

WYROK
z 7 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: J.G.

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie 14 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia: **SPRINT S.A. Olsztyn (KRS: 0000372363)**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie**, przy udziale uczestników po stronie zamawiającego – wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: **Cat Traffic sp. z o.o. Poznań (KRS: 0000282275)**, **Inqubator sp. z o.o. Warszawa (KRS: 0000378893)**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu drugiego

2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

2.1. Unieważnić czynność wyboru i oceny oferty najkorzystniejszej;

2.2. Unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego;

2.3. Powtórzyć czynność oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego koszty po 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika;

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie (dalej zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. 2024 poz. 1320 ze zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Bieżące utrzymanie systemów preselekcji wagowej pojazdów w ruchu w ciągu drogi krajowej nr S7 na odcinku Elbląg – Ostróda; ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 289997-2024 z 16 maja 2024, Nr postępowania: O/OL.D-3.2421.16.2024. (dalej: Postępowanie). Zasady, warunki, kryteria ocen, opis przedmiotu zamówienia i postanowienia umowy na realizację zamówienia określa Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej SWZ).

14 kwietnia 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniósł wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego SPRINT S.A. Olsztyn (KRS: 0000372363) (dalej odwołujący).

17 kwietnia 2025 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy, których oferta oceniona została jako najkorzystniejsza Cat Traffic sp. z o.o. Poznań (KRS: 0000282275), Inqubator sp. z o.o. Warszawa (KRS: 0000378893) (dalej: przystępujący), w związku z udostępnieniem przez zamawiającego kopii odwołania wraz z załącznikami za pośrednictwem poczty elektronicznej 15 kwietnia 2025 r. Wobec zgłoszenia przystąpienia w terminie i wypełnieniu przesłanek z art. 525 Pzp izba uznała przystąpienie za skuteczne.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z Pzp czynności zamawiającego badania i oceny ofert z 4 kwietnia 2025 r.. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2b) ustawy Pzp poprzez błędne ustalenie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym poprzez wadliwe ustalenie, że wskazany w wykazie usług projekt referencyjny nie polegał równocześnie na wybudowaniu i utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów na kwotę minimum 1 mln zł netto;

2. Art. 255 pkt 6) w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1) oraz art. 457 ust. 5 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania pomimo, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu

umowy - zarzut ewentualny na wypadek oddalenia zarzutu nr 1.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1)Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego;

2)Powtórzenia czynności badania i oceny ofert ewentualnie

3)Unieważnienie Postępowania.

Odwołujący cofnął zarzut drugi na posiedzeniu 5 maja 2025 r.

Zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania jako dotyczącego okoliczności, co do których izba wydała rozstrzygnięcie w sprawie toczącej się przed izbą pod sygnaturą akt KIO 4344/24 a z ostrożności o jego oddalenie. Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. W szczególności izba uznała, że okoliczności będące podstawą zarzutów oraz zaskarżona czynność nie stanowiły przedmiotu rozstrzygnięcia w sprawie, która toczyła się przed izbą i wydano w niej prawomocny wyrok pod sygnaturą akt KIO 4344/24. W sprawie poprzedzającej, zaskarżeniu podlegała czynność wezwania odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, w sytuacji gdy złożone podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzały spełnienia warunku dotyczącego wykonania zadania referencyjnego opisanego w tiret pierwszym pkt. 8.2.4 IDW a niniejsze odwołanie obejmuje czynność badania i oceny ofert i odrzucenia oferty odwołującego ze względu na niespełnienie przez usługę wykazaną warunku opisanego w tiret drugim pkt. 8.2.4 IDW. Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Strony i uczestnik powoływali się na dokumenty zamówienia, w szczególności SWZ, w tym opis przedmiotu zamówienia (OPZ), ofertę odwołującego, korespondencję zamawiającego i odwołującego w przedmiocie podmiotowych środków dowodowych, decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego. Strony przedłożyły również dowody dodatkowe z dokumentów.

Izba dopuściła dowody.

Odwołujący 5 maja 2025 r. na posiedzeniu cofnął zarzut drugi. Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia w trybie art. 520 Ustawy o wycofaniu zarzutu izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie w trybie art. 568 pkt. 1 Ustawy i umorzyła postępowanie odwoławcze.

W pozostałym zakresie izba uznała, że zarzuty znajdują oparcie w zebranych materiale dowodowym. Stwierdziła naruszenia przepisów zachowaniem zamawiającego i uwzględniła odwołanie.

