości - 5%.

Jednocześnie w § 6 ust. 5 umowy ramowej wskazano, że w ramach kryterium ceny ocenie podlegać będzie w szczególności: cena urządzeń rejestrujących, cena usługi utrzymania, tj. stawka dzienna pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu, cena wskazanych w SIWZ dla danego Zamówienia Częstkowego szkoleń pracowników Zamawiającego z zakresu montażu, obsługi i eksploatacji urządzeń oraz cena wykonania przyłącza energetycznego (w przypadku gdy montaż urządzeń rejestrujących będzie wymagał wykonania przyłączy).

W świetle postanowień umowy ramowej w ramach kryterium ceny miała być oceniana m.in. cena usługi utrzymania, tj. stawka dzienna pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu.

W świetle powyższego dla Odwołującego było oczywiste, że w prowadzonym obecnie postępowaniu przedmiotem oceny w ramach kryterium ceny będzie cena usługi utrzymania, tj. stawka dzienna pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu, przy czym ze względu na przepis art. 101 ust. 3 ustawy oferowana obecnie ww. stawka dzienna nie może być mniej korzystna niż stawka zaoferowana w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. Tymczasem jak wynika z SIWZ w ramach kryterium ceny nie będzie oceniana cena usługi utrzymania, tj. stawka dzienna pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu, lecz *cena usługi utrzymania (tj. usługi naprawczej w rozumieniu §6 ust.3 lit.b Istotnych postanowień umowy), liczona jako: $Cun = (Sd + Cez) \times (Lu \times 0,3) \times Gof$ gdzie: C_{un} - cena usługi naprawczej w rozumieniu §6 ust.3 lit.b Istotnych postanowień umowy S_d - stawka dzienna (8h) pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu C_{ez} - cena części zamiennych użytych do naprawy przyjmując, iż stanowi ona 10% zawartości oferowanego przez Wykonawcę urządzenia rejestrującego, Lu - Liczba wszystkich urządzeń w danej części zamówienia i - w przypadku części I, IIa-IIc zamówienia - w danym wariantcie, Gof- oferowana długość okresu gwarancji jakości wyrażona w latach. Jak wynika z postanowień Rozdziału I SIWZ, pkt 5., ppkt 5.3. 2), obecnie Zamawiający nadał pojęciu cena usługi utrzymania zupełnie nowe znaczenie. Cena usługi utrzymania nie stanowi już stawki dziennej pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu, lecz jest wynikiem równania matematycznego, w którym*

stawka dzienna stanowi tylko jeden z elementów. Pozostałe elementy ww. równania będą różne w każdej ofercie: element Cez, zależy od wartości oferowanego przez Wykonawcę urządzenia rejestrującego (stanowi 10% jego wartości), a element Gof czyli oferowana długość okresu gwarancji jakości wyrażona w latach, będzie różna w różnych ofertach.

W ocenie Odwołującego nadanie przez Zamawiającego zupełnie nowego znaczenia pojęciu cena usługi utrzymania stanowi nie tylko niedopuszczalną zmianę kryteriów oceny ofert określonych w umowie ramowej, lecz również istotną zmianę warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej. Obecnie, że względu na przepis art. 101 ust. 3 ustawy, Odwołujący jest związany wysokością stawki zaoferowanej w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej, nie może złożyć oferty mniej korzystnej od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej.

A. Odnośnie zarzutu prowadzenia postępowania w celu udzielenia zamówienia, którego przedmiot w części nie jest objęty umową ramową, odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 101 ust. 1 ustawy Zamawiający udziela zamówienia na przedmiot objęty umową ramową. *A contrario* zatem nie jest możliwe udzielenie zamówienia na podstawie zawartej umowy ramowej, jeżeli przedmiot tego zamówienia nie jest objęty umową ramową (w całości albo w części).

