

Sygn. akt: KIO 2128/11

## WYROK

z dnia 17 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2011 r. przez wykonawcę **T-matic Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Miła 2, 00-180 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań**

przy udziale wykonawcy **WASKO Spółka Akcyjna, ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pozycji 18 kosztorysu ofertowego w sposób wskazany w uzasadnieniu orzeczenia.**

**2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **T-matic Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Miła 2, 00-180 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań** na rzecz **T-matic Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Miła 2, 00-180 Warszawa** kwotę

**18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Poznaniu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na system monitorowania pracy sprzętu zimowego utrzymania dróg krajowych w Polsce.

W postępowaniu tym wykonawca T-matic Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zwany dalej Odwołującym w dniu 30 września 2011 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 26 września 2011 r.

Odwołujący podniósł następujące zarzuty:

- naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia powodującej niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia związaną z nieporównywalnością ofert,
- naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia powodującej, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję i powoduje nierówne traktowanie wykonawców,
- naruszenie art. 38 ust. 6 ustawy Pzp przez dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dniu 26 września 2011 r. i nie przedłużenie w jej wyniku terminu składania ofert,
- naruszenie innych przepisów wynikających pośrednio i bezpośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący podniósł, że wprowadzając modyfikacją specyfikacji nowe pozycje Zamawiający spowodował niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia, oraz dyskryminację Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślił, że kosztorys ofertowy w tym przypadku jest elementem opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że pozycje 7 i 11 zmienionego kosztorysu ofertowego dublują się. Wskazał, że nie ma możliwości przeprogramowania 2 000 sztuk lokalizatorów oraz dostawy 2 000 sztuk nowych lokalizatorów - w praktyce nigdy taka sytuacja nie będzie osiągnięta, ponieważ suma wszystkich urządzeń (nowych + przeprogramowanych) wynosi 2 000. Wprowadzając obie ww. pozycje Zamawiający spowodował, zdaniem Odwołującego, że część wykonawców będzie szacować w ofercie koszt nowych lokalizatorów, część zaś

przeprogramowanie lokalizatorów, co spowoduje, że złożone w postępowaniu oferty będą nieporównywalne.

Odwołujący stwierdził również, że pozycje 7 i 11 kosztorysu, w zestawieniu z pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dają wykonawcom nie posiadającym otwartego protokołu komunikacyjnego do używanych przez Zamawiającego lokalizatorów możliwość oszacowania w ofercie tylko nowych lokalizatorów, a nie czynności związanych z przeprogramowaniem istniejących lokalizatorów. Powyższe prowadzi w konsekwencji do dyskryminacji Odwołującego, który jako jedyny posiada dostęp do otwartego protokołu komunikacyjnego urządzeń i zobowiązany jest oszacować cenę w inny sposób, niż pozostali wykonawcy, tj. zobowiązany jest ująć w ofercie wartość wszystkich pozycji, natomiast pozostali wykonawcy mogą wycenić nowe lokalizatory, unikając wyceny czynności związanych z używanymi obecnie. Pozostali wykonawcy mogą określić cenę wyłącznie za nowe lokalizatory (pozycja 7 kosztorysu), a ponieważ nie posiadają otwartego protokołu komunikacyjnego mogą wskazać, że nie mają możliwości wykorzystania używanych obecnie lokalizatorów. Tym samym, oferta tych wykonawców w zakresie pozycji 11 może wynosić 1 grosz z uwagi na to, że w praktyce nigdy nie dojdzie do przeprogramowania lokalizatorów ze względu na brak dostępu do otwartego protokołu komunikacyjnego poszczególnych urządzeń. Co za tym idzie, oferta pozostałych wykonawców będzie tańsza niż oferta Odwołującego. Powyższe, jak stwierdził Odwołujący, stanowi przykład utrudnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdzie wykonawca dotychczas wykonujący zamówienie jest potraktowany gorzej, niż pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu.