Izba pozostawiła poza zakresem oceny kwestie odnoszące się do kwalifikacji usługi wykazanej jako zgodnej z referencyjną usługą utrzymania systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu, jako że ocena ta stanowiła przedmiot rozpoznania w sprawie pod sygnaturą akt KIO 4344/24 i podstawę rozstrzygnięcia. Izba uznając się związaną w tym zakresie ustaleniami stanowiącymi podstawę rozstrzygnięcia ww. orzeczenia przyjęła, że usługa utrzymania systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów i usługa dostosowania (z uruchomieniem) systemu, zrealizowane przez odwołującego w ramach zadania wykazanego z 2020r. i opisanego SWZ 2020r. są usługami odrębnymi i w konsekwencji wartość usługi dostosowania z 2020r. nie może być doliczona do wartości usługi utrzymania z 2020r. dla oceny spełniania warunku wobec wskazania w SWZ jako referencyjnej tylko usługi utrzymania. Stąd - wobec tego, że wartość/cena ofertowa usługi utrzymania z zadania wykazanego z 2020r. jest niższa od minimalnej referencyjnej wskazanej SWZ IDW 8.2.4 tiret pierwsze – zadanie wykazane nie potwierdza doświadczenia w wykonaniu usługi utrzymania systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu o wartości minimum 1.000.000 zł netto.

W zakresie oceny zgodności usługi wykazanej z 2020 r. z warunkiem udziału w postępowaniu opisanym w SWZ IDW 8.2.4 tiret drugie, a więc z usługą wybudowania i utrzymania preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu na kwotę minimum 1 500 000 zł netto izba ustaliła, że istota problemu sprowadzała się do ustalenia czy prawidłowym było uznanie przez zamawiającego, że wykazane zadanie pn. Bieżące utrzymanie systemów preselekcji wagowej pojazdów w ruchu w ciągu drogi krajowej nr S7 na odcinku Elbląg - Ostróda w m. Liksajny w km ok. 45+000 po prawej stronie i w km ok. 39+000 po lewej stronie) obejmujące dwa zakresy - nomenklaturowo usługę dostosowania i usługę utrzymania - nie potwierdza doświadczenia odwołującego w wykonaniu usługi referencyjnej wybudowania i utrzymania systemu o określonej wartości minimalnej w znaczeniu określonym SWZ, w zakresie wybudowania.

W rzeczonym zakresie zamawiający wnosił dodatkowo o dopuszczenie dowodu z dokumentów:

- specyfikacja warunków zamówienia dla postępowania z 2012r. zrealizowanego przez odwołującego na rzecz zamawiającego pn. Zaprojektowanie i budowa systemu preselekcji wagowej pojazdów w ruchu w ciągu drogi krajowej nr 7 na odcinku Elbląg – Ostróda w miejscowości Liksajny w km ok. 45+000 po stronie prawej i w miejscowości Sople w km ok. 39+000 po stronie lewej (dalej Postępowanie z 2012);

- opis przedmiotu zamówienia (OPZ) dla Postępowania 2012 (dalej OPZ z 2012);

na okoliczność zakresu prac objętych usługą wybudowania systemu preselekcji wagowej pojazdów i tego, że zakres ten

nie jest adekwatny do zakresu usług objętych usługą dostosowania i utrzymania systemu referencyjnego;

Izba stwierdza, że dowód potwierdza zakres zamówienia z 2012r. na wybudowanie i nie może stanowić wyłącznego proberza zgodności usług wykazywanych z usługą referencyjną z SWZ z 2024r.. Tym samym nie tylko usługa wykazana jako referencyjna wybudowania i utrzymania w pełni zgodna zakresowo z przedmiotem zamówienia z 2012 r jest referencyjna;

- pismo odwołującego do zamawiającego z 6 stycznia 2021 r. wystosowane w ramach realizacji zadania referencyjnego z 2020r. zawierające projekt zmian w istniejącym systemie preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu:

wraz z pismem zamawiającego do odwołującego z 6 stycznia 2021 r. zatwierdzającym ww. projekt zmian w systemie na okoliczność, tego jaki był faktyczny zakres usługi wykazanej z 2020 r oraz, że zakres prac objętych usługą wykazaną dostosowania i utrzymania systemu z 2020r nie jest adekwatny do zakresu usługi wybudowania systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu;

Izba stwierdza, że ww. dowody wskazują na zakres usługi z 2020 r. w zakresie tego, jakie urządzenia podlegały dostawie i instalacji;

Izba stwierdza, że dowody dotyczące zakresu usług z 2012 i z 2020 wskazują, że zakresy usług zrealizowanych przez odwołującego na rzecz zamawiającego w ramach zamówienia na projektuj i wybuduj z 2012 w zakresie wybudowania i zamówienia wykazanego na dostosuj i utrzymuj z 2020 w zakresie dostosuj nie pokrywały się w pełni, ale w części polegały na takich samych usługach, tj. dostawie i instalacji: czujników wagowych, kamer ANPR, zespołów akumulatorów wraz z obudową, routera, komputera przemysłowego wraz z oprogramowaniem, obudów urządzeń na obramownicach, zaprogramowania sposobu maskowania zdjęć poglądowych pojazdów oraz skonfigurowania całości systemu, (co potwierdza SWZ z 2020 oraz wyjaśnienia stron) co nie było sporne pomiędzy stronami.