Odwołujący po zapoznaniu się z SIWZ i po porównaniu opisanego w niej przedmiotu zamówienia z zakresem objętym umową ramową, stwierdził, że obecnie Zamawiający wykracza poza zakres objęty umową ramową. Wskazał na następujące okoliczności.

W Rozdziale II SIWZ Opis przedmiotu zamówienia cząstkowego w pkt 8.3. wskazano, że: *Składając ofertę na część III zamówienia, Wykonawca musi przewidzieć ryzyko konieczności zastosowania drogowych barier ochronnych lub osłon energochłonnych, które to wynikać może z uzgodnień z właściwym zarządcą drogi.* Innymi słowy, w przypadku części III zamówienia, dotyczącej dostawy oraz instalacji urządzeń rejestrujących wraz z obudowami oraz konstrukcjami wsporczymi w ilości 60 sztuk w lokalizacjach wskazanych w załączniku nr 1 do SIWZ, str. 5., przedmiot zamówienia obejmuje również drogowe bariery ochronne lub osłony energochłonne. Tymczasem w umowie ramowej nr nie ma żadnych postanowień wskazujących, że obejmuje ona również ww. drogowe bariery ochronne lub osłony energochłonne. W § 3 umowy ramowej (PRZEDMIOT UMOWY) w ust. 1 wskazano, że: Na podstawie Umowy Ramowej przewiduje się udzielenie Zamówień Cząstkowych Wykonawcom na realizację Dostaw, który jest określony szczegółowo w Rozdziale I SIWZ. Analogicznie

w § 1 umowy ramowej (DEFINICJE) w pkt 3 wskazano, że użyte w umowie ramowej pojęcie Przedmiot Dostawy oznacza: -fabrycznie nowe stacjonarne urządzenia rejestrujące, przeznaczone do pracy na masztach wraz z urządzeniami integrującymi oraz obudowami i masztami (dalej także „konstrukcjami wsporczymi”), określone szczegółowo w Rozdziale I SIWZ, z zastrzeżeniem możliwości złożenia ofert wariantowych zgodnie z § 6 ust. 7 Umowy Ramowej.

W świetle powyższych postanowień że przedmiot umowy ramowej określony został w Rozdziale I SIWZ. Rozdział ten, podobnie jak umowa ramowa, nie zawiera jednak żadnych informacji, że obowiązkiem wykonawcy będzie zastosowanie drogowych barier ochronnych lub osłon energochłonnych, co miałyby wynikać z uzgodnień z właściwym zarządcą drogi. Powyższe jest widoczne, przy porównaniu się odpowiednie postanowienia R. I SIWZ sporządzonej na potrzeby postępowania w celu zawarcia umowy ramowej z postanowieniami R. II SIWZ sporządzonej na potrzeby udzielenia zamówienia. W Rozdziale I SIWZ sporządzonej na potrzeby postępowania w celu zawarcia umowy ramowej Zamawiający wskazał m.in.: Wymagania dotyczące montażu i instalacji urządzeń rejestrujących w lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego: a/ realizując powyższy zakres Wykonawca musi przestrzegać przepisów zawartych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 17 czerwca 2011 w sprawie warunków lokalizacji, sposobu oznakowania i dokonywania pomiarów przez urządzenia rejestrujące (Dz. U. z 2011, Nr 133, poz. 770) oraz Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach Dz. U. Nr 220, poz. 2181 z. zm.). , b/ jeżeli montaż urządzenia rejestrującego będzie wymagał wykonania prac instalacyjnych nowego masztu lub jego elementów, Wykonawca zobowiązany jest do wykonania wszystkich niezbędnych prac instalacyjnych, oraz uzyskania wszystkich wymaganych polskim prawem zezwoleń na posadowienie konstrukcji masztów w pasie drogowym i uzgodnień oraz uzyskania pozwolenia na jego użytkowanie, c/ Wykonawca po wykonaniu wszystkich prac montażowych zobowiązany jest dostarczyć dokumenty zezwalające Zamawiającemu na użytkowanie obiektu, d/Montaż urządzenia rejestrującego oraz jego działanie nie może powodować ingerencji w nawierzchnię jezdni.