Nieporównywalność ofert może stanowić, zdaniem odwołującego, wadę postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył ponadto, że rozbieżność pozycji 7 i 11 kosztorysu pozostaje również w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego, aby lokalizatory już posiadane przez wykonawców zimowego utrzymania dróg były wykorzystane w procesie ofertowym.

Odwołujący zauważył też, że system oparcia oferty głównie o ceny, których nigdy Zamawiający nie zapłaci budzi wątpliwości z punktu widzenia możliwości wyboru przez wykonawców zimowego utrzymania dróg różnych możliwości zakupu poszczególnych rzeczy i usług. Prowadzi do niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia oraz do nieporównywalności złożonych ofert. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp kryterium oceny ofert może być cena oferty, natomiast w sytuacji, gdy oferta dotyczy w rzeczywistości wyłącznie pierwszych trzech pozycji kosztorysu ofertowego, a w pozostałym zakresie zależy od podmiotów trzecich (wykonawców zimowego utrzymania dróg), prowadzi to do naruszenia

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez nieporównywalność ofert złożonych w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający wprowadzając pozycję 18 kosztorysu spowodował, iż opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny. Odwołujący stwierdził, że brak jest możliwości podania realnej kwoty jako ceny serwisu urządzenia w przypadku jego uszkodzenia nie z winy wykonawcy nie posiadając wiedzy na temat stopnia uszkodzeń urządzeń. Podanie innej kwoty niż cena nowego lokalizatora może powodować sytuację, w której wykonawca będzie zmuszony do wymiany uszkodzonego umyślnie przez wykonawcę zimowego utrzymania dróg lokalizatora na nowy poniżej kosztów jego wytworzenia. Z kolei podanie ceny nowego lokalizatora i pomnożenie jej przez 2 000 sztuk spowoduje zawyżenie ceny oferty i jej dublowanie, ponieważ taka sytuacja nigdy w praktyce nie będzie miała miejsca. Powyższe prowadzi do niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia i niemożności złożenia porównywalnych ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:

- umożliwienie wykonawcy wpisania, jaką liczbę lokalizatorów dostarczy jako nowe, a jaką przeprogramuje tak, aby suma ilości lokalizatorów z pozycji 7 i 11 dawała liczbę 2 000,
- usunięcie pozycji 18 z kosztorysu ofertowego,

w przypadku niemożności zmiany specyfikacji z uwagi na upływ terminu składania ofert:

- unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W dniu 3 października 2011 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca WASKO Spółka Akcyjna.

Zamawiający pismem z dnia 11 października 2011 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Stwierdził, że dołożył szczególnej staranności przy opracowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia od strony zapewnienia konkurencyjności postępowania ze względu na fakt, że jednym z dziewięciu uczestników postępowania jest firma T-matic Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, która obecnie świadczy usługi monitorowania urządzeń zimowego utrzymania dróg.

Zamawiający wyjaśnił, że jako część opracowanych materiałów Zamawiający przygotował kosztorys ofertowy składający się z dwóch części. W pierwszej z nich zostały zawarte pozycje dotyczące zakupu systemu, miesięcznego kosztu jego utrzymania oraz ewentualnych godzin modyfikacji programistycznych wprowadzanych na zlecenie