Odwołujący wnosił dodatkowo o dopuszczenie dowodu z:

- zestawienia ofert z postępowania wykazanego z 2020 wskazującego na wartość szacunkową przedmiotu zamówienia dostosuj i utrzymuj 2.566.989,21 zł brutto oraz ofert wykonawców odwołującego 2.200.832,90 zł brutto i CAT Traffic sp. z o.o. 1.943.404,92 zł brutto

- opisu przedmiotu zamówienia postępowania wykazanego z 2020 r.

na okoliczność, że wartości zamówienia i ceny ofertowe dla przedmiotu zamówienia w postępowaniu wykazanym z 2020r. i w niniejszym są porównywalne, co dodatkowo wskazuje na to, że zakresy zamówień 2020 i 2025 są tożsame zamawiający potwierdził, że wartości są porównywalne, a zakresy zamówień wykazanego z 2020r. i zamówienia aktualnego są tożsame i zależą od aktualnego stanu systemu, co powoduje, że faktycznie mogły się różnić, bo potrzeba była inna;

- pismo zamawiającego do odwołującego z 3 września 2012 r. wystosowane w ramach Postępowania 2012 wskazujące na cenę ofertową odwołującego 1.868.001,00 zł brutto

Na okoliczność tego, że cena na wybudowanie jest porównywalna z ceną ofertową usługi wykazanej z 2020r. w zakresie dostosowania, co wskazywać ma także na porównywalność zakresów zamówień;

- formularz oferty odwołującego dla innego zamawiającego na budowę dwóch systemów preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu w Opolu z 2019 r wraz z formularzem cenowym, który wskazuje, że cena wybudowania / dostosowania systemu to 984.000 zł brutto

- OPZ postępowania w Opolu

na okoliczność tego, że zakres ww. zamówienia na wybudowanie z Opolu i zakres z postępowania usługi wykazanej z 2020r. na dostosowanie są porównywalne i cena ofertowa wybudowania z ww. postępowania i cena dostosowania z postępowania wykazanego z 2020r. są porównywalne, co wskazywać ma także na porównywalność zakresów zamówień;

- protokół odbioru z postępowania wykazanego z 2020r. z 30 czerwca 2021r. , w którym zamawiający użył pojęć „wykonanie obiektu”, „pomiary kontrolne”, „wizja lokalna budowy”, „roboty”

Na okoliczność, że zamawiający traktował usługę wykazaną (dostosowanie) jako wybudowanie kompletnego systemu, a sama umowa w tym zakresie była umową rezultatu;

- procedura sprawdzania stanowisk do ważenia pojazdów 2012 z postępowania zaprojektuj i wybuduj z 2012r. będąca załącznikiem do OPZ 2012 i procedura sprawdzania stanowisk do ważenia pojazdów 2012 z postępowania dla usługi wykazanej z 2020r. będąca załącznikiem do OPZ 2020r.

Na okoliczność tego, że zamawiający stosuje tę samą procedurę sprawdzania stanowisk do ważenia pojazdów z 2012r. zarówno w postępowaniu zaprojektuj i wybuduj z 2012 jak i w postępowaniu dla usługi wykazanej z 2020r. na dostosowanie i odbiory zawsze dotyczą rezultatu w postaci funkcjonowania całego systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu,

- faktura na zakup z montażem czujników ważenia pojazdów zakupionych do realizacji zamówienia referencyjnego 2020 na wymianę 7 z 8 istniejących za cenę ponad 600.000 zł brutto

Na okoliczność tego, że czujniki wagi są zasadniczym, także cenowo, elementem systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu i traktowane mogą być jako system.

Izba ustaliła dodatkowo w oparciu o powyższe dowody oraz zgodne oświadczenia odwołującego i zamawiającego i SWZ niniejszego Postępowania, że:

1. odwołujący zrealizował na rzecz zamawiającego zamówienie publiczne z 2012 r. na zaprojektuj i wybuduj system preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu w ciągu drogi krajowej nr S7 na odcinku Elbląg – Ostróda, a następnie usługi dostosowania z uruchomieniem i utrzymaniem systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu w ciągu drogi krajowej nr S7 na odcinku Elbląg – Ostróda w ramach kolejno następujących po sobie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z 2016r. (tutaj w oparciu o zgodne oświadczenia stron) i z 2020 r. a w kolejnym z 2024 r. odwołujący złożył ofertę;
2. opis przedmiotu zamówienia w zamówieniu na usługę zaprojektowania i wybudowania systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu w ciągu drogi krajowej nr S7 na odcinku Elbląg – Ostróda z 2012 r. w zakresie usługi wybudowania obejmował wykonanie wszystkich elementów systemu, w tym: stacji ważenia, strefy wideorejestracji, łącza internetowego, aplikacji internetowej dostępnej z dowolnego miejsca poprzez przeglądarkę internetową oraz umożliwiającej przesyłanie pakietów danych ze stacji preselekcyjnej do serwera GDDKiA i zasilania wszystkich elementów systemu; zamawiający oczekiwał również uzyskania wszelkich decyzji, pozwoleń, opinii, czy uzgodnień wymaganych obowiązującymi przepisami niezbędnych dla budowy systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów i wskazywał, że podstawowym elementem systemu preselekcji jest stacja preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu, na która składają się wagi pomiarowe montowane w nawierzchni jezdni, szafy teletechniczne z wyposażeniem, pętle indukcyjne i strefy wideorejestracji z kamerami, promiennikami, konstrukcją wsporczą i szafami sterowniczymi; zamawiający wymagał skalibrowania i uruchomienia całości systemu i oprogramowania oraz przeprowadzenia testów sprawdzających i odbioru całości systemu;
3. opisy przedmiotu zamówienia w zamówieniach na usługi dostosowania z uruchomieniem i utrzymaniem systemu z 2016r. (tutaj w oparciu o zgodne oświadczenia stron), 2020r. i 2024r. były tożsame;
4. usługi dostosowania z uruchomieniem z 2020r. i 2024r. obejmowały elementy tożsame z elementami opisanymi przedmiotem zamówienia z 2012 r. dla usługi wybudowania, z tym zastrzeżeniem, że zamawiający oczekując rezultatu w postaci w pełni funkcjonalnego systemu żądał w tym celu dostawy i montażu nowych elementów systemów wyłącznie tam gdzie było to konieczne z wykorzystaniem elementów istniejących a realizacja dostawy z montażem, kalibracją i uruchomieniem całego systemu dodatkowo wiązała się z koniecznością uprzedniego demontażu części wymienianych; faktyczny zakres usługi dostosowania systemu realizowany przez odwołującego każdorazowo uzależniony był od stanu systemu i zawsze obejmował skalibrowanie i uruchomienie całości systemu i oprogramowania i odbioru całości systemu;
5. zamawiający w różny sposób nazywał usługi z 2012r., 2020r. i 2024r.; w 2020r. wymagał odrębnej wyceny usługi dostosowania z uruchomieniem systemu i usługi utrzymania systemu, podczas gdy w Postępowaniu zniósł ten wymóg;
6. cena ofertowa z oferty i wartość usługi zrealizowanej przez odwołującego na rzecz zamawiającego w ramach postępowania z 2020r. na „Utrzymanie systemów preselekcji wagowej pojazdów w ruchu, wraz z ich kalibracją i testem sprawdzającym zgodnie z załącznikiem nr 2 „Procedura sprawdzania stanowisk do ważenia pojazdów w ruchu” w ciągu drogi krajowej nr S7 w km 39+000 po stronie lewej oraz w km 45+000 po stronie prawej” wynosiła 2.200.832,90 zł brutto tj. 1.789.295,04 zł netto w tym 1.236.027,60 zł netto dostosowanie systemu i 553.267,44 zł netto utrzymanie systemu;

Dalej izba ustaliła, że:

7. zgodnie z SWZ OPZ 2020r. pkt 9 zakresem zamówienia objęte jest „dostosowanie istniejącego systemu preselekcyjnego wskazanego w punkcie 1 do założeń wskazanych w pkt. 3 niniejszego OPZ.” Zgodnie z pkt 3 OPZ „System preselekcyjny powinien składać się z m.in.:
- Stacji preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu zlokalizowanej w ciągu drogi krajowej Nr S7 w km 39+000 kierunek Gdańsk strona lewa i w ciągu drogi krajowej Nr S7 w km 45+000 kierunek Warszawa strona prawa.
 - Strefy wideorejestracji dla pasów ruchu, na których zainstalowane są czujniki nacisku osi obejmująca również pas awaryjny oraz pobocze utwardzone;
 - Nawierzchni w technologii asfaltowej spełniającej:
na odcinku minimum 200 m przed oraz 50 m za miejscem instalacji czujników na całej szerokości pasa ruchu, spełniającej wymagania dotyczące współczynnika IRI dla dokładności pomiarowej B+(7) zgodnie ze specyfikacją COST 323: „Weigh in Motion of Road Vehicles” Final Report Appendix 1 - European WIM Specification Version 3.0
[„Ważenie Pojazdów w Ruchu” Raport Końcowy, Załącznik nr 1 - Europejska Specyfikacja WIM (Ważenie

Pojazdów w Ruchu)] z sierpnia 1999r.zwaną dalej specyfikacja COST 323.

na odcinku minimum 200 m przed oraz 50 m za miejscem instalacji czujników na całej szerokości pasa ruchu, spełniającej wymagania dotyczące dokładności pomiarowej B+(7) zgodnie ze specyfikacją COST 323: „Weigh in Motion of Road Vehicles” Final Report Appendix 1 - European WIM Specification Version 3.0 [„Ważenie Pojazdów w Ruchu” Raport Końcowy, Załącznik nr 1 - Europejska Specyfikacja WIM (Ważenie Pojazdów w Ruchu)] z sierpnia 1999r. zwaną dalej specyfikacja COST 323.