Postanowienia nie zawierały żadnych informacji na temat obowiązku zastosowania przez wykonawcę drogowych barier ochronnych lub osłon energochłonnych. Takie wymaganie pojawiło się obecnie w R. II siwz: pkt 8.1 – 8.5: Wykonawca musi przestrzegać przepisów zawartych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 17 czerwca 2011 w sprawie warunków lokalizacji, sposobu oznakowania i dokonywania pomiarów przez urządzenia rejestrujące (Dz. U. z 2011, Nr 133, poz. 770) oraz Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów

drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz. U. z 2003, Nr 220, poz. 2181 ze zm.). Jeżeli instalacja urządzenia rejestrującego będzie wymagała wykonania prac związanych z posadowieniem konstrukcji wsporczej lub jej elementów, Wykonawca zobowiązany jest do wykonania wszystkich niezbędnych prac instalacyjnych (budowlanych), oraz uzyskania wszystkich wymaganych polskim prawem uzgodnień i zezwoleń na posadowienie konstrukcji wsporczych w pasie drogowym oraz uzyskania pozwolenia na ich użytkowanie. Składając ofertę na część III zamówienia, Wykonawca musi przewidzieć ryzyko konieczności zastosowania drogowych barier ochronnych lub osłon energochłonnych, które to wynikać może z uzgodnień z właściwym zarządcą drogi. Po wykonaniu prac instalacyjnych (budowlanych) Wykonawca prześle Zamawiającemu wszelkie dokumenty związane z realizacją procesu budowlanego w tym pozwoleń na budowę oraz innych dokumentów, do których uzyskania w imieniu i na rzecz Zamawiającego był zobowiązany. Wykonawca po wykonaniu wszystkich prac instalacyjnych zobowiązany jest dostarczyć dokumenty zezwalające Zamawiającemu na użytkowanie obiektu. Instalacja urządzenia rejestrującego oraz jego działanie nie może powodować ingerencji w nawierzchnię jezdni. Ze względu na powyższe odwołujący wnioskuje, że przedmiot zamówienia objęty umową ramową nie obejmował zastosowania drogowych barier ochronnych lub osłon energochłonnych.

Odwołujący wskazał na zastosowanie przedstawionej argumentacji do jeszcze jednego elementu przedmiotu zamówienia wprowadzonego dopiero na etapie obecnie prowadzonego postępowania, a nieobjętego przedmiotem umowy ramowej.

W Rozdziale II pkt 10. SIWZ sporządzonej na potrzeby aktualnie prowadzonego postępowania wskazano, że w skład przedmiotu zamówienia wchodzi także:

Usługi szkoleniowe.

Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia niezbędnych szkoleń z zakresu montażu urządzenia w obudowie oraz obsługi i eksploatacji urządzeń rejestrujących wraz z wszystkimi urządzeniami dodatkowymi oraz obsługi i eksploatacji konstrukcji wsporczych (podkreślenie odwołującego). Osoby, które z ramienia Wykonawcy będą prowadzić szkolenia muszą być odpowiednio przygotowane i uprawnione do prowadzenia szkoleń, co potwierdzać będzie dokument wydany przez producenta oferowanych stacjonarnych urządzeń rejestrujących.

Zamawiający wymaga przeprowadzenia dwóch rodzajów szkoleń:

a/ Szkolenia na poziomie użytkowo-eksploatacyjnym z zakresu obsługi, montażu oraz eksploatacji urządzeń rejestrujących oraz wszystkich dodatkowych urządzeń współpracujących z urządzeniem rejestrującym.

b/ Szkolenia na poziomie trenerskim z zakresu obsługi, montażu urządzenia w obudowie i eksploatacji urządzeń rejestrujących oraz wszystkich dodatkowych urządzeń

współpracujących z urządzeniem rejestrującym i konstrukcji wsporczych z jednoczesnym nadaniem odpowiednich uprawnień trenerskich do wykonywania szkoleń wewnętrznych z przedmiotowego zakresu.