Zamawiającego. Elementy te stanowią bezpośredni przedmiot prowadzonego postępowania. W drugiej części zostały zamieszczone pozycje dotyczące cen jednostkowych urządzeń, które mają zostać zamontowane (lub przeprogramowane w urządzeniach obecnie użytkowanych) na pojazdach pracujących przy zimowym utrzymaniu dróg (pługi, solarki, samochody itp.). Zgodnie z warunkami przetargu, za zakup lub przeprogramowanie urządzeń płacą firmy, które świadczą usługi zimowego utrzymania na rzecz poszczególnych Oddziałów Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Zakup lub przeprogramowanie nie jest ujęte w koszcie szacunkowym postępowania na „System monitorowania pracy sprzętu zimowego utrzymania dróg krajowych w Polsce”, lecz w koszcie zimowego utrzymania dróg w poszczególnych Oddziałach Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Wartość zakupu (lub przeprogramowania) urządzeń w efekcie stanowi obciążenie Zamawiającego, jako płatnika zimowego utrzymania dróg, jest ściśle związana z bezpośrednim przedmiotem postępowania. Zamawiający, jako przedstawiciel Skarbu Państwa musi dbać o to, aby firmy nie mogły nadmiernie windować kosztów i tym samym obciążać budżetu Państwa, dlatego związał ceny urządzeń z oceną ofert, aby nie dopuścić do sytuacji, w której firma zażąda wygórowanych cen za zakup urządzeń do obserwacji ich pracy od wykonawców pracujących przy zimowym utrzymaniu dróg. Ceny zawarte w części drugiej kosztorysu ofertowego służyć mają jako część składowa oceny ofert, gdyż są z nim istotnie związane i pośrednio obciążają Zamawiającego.

W związku z pytaniem jednego z wykonawców Zamawiający uznał, iż rozszerzenie katalogu pozycji przez jego uszczegółowienie będzie prawidłowe i przyczyni się do jasności przedstawianych cen jednostkowych. Tak uzupełniony kosztorys ofertowy Zamawiający przesłał wraz z wyjaśnieniami do wykonawców w dniu 26 września 2011 r. Termin otwarcia ustalony został na dzień 30 września 2011 r. Zamawiający uznał, że nie ma powodu zmieniać terminu otwarcia ofert z uwagi na to, że dodatkowe pozycje stanowiły jedynie części składowe ceny jednostkowej urządzeń wymienionych we wcześniejszych pozycjach i przy prawidłowo kalkulowanym koszcie ich podanie nie powinno stanowić problemu, ponieważ kalkulując pozycję wykonawca powinien opierać się na cenach jednostkowych, o które Zamawiający rozszerzył kosztorys ofertowy. Zamawiający zauważył, że dla żadnego z pozostałych ośmiu wykonawców modyfikacja kosztorysu nie stanowiła problemu, stąd zarzut naruszenia art. 38 ust. 6 ustawy Pzp jest, w ocenie Zamawiającego, bezzasadny i bezpodstawny. Ponadto, jak wskazał Zamawiający, zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem ma obowiązek udzielić wyjaśnień na 4 dni przed upływem terminu składania ofert, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, co ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający podkreślił, że w całej Polsce jest 16 Oddziałów Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, w których pracuje duża ilość przedsiębiorstw na rzecz zimowego utrzymania dróg. Umowy z firmami świadczącymi usługi w tym zakresie mają różne okresy ważności. Zamawiający nie jest w stanie określić, ile nowych urządzeń będzie należało zakupić, a ile urządzeń będzie można zmodyfikować w czasie trwania umowy, dlatego też uszczegóławiając kosztorys ofertowy Zamawiający zawarł wymóg podania przez wykonawców cen jednostkowych dotyczących ewentualnego zakupu urządzeń pojazdowych, jak i modyfikacji urządzeń już posiadanych przez przedsiębiorstwa świadczące usługi zimowego utrzymania dróg. Celem prowadzonego postępowania - oprócz zakupu systemu i jego utrzymania - było ustalenie cen jednostkowych urządzeń pojazdowych lub ich ewentualnej modyfikacji, dzięki którym Zamawiający byłby w stanie zagwarantować wykonawcom zimowego utrzymania dróg stałą cenę urządzeń w okresie trwania umowy. Koszty te, pośrednio ponosić będzie Zamawiający, gdyż wykonawcy zimowego utrzymania dróg kalkulują je w swoich ofertach.