- Łączy internetowego umożliwiającego dostęp do danych ze stacji preselekcyjnej w czasie rzeczywistym poprzez aplikację internetową dostępną z dowolnego miejsca poprzez przeglądarkę internetową, oraz umożliwiające przesyłanie pakietów danych ze stacji preselekcyjnej do serwera GDDKiA zgodnie z wytycznymi zawartymi w załączniku nr 1 „Instrukcja przesyłania danych dla użytkowników systemu ważenia pojazdów”.

- Zasilania wszystkich elementów.

- Bezprzewodowego dostępu do aplikacji poprzez WiFi w miejscu administracyjnego ważenia pojazdów przy drodze krajowej Nr S7 parking ok. km 36+900 strona lewa, MOP SOPLE i przy drodze krajowej Nr S7 parking ok. km 47+740 strona prawa, MOP Majdany Wielkie.

- Dostępu do aplikacji poprzez światłowód w miejscu administracyjnego ważenia pojazdów przy drodze krajowej Nr S7 parking ok. km 36+900 strona lewa, MOP SOPLE i przy drodze krajowej Nr S7 parking ok. km 47+740 strona prawa, MOP Majdany Wielkie.

- Wszystkie instalowanie urządzenia przez Wykonawcę powinny być fabrycznie nowe. Wykonawca udzieli na wszystkie zainstalowane urządzenia gwarancji na okres trwania umowy."

W pkt 2.2 OPZ wskazano, że: „Dostosowanie systemu winno się odbywać przy maksymalnym wykorzystaniu obecnie działających elementów istniejących preselekcyjnych systemów ważenia pojazdów ruchu takich jak bramownice, szafy teletechniczne, kamery, promienniki podczerwieni, czujniki ważące oraz pętle indukcyjne. Dostosowanie systemu powinno być wykonane maksymalnie w ciągu 60 dni od dnia podpisania umowy."

8.Odwołujący w ramach zadania wykazanego z 2020r. w zakresie dostosowania zrealizował zakres prac określony pismem z 6 stycznia 2021 r. i odebrany protokołem z 30 czerwca 2021 r. tj.;

do przeprowadzenia robót uzyskał niezbędne pozwolenia administracyjne (co izba ustaliła na podstawie oświadczenia odwołującego znajdującego oparcie w SWZ z 2020r. i logice i doświadczeniu życiowym);

i skalibrował i uruchomił całość systemu i oprogramowania oraz przeprowadził testy sprawdzające i odbiór całości systemu;

9.Zamawiający w SWZ IDW pkt. 8.2.4.1. postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy o brzmieniu: „Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu lub wykonywaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum:

- 1 zadania (usługi) polegającego na utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu na kwotę minimum 1 000 000 PLN netto, lub

- 1 zadania (usługi) polegającego na wybudowaniu i utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu na kwotę minimum 1 500 000 PLN netto.

10.Odwołujący w wykazie wskazał, że posiada doświadczenie, w wykonaniu lub wykonywaniu zadania o wartości wynoszącej 1 789 295,04 zł netto, polegającego na wybudowanie (dostosowanie systemu) i utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu; odwołujący powołał się na zadanie zrealizowane na rzecz zamawiającego w latach 2021 - 2024 pod nazwą pn. Bieżące utrzymanie systemów preselekcji wagowej pojazdów w ruchu w ciągu drogi krajowej nr S7 na odcinku Elbląg - Ostróda w m. Liksajny w km ok. 45+000 po prawej stronie i w km ok. 39+000 po lewej stronie), które obejmowało usługę dostosowania systemu i usługę utrzymania systemu o wartościach/ cenach ofertowych 2.200.832,90 zł brutto tj. 1.789.295,04 zł netto całość w tym: 1.236.027,60 zł netto dostosowanie systemu i 553.267,44 zł netto utrzymanie systemu;

Izba stwierdza, że powyższe dowody i ustalenia pozwalają na przyjęcie, że w ramach zadania wykazanego z 2020r. odwołujący w ramach usługi dostosowania systemu zrealizował czynności charakterystyczne dla zadania polegającego na wybudowaniu systemu, w tym montaż podstawowych elementów stacji ważenia, strefy wideorejestracji, łącza internetowego i aplikacji internetowej z oprogramowaniem; uzyskał niezbędne dla demontażu i montażu urządzeń akty administracyjne, skalibrował i uruchomił całość systemu i oprogramowania i przeprowadził testy sprawdzające, czego uwieńczeniem był odbiór systemu przez zamawiającego oraz, że usługa ta łącznie z utrzymaniem przekracza minimalną określoną warunkiem SWZ.