Po zakończonym procesie szkolenia, Wykonawca zapewni wszystkim osobom biorącym w nim udział odpowiedni dokument potwierdzający nabyte umiejętności oraz uprawnienia.

W świetle powyższych postanowień SIWZ odwołujący zauważa, że ani umowa ramowa, ani Rozdział I SIWZ sporządzonej na potrzeby postępowania w celu zawarcia umowy ramowej, do którego to rozdziału umowa ramowa odsyła, nie wskazują, że przedmiot umowy ramowej obejmuje także niezbędne szkolenia z zakresu obsługi i eksploatacji konstrukcji wsporczych.

Usługi szkoleniowe objęte przedmiotem umowy ramowej dotyczą tylko i wyłącznie urządzeń rejestrujących oraz wszystkich dodatkowych urządzeń współpracujących z urządzeniem rejestrującym, nie dotyczą natomiast obsługi i eksploatacji konstrukcji wsporczych. Szkolenia z obsługi i eksploatacji konstrukcji wsporczych pojawiają się jako element przedmiotu zamówienia dopiero w obecnie prowadzonym postępowaniu. Odwołujący stwierdza, że wprowadzenie ww. elementu przedmiotu zamówienia dopiero na etapie obecnie prowadzonego postępowania jest sprzeczne z przepisem art. 101 ust. 1 ustawy, stanowi bowiem próbę wyjścia poza przedmiot zamówienia, który jest objęty umową ramową.

Ze względu na powyższe Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu zmodyfikowania SIWZ w taki sposób, aby z zakresu przedmiotu zamówienia częściowego usunięte zostały szkolenia z obsługi i eksploatacji konstrukcji wsporczych.

Na rozprawie przed Izbą Odwołujący wobec dokonanej przez zamawiającego w dniu 12 czerwca 2012 r. modyfikacji postanowień SIWZ zamówienia częściowego cofnął zarzut opisany w pkt 1B oraz w pkt 2 odwołania), w pozostałym zakresie podtrzymał zarzuty i żądania odwołania. Wskazał na dokonanie przez zamawiającego zmiany przedmiotu zamówienia w stosunku do określonego w umowie ramowej poprzez dodanie elementów nie przewidzianych w umowie ramowej (dotyczących barier ochronnych lub osłon energochłonnych oraz szkolenia w zakresie obsługi i eksploatacji konstrukcji wsporczych. Stwierdził zamawiający dokonał istotnych czyli niedopuszczalnych zmian warunków zamówienia dodając nowe postanowienia dotyczące kar umownych wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że nie doskonal zmiany przedmiotu zamówienia w stosunku do umowy ramowej. Wskazał na rozdz. I pkt 3.4.a SIWZ postępowania na umowę ramową, gdzie określono obowiązujące przepisy zawierające

wymagania związane z montażem i instalacją urządzeń w tym dotyczącej wykonania osłon i barier energochłonnych w szczególności zał. nr 4 pkt 14.6 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 3.07.2003 r. Wskazał, że w części III zamówienia częściowego wobec zamiaru lokalizacji urządzeń w nowych miejscach może wystąpić konieczność wykonania takich osłon lub barier. W rozdz. II obecnego SIWZ w pkt 8.3 zamawiający wskazał konieczność przewidzenia ryzyka konieczności zastosowania takich urządzeń.

Wskazał także na treść rozdziału I pkt 1.1 opisu przedmiotu umowy ramowej oraz rozdz. II pkt 1 opisu przedmiotu zamówienia częściowego w których zdefiniowano urządzenia rejestrujące obejmujące także obudowy i konstrukcje wsporcze.

Odnosnie kar umownych wskazał, że obecnie pozostały dwie z trzech kwestionowanych kar, co wynika z treści odpowiedzi na pytania 116, 117 i 118. Wskazał, że kara z § 10 ust. 7a związana z tzw. kompromitacją systemu zabezpieczeń wymiany danych została obniżona do 200 tys. zł.