Zamawiający zwrócił uwagę, że każdy z wykonawców ma obowiązek wypełnić wszystkie pozycje kosztorysu. W polach, które nie są przedmiotem bezpośredniego postępowania, Zamawiający przyjął szacunkową ilość 2 000 sztuk dla wszystkich pozycji. Pomnożenie ceny jednostkowej jest stałe i niezmiennie - stanowi swego rodzaju współczynnik, dzięki któremu Zamawiający stara się uniemożliwić manipulacje przenoszenia realnych kosztów oprogramowania na urządzenia i odwrotnie. Do oceny ofert należy zsumować wszystkie pozycje - zdaniem Zamawiającego koszt pojedynczego urządzenia jest nieznaczący w stosunku do kosztu zakupu oprogramowania (Zamawiający nie kupuje bezpośrednio urządzeń, a szacując na podstawie obecnie istniejącej floty pojazdów pracujących przy zimowym utrzymaniu dróg, urządzeń tych może być kilka tysięcy w ciągu trwania umowy) i dlatego też przyjęty współczynnik, który jest stały i niezmienny dla wszystkich wykonawców pozwoli na uniknięcie ww. manipulacji, jak również daje realną możliwość porównania ofert.

Zdaniem Zamawiającego propozycja Odwołującego, aby każdy z wykonawców wpisywał dowolną, uznaną przez siebie za właściwą, ilość urządzeń do zakupu lub przeprogramowania, stanowi ograniczenie konkurencji i w efekcie prowadzi do nieporównywalności ofert oraz wyraźnie faworyzuje Odwołującego, jako posiadającego informacje o aktualnym stanie urządzeń. W opinii Zamawiającego, żądanie Odwołującego co do wprowadzenia postanowienia, aby wykonawca miał możliwość wpisania, jaką liczbę lokalizatorów wprowadzi jako nowe urządzenia, a jaką przeprogramuje, jest niewłaściwe, ponieważ Odwołujący jako jedyny wykonawca biorący udział w postępowaniu posiada wdrożone urządzenia u wykonawców zimowego utrzymania dróg oraz informacje o ilości

tych urządzeń. Zarówno Zamawiający, jak i pozostali wykonawcy nie są w stanie ustalić ww. informacji. Wprowadzenie możliwości wpisywania dowolnej liczby urządzeń doprowadzi do braku możliwości rzetelnego porównania ofert, jak również może doprowadzić do sytuacji, że dostawca dostarczy lub zmodyfikuje tylko podane przez siebie ilości w stałych cenach, natomiast na pozostałe będzie próbował uzyskać inne, prawdopodobnie wyższe ceny. Uwzględnienie żądania Odwołującego byłoby jawnym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz art. 29 ust. 1, 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, świadczyłoby o preferowaniu Odwołującego jako uczestnika postępowania.

Dodatkowo, Zamawiający wskazał, że wyłącznie Odwołujący posiada informacje na temat używanego protokołu komunikacji i dzięki tej wiedzy może przygotować się do wdrożenia oraz oszacować jego koszty zdecydowanie lepiej niż pozostali oferenci, co preferuje tego dostawcę systemu. Zamawiający wyraził zaniepokojenie i zdziwienie informacją podaną w odwołaniu, że Odwołujący posiada otwarty protokół komunikacji i ta otwartość jest tylko dla niego dostępna. Powyższe, jak stwierdził Zamawiający, jest niezgodne z warunkami przetargu, na podstawie którego Odwołujący otrzymał zamówienie na świadczenie dotychczasowych usług oraz sprzeczne z definicją otwartego protokołu komunikacji i niezgodne z zapewnieniami firmy podanymi podczas negocjacji. Zamawiający wskazał, że w roku 2004 Komisja Europejska opublikowała definicję otwartego standardu w dokumencie „Europejskie Ramy Interoperacyjności ver.1.0” – *„European Interoperability Framework for pan-European eGovernment Services version 1.0”*, jest więc to definicja obowiązująca w Polsce. Dokument nie został przetłumaczony na język polski, jego tłumaczenie przedstawia m.in. Internet Society Poland i Koalicja na Rzecz Otwartych Standardów: „Otwarty standard:

- został stworzony i jest zarządzany przez niedochodową organizację, a jego rozwój odbywa się na drodze otwartego procesu podejmowania decyzji (konsensusu, większości głosów itp.), w którym mogą uczestniczyć wszyscy zainteresowani,
- jest opublikowany, a jego specyfikacja jest dostępna dla wszystkich zainteresowanych bezpłatnie lub po kosztach druku i możliwa dla wszystkich do kopiowania, dystrybuowania i używania bezpłatnie lub w cenie kosztów operacyjnych,
- wszelkie prawa autorskie, patenty i inna własność przemysłowa związane ze standardem są nieodwołalnie udostępnione bez opłat,
- nie ma żadnych ograniczeń w jego wykorzystaniu”.

Otwarty protokół komunikacji jest przykładem otwartego standardu i powinien spełniać ww. definicję. W innym przypadku protokołu nie można uznać jako otwartego. Zdaniem Zamawiającego, pozostali wykonawcy mogą nie posiadać wiedzy na temat tego, czy protokół



urządzeń T-Matic Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest otwarty czy nie i nie mogą pozwolić sobie na wpisanie ceny „zero” w pozycji przeprogramowanie urządzeń. Odwołujący natomiast wie, jaki jest stan urządzeń, ich konfiguracja, i może wpisać kwotę za przeprogramowanie w wysokości dowolnej. Koszt zapoznania się z urządzeniami, protokołem, dostosowanie aplikacji w jego przypadku wynosi zero, co dla pozostałych wykonawców jest dużym utrudnieniem i stanowi koszt.

Odnosnie zarzutu dotyczącego pozycji 18 kosztorysu ofertowego Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie, tytuł spornej pozycji jednoznacznie stanowi, że dotyczy ona samej usługi zdiagnozowania problemu wadliwego działania urządzenia z uwagi na fakt podania w poprzednich pozycjach zarówno pozycji dotyczących cen nowych urządzeń, jak i ich przeprogramowania. Koszt ten jest realny do określenia (dojazd serwisanta, koszt jego pracy). Zamawiający oświadczył, że nie usunie ww. pozycji, gdyż chce uniknąć sytuacji np. wielokrotnej wymiany urządzenia spowodowanej wadliwą obsługą przez pracowników firm wykonujących zimowe utrzymanie dróg. Zdiagnozowanie problemu powinno zapobiec takim sytuacjom.

W dniu 13 października 2011 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym podtrzymał swoje stanowisko.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 czerwca 2011 r. pod pozycją 2011/S 107-176492.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa oraz uruchomienie i wdrożenie systemu monitorowania pracy sprzętu wykonującego zadania zimowego utrzymania dróg krajowych na terenie Polski.

W pkt II specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił, iż zakup urządzeń nie jest objęty postępowaniem. Zamawiający zapewni w postępowaniu dostępność urządzeń, stałą cenę, okres gwarancji, poziom serwisu – jednolity dla wszystkich wykonawców zimowego utrzymania dróg. Jednocześnie Zamawiający wymagał, aby istniała możliwość wykorzystania używanych obecnie lokalizatorów z zastrzeżeniem, że urządzenia te będą posiadały otwarty protokół komunikacyjny.

Pierwotnie Zamawiający wymagał, aby w kosztorysie ofertowym wykonawcy wskazali cenę za następujące pozycje:

- system, licencja wielostanowiskowa (bez ograniczeń),
- miesięczne utrzymanie systemu,

- godzina pracy przy wdrażaniu modyfikacji na zlecenie Zamawiającego,
- lokalizator,
- zestaw komunikacji głosowej,
- czujnik płużenia,
- czujnik posypu,

przy czym odnośnie ostatnich czterech pozycji Zamawiający zamieścił uwagę, że podane podczas negocjacji ilości są ilościami szacunkowymi, a podane ceny stanowią zobowiązanie Dostawcy do utrzymania stałej ceny podczas trwania umowy, a także stanowią możliwość rzetelnego porównania wszystkich ofert. Zobowiązanie finansowe Zamawiającego stanowią dwie pierwsze pozycje.