11.Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b) Ustawy Pzp, ponieważ została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (zaznaczenia własne izby) :

„Oferta Wykonawcy SPRINT S.A. pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza nie spełnia warunku udziału w

postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: 1. Pierwsza część warunku: Doświadczenie w wykonaniu lub wykonywaniu 1 zadania (usługi) polegającego na utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu na kwotę minimum 1 000 000 PLN netto. Przedstawione przez SPRINT S.A. w Wykazie usług zadanie pn. Bieżące utrzymanie systemów preselekcji wagowej pojazdów w ruchu w ciągu drogi krajowej nr S7 na odcinku Elbląg - Ostróda w m. Liksajny w km ok. 45+000 po prawej stronie i w km ok. 39+000 po lewej stronie (znak postępowania: O/OL.D-3.2413.22.2020), nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy. Zadeklarowana przez Wykonawcę w Wykazie usług wartość zadania (usługi) polegającej na utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu jest mniejsza niż 1 mln zł netto. Wartość usług utrzymania preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w wykazanym zadaniu wynosi 553 267,44 PLN netto. Świadczenie dostosowania systemu nie polega na utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów i tym samym nie może być zaliczone na poczet wykazania spełnienia warunku. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 13 grudnia 2024r., Sygn. akt.: KIO 4344/24. Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonał prawidłowego badania przedstawionego doświadczenia wykonawcy i prawidłowo zidentyfikował, że wskazane doświadczenie odwołującego nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, nie ma żadnej podstawy do dokonywania rozszerzającej wykładni brzmienia warunku udziału w postępowaniu oraz ujmowania w ramach wykazania tego warunku doświadczenia nabytego w ramach realizacji zamówienia dla tego zamawiającego w zakresie uwzględniającym realizację w odniesieniu do dostosowania systemu preselekcji. Dalej w wyroku Izba uzasadniając swoje stanowisko stwierdziła, że zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN dostosować - dostosowywać to „zmienić coś tak, by pasowało do czegoś”. W zakresie świadczenia polegającego na dostosowaniu wykonawca obowiązany był do takiego ukształtowania istniejącego systemu, aby pasował do wymagań określonych przez zamawiającego w OPZ. Natomiast w zakresie postanowień OPZ czy umowy nie ma wymagania zapewnienia utrzymania w czasie dostosowania systemu, wręcz jednoznacznie zamawiający określił, w którym momencie rozpoczyna się usługa utrzymania systemu, tj. po dokonaniu odbiorów.

2. Druga część warunku: Doświadczenie w wykonaniu lub wykonywaniu 1 zadania (usługi) polegającego na wybudowaniu i utrzymaniu preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu na kwotę minimum 1 500 000 PLN netto. Wobec nie spełnienia pierwszej części warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca został wezwany [2] do złożenia nowego wykazu usług. W odpowiedzi SPRINT S.A. przedstawił ponownie to samo zadanie, uzasadniając tę czynność w sposób następujący: Jeżeli Zamawiający nie kwalifikuje całego zamówienia referencyjnego jako utrzymania systemu (z czym Wykonawca się nie zgadza), to nie pozostaje mu nic innego jako zakwalifikowanie tego zamówienia, jako spełniającego alternatywny warunek „wybudowania i utrzymania Systemu”. Dalej w piśmie od SPRINT S.A.: w odniesieniu do powyższego, należy zauważyć, że dopuszczone w ramach sformułowanego warunku wybudowanie systemu (wraz z utrzymaniem preselekcyjnego systemu) nie może być traktowane jako budowa w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Zamawiający w opisie warunku wprost wskazał, że to zamówienie referencyjne musi być usługą. W opisie warunku nie chodziło zatem o doświadczenie w wykonaniu od podstaw systemu preselekcyjnego ważenia, a następnie jego utrzymania. Ponadto, nigdzie nie zostało wskazane szczególne rozumienie sformułowania „wybudowanie systemu”. Dodać należy również, że niewątpliwie wymiana zużytych elementów systemu (np. wymiana kabli, czy czujników itp.) stanowi prace budowlane. Prace tego rodzaju mogłyby być kwalifikowane w świetle prawa budowlanego choćby jako remont obiektu budowlanego.

Nie sposób zgodzić się ze ścieżką logiczną SPRINT S.A. jakoby skoro dostosowanie nie jest utrzymaniem systemu, to w takim razie musi być jego wybudowaniem. Tym bardziej, że to właśnie sam SPRINT S.A. wybudował w 2012 roku ów system, którym obecnie się legitymuje. Taka informacja wynika nawet z Opisu przedmiotu zamówienia z niniejszego postępowania, gdzie w pkt. 4.1.2) opisującym charakterystykę istniejącego systemu Zamawiający poinformował, że system został wybudowany w 2012 roku przez SPRINT S.A. w Olsztynie oraz dostosowany w roku 2016 przez Sprint S.A. w Olsztynie. Już nawet z tego zapisu wynika wyraźne rozróżnienie czynności wybudowania i dostosowania.