Zauważył, że w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy ramowej nie kalkulowano ceny za przedmiot zamówienia lecz wskazywano ceny w postaci stawki dziennej pracownika serwisu. W takiej sytuacji nie było przesłanek kalkulowania w tej cenie ewentualnego ryzyka kar umownych, natomiast możliwość takiej kalkulacji jest możliwa i aktualna na etapie oferowania ceny za przedmiot zamówienia częściowego

Wskazał także, że w § 11 umowy ramowej stwierdzono, iż skutki niewykonania lub niewłaściwego wykonania umowy ramowej dotyczące w szczególności kar umownych zostaną szczegółowo określone w umowie częściowej i zauważył, że nie jest to odesłanie do istotnych postanowień umowy częściowej stanowiącej załącznik do umowy ramowej.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy wynikający z dokumentacji postępowania oraz przedstawione stanowiska odwołujących i zamawiającego, zważyła, co następuje.

Izba rozpatrzyła zarzuty odwołań w zakresie podtrzymanym przez odwołujących biorąc pod uwagę, że część z nich – wskazana w wyżej przedstawionym opisie stanowisk odwołujących - została wycofana w związku z dokonaniem przez zamawiającego w dniu 12 czerwca 2012 r. modyfikacji postanowień umowy częściowej.

Sygn. akt 1069/12

Oceniając podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez nieuprawnione ograniczenie uczciwej konkurencji zamknięciem Wykonawcom dostępu do trzech z pięciu części zamówienia publicznego Izba uznała że postanowienia Rozdziału I „Istotne warunki zamówienia wraz z formularzami” pkt 1.1. str. 1, w których

wskazano, że przedmiot zamówienia został podzielony na 5 części, a zamawiając dopuszcza możliwość złożenia oferty na maksymalnie 3 części zamówienia, nie jest czynnością, której skutkiem jest ograniczenie konkurencji wykonawców. Należy stwierdzić, że każdy z wykonawców ma możliwość złożenia oferty do wybranych przez siebie części zamówienia, natomiast zamawiający udzielając zamówienia w granicach przedmiotu zamówienia objętego umową ramową nie jest zobowiązany do określenia zakresu oferty na realizację zamówienia częściowego obejmującego wszystkie części zamówienia. Izba wskazuje przy tym, że kwestionowane postanowienie jest zgodne z pkt 1.9.1 rozdz. I SIWZ dotyczącej umowy ramowej, w którym przewidziano dopuszczenie składania ofert częściowych odpowiednio do postanowień specyfikacji dotyczących danego zamówienia częściowego stanowi zapowiedziane w ten sposób sprecyzowanie warunków składania ofert częściowych w specyfikacji realizowanego zamówienia częściowego.

W świetle powyższego skład orzekający uznał, że zarzut ograniczenia konkurencji wskazanymi postanowieniami istotnych warunków zamówienia zawartych w zaproszeniu do złożenia oferty, nie potwierdził się.

Sygn. akt 1082/

Odnosnie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 101 ust. 2 ustawy poprzez dokonanie istotnej zmiany warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej oraz z art. 101 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania na podstawie zawartej umowy ramowej w celu udzielenia zamówienia częściowego, którego przedmiot w części nie jest objęty umową ramową, skład orzekający uznał zarzuty za nieuzasadnione. Izba, po dokonaniu analizy postanowień umowy ramowej oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia udostępnionej w zaproszeniu do złożenia oferty stwierdziła, że w rozdziale I pkt 3.4.a SIWZ postępowania na umowę ramową wskazano m. in. obowiązek wykonawcy przestrzegania przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz. U. Nr 220, poz. 2181 z. zm.) określające także wymagania związane z montażem i instalacją urządzeń oraz w sytuacjach w tych przepisach określonych, wykonania osłon i barier energochłonnych. W konsekwencji w części III zamówienia częściowego wobec zamiaru lokalizacji urządzeń w nowych miejscach może wystąpić konieczność wykonania takich osłon lub barier i wskazanie przez zamawiającego na konieczność przewidzenia ryzyka potrzeby zastosowania takich urządzeń jest jedynie uszczegółowieniem opisu zamówienia częściowego i nie ma podstaw do twierdzenia o rozszerzeniu zakresu zamówienia w stosunku do przedmiotu zamówienia opisanego w umowie ramowej.