W dniu 26 września 2011 r., w wyniku odpowiedzi na pytanie 80, Zamawiający zmodyfikował specyfikację istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że wymaga wypełnienia przez wykonawców kosztorysu przez wycenę następujących pozycji:

- system, licencja wielostanowiskowa (bez ograniczeń),
- miesięczne utrzymanie systemu,
- godzina pracy przy wdrażaniu modyfikacji na zlecenie Zamawiającego,
- lokalizator,
- zestaw komunikacji głosowej,
- czujnik płużenia,
- czujnik posypu,
- przeprogramowanie urządzeń lokalizacyjnych, w celu umożliwienia transmisji danych do systemu dostawcy,
- montaż zestawu komunikacji dyspozytorskiej w pojeździe,
- montaż lokalizatora w pojeździe,
- demontaż lokalizatora z pojazdu,
- montaż czujnika posypu/płużenia,
- demontaż czujnika posypu/płużenia,
- serwis systemu w przypadku jego awarii nie leżącej po stronie oferenta,

przy czym odnośnie ostatnich dwunastu pozycji Zamawiający zamieścił uwagę, że podane podczas negocjacji ilości są ilościami szacunkowymi i stanowią zobowiązanie Dostawcy

do utrzymania stałej ceny podczas trwania umowy, a także stanowią możliwość rzetelnego porównania wszystkich ofert. Zobowiązanie finansowe Zamawiającego stanowią dwie pierwsze pozycje.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Izba uznała, że Zamawiający modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 26 września 2011 r. nie dokonał zmiany opisu przedmiotu zamówienia. Sporna modyfikacja specyfikacji odnosi się do ujęcia w kosztorysie ofertowym ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, nie zmienia zaś jego zakresu. Jak wyjaśnił Zamawiający, co potwierdza też treść specyfikacji (pkt II), w toku realizacji zamówienia wykonawca będzie zobowiązany zainstalować nowe lokalizatory, lub przeprogramować obecnie używane. Jednocześnie, wyłącznie w celu możliwości porównania złożonych ofert oraz zapewnienia realnych cen zakupu lub przeprogramowania lokalizatorów, które będą zobowiązani zapłacić wykonawcy zimowego utrzymania dróg, Zamawiający wprowadził wymóg wskazania osobno ceny za nowe lokalizatory oraz ceny za przeprogramowanie lokalizatorów ustalając, że cena ta ma zostać oszacowana dla ilości 2 000 sztuk dla każdej pozycji. Powyższe jednak w żaden sposób nie modyfikuje zakresu zamówienia. Ponadto, wobec okoliczności, iż w pierwotnej wersji kosztorysu wykonawca zobowiązany był wskazać cenę biorąc pod uwagę zarówno przeprogramowanie lokalizatorów, jak i dostawę nowych, wprowadzone przez Zamawiającego rozbieżności nie wymagało wyznaczenia dodatkowego terminu na składanie ofert.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego pozycji 7 i 11 kosztorysu ofertowego. Izba stwierdziła, że dokonana przez Zamawiającego zmiana umożliwia przygotowanie oferty wszystkim zainteresowanym wykonawcom w równym stopniu, z zachowaniem uczciwej konkurencji. Izba wzięła pod uwagę oświadczenie

Zamawiającego, że na obecnym etapie postępowania nie ma możliwości określenia, jaka ilość nowych lokalizatorów będzie zainstalowana, a jaką ilość będzie można przeprogramować. Dodatkowo, nie pozostawia wątpliwości okoliczność, że cena za przeprogramowanie lokalizatorów będzie niższa niż cena za nowe lokalizatory. Tym samym, wobec oświadczenia Odwołującego, że tylko Odwołujący może przeprogramować lokalizatory będące w użytkowaniu, pozostawienie wykonawcom wyboru co do tego czy wycenią nowe lokalizatory czy wskażą cenę za przeprogramowanie, prowadziłyby do uprzywilejowania Odwołującego. W ocenie Izby, wprowadzenie do kosztorysu obu ww. pozycji umożliwi złożenie porównywalnych ofert w postępowaniu.