W podobnej sprawie wypowiedziało się KIO (1 Wyrok KIO z dnia 3 listopada 2021r. Sygn. akt: KIO 2977/21) rozstrzygając znaczenie obu pojęć: Warunek udziału w postępowaniu był sformułowany w sposób nie budzący wątpliwości, Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie „utrzymania” lub „wybudowania i utrzymania”. Natomiast Przystępujący wskazując prace zrealizowane we Wrocławiu wskazał zamówienie polegające na „dostosowaniu”. W ocenie Izby „wybudowanie” nie jest tożsame z „dostosowaniem” i to nawet mając na uwadze językowe znaczenie tych pojęć (wg. Słownika języka polskiego), gdzie przez „wybudowanie” rozumieć należy „wzniesienie jakiegoś obiektu, jakieś budowli”, czyli wybudowanie czegoś od podstaw. Natomiast „dostosowanie”

oznacza „zmianę czegoś tak, by pasowało do czegoś”. Zatem pojęcia te nie są tożsame. Z powyższych względów przedstawione przez SPRINT S.A. w uzupełnionym Wykazie usług zadanie pn. Bieżące utrzymanie systemów preselekcji wagowej pojazdów w ruchu w ciągu drogi krajowej nr S7 na odcinku Elbląg - Ostróda w m. Liksajny w km ok. 45+000 po prawej stronie i w km ok. 39+000 po lewej stronie (znak postępowania: O/OL.D-3.2413.22.2020), nie potwierdza spełniania również drugiej części warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (1Wyrok KIO z dnia 3 listopada 2021r. Sygn. akt: KIO 2977/21)Wykonawcy. W zakres zadania nie wchodziło wybudowanie preselekcyjnego systemu ważenia pojazdów w ruchu.”

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 Ustawy: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Niezgodność z warunkiem postępowania polega na przedstawieniu oferty przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanym SWZ. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty **konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność, czyli co i w jaki sposób nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami udziału w postępowaniu.** Negatywne konsekwencje względem wykonawcy mogą zostać wywiedzione wtedy, gdy treść dokumentów zamówienia nie budzi uzasadnionych wątpliwości.

W niniejszym przypadku zamawiający określając usługę referencyjną wybudowania i utrzymania systemu w SWZ nie zdefiniował jej pojęcia. Nie doprecyzował pojęcia wybudowania systemu w inny sposób niż poprzez odniesienie się do wartości usługi. W szczególności, nie wskazał, że oczekuje doświadczenia w wybudowaniu systemu od podstaw.

Na obecnym etapie postępowania jakkolwiek zmiana warunku udziału w postępowaniu jest niedopuszczalna. Taką zmianą jest dokonanie wykładni warunku pozostającej w sprzeczności z brzmieniem postanowienia SWZ. Zmiana treści warunku prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dotyczy to nie tylko wykonawców biorących udział w Postępowaniu, ale także tych, którzy nie wzięli udziału w Postępowaniu kierując się postanowieniem SWZ. Izba podziela wyrażany w orzecznictwie pogląd, że „(...) postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (vide wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z 7 października 2008r. sygn. akt XXIII Ga 446/08). **Interpretacja treści warunku oparta na niewyraźnej brzmieniem SWZ intencji zamawiającego nie jest dozwolona.**

Izba podkreśla ponownie, że zamawiający nie zdefiniował pojęcia wybudowania systemu zakresowo. Wskazał jedynie wartość usługi wybudowania i utrzymania systemu łącznie kwotowo. Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego wobec nie spełnienia warunku wykonania zadania polegającego na wybudowaniu i utrzymaniu systemu preselekcji wagowej pojazdów w ruchu na kwotę minimum 1.500.000 zł naruszył Ustawę dokonując rozszerzającej interpretacji postanowienia SWZ. **Zamawiający nadał warunkowi odmienne brzmienie poprzez dookreślenie go przez wskazanie, że system wybudowany ma być od podstaw. Dookreślenie skutkuje zmianą warunku uzależniającego referencyjność usługi od jej wartości do przedmiotowego doprecyzowania jej zakresu rozszerzając o obowiązek wykonania czynności nie opisanych warunkiem tj. dostawy i instalacji systemu od podstaw.**

Izba wskazuje, że dla ustalenia znaczenia warunku SWZ uzasadnione jest odniesienie się do wykładni językowej. **Dla zbadania referencyjności usługi z wykazu nie jest także wystarczające proste porównanie słownikowego/ językowego znaczenia “wybudowanie systemu” z warunkiem SWZ z pojęciem “dostosowanie” używanego dla opisu zadania z wykazu. Konieczne jest odniesienie się bowiem i ocena realnego zakresu wykonanej usługi, czego zabrakło w czynności zamawiającego a co wykazał odwołujący wskazując na adekwatność zakresu prac zrealizowanych z pracami wykonywanymi przez wykonawców w ramach usług na wybudowanie systemu. Izba podkreśla, że w tym przypadku nazwa – stosowana semantyka - nie identyfikuje zakresu prac opisanych**

specyfikacją warunków zamówienia z 2020r. ani wykonanych w jego ramach.