Również zarzut udzielenia zamówienia, którego przedmiot nie jest objęty umową ramową

wobec wskazania nowego elementu w postaci obowiązku szkolenia w zakresie obsługi i eksploatacji konstrukcji wsporczych nie jest uzasadniony. Należy zauważyć, że zarówno w rozdziale I pkt 1.1 opisu przedmiotu umowy ramowej jak i rozdz. II pkt 1 opisu przedmiotu zamówienia częściowego zdefiniowano przedmiot zamówienia jako dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących przeznaczonych do pracy na masztach wraz z urządzeniami integrującymi oraz obudowami i masztami, który to przedmiot w całości w dalszych postanowieniach nazywany jest „urządzeniami rejestrującymi” lub „urządzeniami”. obejmujące także obudowy i konstrukcje wsporcze. Tak więc uwzględniając powyższą definicję należy stwierdzić, że opisany w siwz umowy ramowej w pkt 2.9. obowiązek przeprowadzenia niezbędnych szkoleń z zakresu montażu i obsługi urządzeń rejestrujących dotyczy tych urządzeń wraz z pozostałymi urządzeniami. Izba stwierdza przy tym, że powołany pkt 2.9 używa wprost określenia „urządzeń rejestrujących wraz z wszystkimi urządzeniami dodatkowymi”.

Odwołujący domaga się nakazania zmodyfikowania SIWZ w taki sposób, aby z Rozdziału III SIWZ udostępnionej w zaproszeniu do złożenia oferty usunięte zostały postanowienia dotyczące kar umownych, w szczególności § 10, ust. 7., lit. a), § 10, ust. 7., lit. b) i § 4, ust. 8. stwierdzając, że IPUC, stanowiące załącznik do umowy ramowej, w ogólnie nie przewidywały nakładania takich kar umownych, a zatem nastąpiła istotna zmiana warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej.

Zauważając, że w aktualnym stanie faktycznym ustalonym w toku postępowania odwoławczego obecnie pozostały dwie z trzech kwestionowanych kar, co wynika z treści odpowiedzi na pytania udzielonych wykonawcom 12 czerwca 2012 r., skład orzekający stwierdza jednocześnie, że postanowienia dotyczące kar umownych są co do zasady istotnymi warunkami umowy zastrzeżanymi przez strony, a ich dowolne modyfikowanie przez zamawiającego może być uznane za czynność dokonaną z naruszeniem art. 101 ust. 2 ustawy pzp. Należy jednak zauważyć, że strony w zawartej umowie ramowej zastrzegły i zapowiedziały w § 11, iż skutki niewykonania lub niewłaściwego wykonania umowy częściowej dotyczące w szczególności kar umownych zostaną szczegółowo określone w umowie częściowej. Wykonanie wskazanego zapisu przez zamawiającego poprzez przedstawienie szczegółowych postanowień dotyczących kar umownych w zaproszeniu do składania ofert nastąpiło zatem zgodnie z umową ramową.

W świetle dokonanych ustaleń Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniu i orzekła, jak w sentencji.

Izba zauważa jednocześnie, że zawarcie umowy o zamówienie, którego przedmiot jest objęty umową ramową jest wynikiem szczególnego postępowania ofertowego, którego procedura nie jest ono odpowiednikiem żadnego trybu z ustawy pzp, co znacząco utrudnia określenie praw i obowiązków stron takiej umowy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....