Izba uznała, że na obecnym etapie brak jest podstaw do twierdzenia, że wszyscy wykonawcy poza Odwołującym nie są zobowiązani do ujęcia w cenie czynności związanych z przeprogramowaniem lokalizatorów, lub że wykonawcy ci wycenią pozycję dotyczącą przeprogramowania lokalizatorów na minimalne kwoty. Wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu zobowiązani są do dokonania rzetelnej wyceny każdej pozycji kosztorysu, a kontrola tej czynności może zostać przeprowadzona w toku oceny ofert.

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu pozostaje bez znaczenia fakt, że w toku realizacji umowy nie zostanie dokonane przeprogramowanie 2 000 sztuk lokalizatorów i jednocześnie zakup 2 000 sztuk nowych lokalizatorów - część z 2 000 lokalizatorów będzie przeprogramowana, część zostanie wymieniona na nowe. Czynności te zostaną rozliczone zgodnie z regułami tego postępowania. Istotne natomiast jest to, że sposób obliczenia ceny został ukształtowany w taki sposób, aby wszyscy wykonawcy mieli możliwość złożenia oferty, oraz że będą one porównywalne.

Jednocześnie, wobec twierdzeń Odwołującego o posiadaniu otwartego protokołu komunikacji dla użytkowanych obecnie lokalizatorów, bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż Umowa 35/2007 zawarta w dniu 24 lipca 2007 r. pomiędzy Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu a T-matic Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością przestała obowiązywać z dniem 15 kwietnia 2011 r. Bez wpływu na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy pozostaje również okoliczność, iż w praktyce możliwe jest dokonanie zakupu urządzenia przez wykonawcę zimowego utrzymania dróg od innego dostawcy lokalizatorów niż wykonawca systemu monitorowania i złożona na dowód powyższego kopia Umowy nr OZ-03/UZ/2008 zawartej w dniu 29 lutego 2008 r. pomiędzy Rotomat Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością a T-matic Systems Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością. Zamawiający wyjaśnił, iż ilości wskazane w kosztorysie ofertowym zostały wprowadzone w celu zapewnienia porównywalności ofert, stąd okoliczność, czy w przyszłości wykonawcy zimowego utrzymania dróg będą dokonywać

zakupu lokalizatorów od wykonawcy systemu monitorowania nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Jednocześnie potwierdził się zarzut dotyczący pozycji 18 kosztorysu. Izba stwierdziła, że pojęcie „serwis systemu” można rozumieć zarówno jako diagnozowanie, ale również jako diagnozowanie i naprawę, dlatego wobec oświadczenia Zamawiającego, że definiuje pojęcie to jako wyłącznie diagnozowanie problemu Izba uznała, że pozycja ta wymaga doprecyzowania. Zamawiający zobowiązany jest przygotować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wymagań stawianych wykonawcom, w miarę możliwości w sposób jednoznaczny, nie pozostawiający pola do interpretacji. Zakres prac przewidziany w spornej pozycji 18 ma znaczenie dla wyceny przedmiotu zamówienia oraz zakresu przyszłej umowy, dlatego wobec zaistnienia uzasadnionych wątpliwości Odwołującego odnośnie ww. pozycji oraz wyjaśnienia jej zakresu w Odpowiedzi na odwołanie, konieczne jest doprecyzowanie jej treści w taki sposób, aby zakres zadań w niej wyceniany był tożsamy dla Zamawiającego i wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na nieporównywalność ofert jako wadę postępowania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba, działając w oparciu o przepisy 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) zasądziła także - na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku - uzasadnione koszty Odwołującego obejmujące koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....