Izba stwierdza, że dla oceny referencyjności zadania nie jest wystarczające odniesienie się do semantyki zadania wykazanego. O ile zakres usługi referencyjnej wyznaczany jest treścią SWZ o tyle kwestię referencyjności usługi wykazanej ocenić należy po ustaleniu nie tylko nazwy zadania i znaczenia zastosowanej terminologii, lecz przede wszystkim faktycznego zakresu zrealizowanej usługi.

W tym zakresie izba, w oparciu o zebrane dowody, stwierdziła, że zakres zadania wykazanego jest takiego rodzaju, że uznać je należy za wybudowanie i utrzymanie systemu w rozumieniu SWZ z 2024.

SWZ zadania wykazanego z 2020r. wskazuje dla tzw. „dostosowania” czynności tożsame z wymaganymi dla wybudowania systemu. Ich zakres zależał od aktualnego stanu systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów w ruchu – stopnia zużycia poszczególnych elementów. Odwołujący wykonał w ramach usługi referencyjnej czynności analogiczne do tych realizowanych w ramach usługi wybudowania systemu, w tym dostawę i instalację elementów podstawowych dla działania systemu (wymienionych pismem z 6 stycznia 2021 r.) w taki sposób, że cały system podlegał mógł kalibracji i odbiorowi. Instalacja urządzeń i oprogramowania realizowana była technicznie, co do zasady w sposób analogiczny (z tym zastrzeżeniem, że w usłudze z wykazu poprzedzona musiała być demontażem a w usłudze wybudowania konieczne może być usuwanie nawierzchni dla wbudowania wagi) jak w ramach usługi realizowanej w ramach postępowania z 2012r.. Zamawiający w zadaniu z wykazu z 2020r. odebrał całość systemu. Dostosowanie stanowiło de facto dostawę i instalację nowych urządzeń a więc ich wbudowanie.

Izba zwraca też uwagę, że słownikowa definicja pojęcia „wybudowanie” nie referuje bezpośrednio do obowiązku objęcia tą czynnością wzniesienia budynku, obiektu od podstaw, na ten obowiązek wskazuje zamawiający. W tym przypadku SWZ 2024r. i 2020r. a także 2012r. oraz czynności zamawiającego (np. protokół odbioru) operują terminologią charakterystyczną dla procesów budowlanych. W obrocie profesjonalnym - w tym także w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych (co jest okolicznością powszechnie znaną) - przyjmuje się zaś, że wybudowaniem może być także zrealizowanie robót i wzniesienie obiektu z wykorzystaniem istniejących już elementów. Tak właśnie traktuje się te kwestie w procesach budowlanych. Na gruncie prawa budowlanego (które choć nie ma zastosowania w tym przypadku, było przytaczane przez strony) doświadczenie w wybudowaniu obiektu budowlanego nabywa wykonawca także ten, który realizuje część prac stanowiących etap budowy. Stąd dla wykazania nabycia doświadczenia nie ma obowiązku wykazywania zrealizowania tych prac od początku, jeśli nie zostało to doprecyzowane SWZ. W tym przypadku kwestia zrealizowania usług w zakresie opisanym pismem z 6 stycznia 2021 r. oraz przeprowadzenia kalibracji i oprogramowania całości systemu ani technologicznie analogiczny sposób montażu urządzeń czy kalibracji oprogramowania i systemu nie był sporne. Podstawą odrzucenia oferty było wyłącznie to, że prace w ramach zadania z wykazu nie były zrealizowane od podstaw i nie były wybudowaniem. Jak zostało wykazane powyżej taki obowiązek nie wynikał jednak z treści SWZ a prace oceniać należało jako wybudowanie w rozumieniu SWZ.

Stąd izba uznała, że odrzucając ofertę zamawiający naruszył Ustawę.

Dodatkowo izba wskazuje, że niezależnie od ciężaru dowodowego, każda ze stron na etapie postępowania odwoławczego ponosi konsekwencje przyjętej taktyki dowodowej, w tym przedstawiania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzi skutki prawne jak również dowodów zaprzeczających twierdzeniom strony przeciwnej. Izba wskazuje również, że w świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie odwołanie zawierało uzasadnienie faktyczne i wnioski dowodowe, które pozwoliły na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania zamawiającego.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepis art. 557 oraz art. 574 Ustawy a także mając na uwadze § 7 ust. 1 pkt 1 i w oparciu o § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) Izba obciążyła stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego w całości.

Przewodnicząca: