

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Członkowie: Emilia Garbala

Aneta Młacka

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kapsch Road Services Sp. z o.o. 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 35; Egis Projects Polska Sp. z o.o. 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Główny Inspektorat Transportu Drogowego 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94

przy udziale wykonawcy Intertoll Construction Sp. z o.o. 80-125 Gdańsk, ul. Kartuska 314, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych

i zero groszy) obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kapsch Road Services Sp. z o.o. 02-822 Warszawa,

ul. Poleczki 35; Egis Projects Polska Sp. z o.o. 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kapsch Road Services

Sp. z o.o. 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 35; Egis Projects Polska Sp. z o.o. 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r., poz. 1579 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:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 1566/18

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usługi Manualnego Poboru Opłaty za przejazd i usługi Manualnego Systemu Poboru Opłat na odcinku Autostrady: A2 Konin - Stryków oraz A4 Wrocław - Sośnica“, znak sprawy: BDG.ZPB.230.16.2018, (dalej „Postępowanie” lub „Zamówienie”) zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2018/S 082-184207 w dniu 27 kwietnia 2018 r. przez Główny Inspektorat Transportu Drogowego 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94 (zwany dalej: „zamawiającym”).

W dniu 6 sierpnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Kapsch Road Services Sp. z o.o. 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 35; Egis Projects Polska Sp. z o.o. 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53 (zwani dalej „odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r., poz. 1579 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” czynności zamawiającego, podjętej w Postępowaniu, polegającej na błędnym oszacowaniu wartości przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu obrazę art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niedochowanie należytej staranności wymaganej od zamawiającego i tym samym błędne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, poprzez brak uwzględnienia obowiązujących cen i aktualnych realiów panujących na rynku polskim.

Wskazując powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, dokonanie ponownego szacunku wartości przedmiotu zamówienia w oparciu o aktualnie obowiązujące ceny i z uwzględnieniem realiów rynkowych oraz zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, a z ostrożności, jedynie w przypadku, gdyby zwiększenie kwoty do poziomu wynikającego z nowego, prawidłowego oszacowania wartości okazało się obiektywnie niemożliwe - unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe odwołujący wskazał, że 27 lipca 2018 r. miało miejsce otwarcie ofert, na którym zamawiający m.in. podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z przekazanymi danymi, udostępnionymi tego samego dnia na jego stronie internetowej, kwota ta w ramach zamówienia podstawowego wynosi łącznie - 133 210 000 zł. brutto, w podziale na poszczególne części zamówienia: Część I przedmiotu zamówienia - 55 670 000 zł brutto, Część II przedmiotu zamówienia - 77 540 000 zł brutto. W ramach prawa opcji zamawiający przeznaczył łącznie 790 000 zł. brutto, w podziale na poszczególne części zamówienia: Część I przedmiotu zamówienia: 330 000 zł brutto, Część II przedmiotu zamówienia: 460 000 zł brutto.

W przedmiotowym Postępowaniu na zakres objęty Częścią I przedmiotu zamówienia wpłynęły dwie oferty, tj. oferta odwołującego opiewająca na łączną kwotę 77 285 481, 75 zł brutto oraz oferta Intertoll Construcion Sp. z .o.o., której cena brutto podana podczas otwarcia ofert to 54 651 322, 46 zł, a w rzeczywistości zgodnie z formularzem oferty opiewająca na łączną kwotę 55 389 853,32 zł.

Na zakres objęty Częścią II przedmiotu zamówienia wpłynęła jedna oferta, należąca do Odwołującego.

Dnia 1 sierpnia 2018 r. odwołujący otrzymał protokół z postępowania, w którym uwidoczniona została wartość szacunkowa zamówienia, która określona została na kwotę 108 396 468,80 zł, z czego Część I przedmiotu zamówienia opiewa na kwotę 45 286 310, 30 zł (w tym opcja: 268 363, 32 zł), Część II przedmiotu zamówienia na kwotę 63 110 158, 49 zł (w tym opcja: 373 986, 12 zł).

W dalszej części odwołania wywodził, że zgodnie ze specyfiką stosunków prawnych powstających w ramach postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, z chwilą ogłoszenia o postępowaniu powstaje po stronie wykonawców uprawnienie do złożenia ofert, a po stronie zamawiającego obowiązek dokonania kwalifikacji wykonawców na podstawie złożonych wniosków i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez zakwalifikowanych wykonawców. Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest równoznaczne bowiem ze zobowiązaniem się zamawiającego do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą zgodnie z procedurą udzielania zamówień, a takiemu wykonawcy przysługuje w stosunku do zamawiającego roszczenie o zawarcie umowy wyrażające się również w możliwości żądania wydania przez sąd orzeczenia, o którym mowa w art. 64 kodeksu cywilnego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać za przyzręczenie publiczne zawarcia umowy, od którego można być zwolnionym jedynie w przypadku zaistnienia ustawowo określonych przesłanek. Z uwagi na powyższy charakter stosunku prawnego powstałego z chwilą wszczęcia postępowania, pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, zobowiązanie zamawiającego polega także na odpowiednim przygotowaniu postępowania, tj. między innymi na zebraniu odpowiednich informacji o przedmiocie zamówienia, przeprowadzeniu niezbędnych kalkulacji, zapewnienia sobie środków do sfinansowania zamówienia przed wszczęciem postępowania i na tej podstawie powzięciu decyzji o ogłoszeniu postępowania. Z tych powodów ustawodawca dokonał rygorystycznej regulacji przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym interpretacja tych przesłanek powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej. Udowodnienie, że dokonanie unieważnienia postępowania ma swoje podstawy normatywne i faktyczne, spoczywa zawsze na zamawiającym, który powinien je wykazać w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. Z uwagi, że przedmiotowe Postępowanie nie zostało jeszcze zakończone i zamawiający nie podjął decyzji co do wyboru lub odrzucenia poszczególnych ofert oraz nie została zawarta umowa o zamówienie objęte niniejszym Postępowaniem, Zamawiający powinien dążyć do konwalidowania podjętych w toku Postępowania czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowe oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia. Należyta staranność oznacza, że wyliczenie tej wartości powinno obejmować wszystkie koszty i uwzględniać wszystkie aktywności danego wykonawcy przy realizacji zamówienia. Właściwy szacunek jest istotny nie tylko ze względów proceduralnych, a więc decydujących o kwestii stosowania przepisów ustawy Pzp, ale także dla oceny wystąpienia rażąco niskiej ceny w chwili dokonywania oceny złożonych ofert. Obowiązującą zasadą jest, iż Zamawiający celem oszacowania wartości zamówienia dokonuje rozeznania rynku, nie powinien dla oszacowania wartości przyjmować najniższej wyceny, lecz posłużyć się średnią cen uzyskanych tą metodą. Powinien też brać pod uwagę możliwie szeroki zakres czynności, jakie będzie należało wykonać w ramach realizacji zamówienia, a które powodują wzrost kosztów po stronie wykonawcy. W praktyce istnieje kilka sposobów dokonywania szacowania wartości zamówienia. Możliwe jest przeprowadzenie rozeznania rynku, np. drogą mailową, oszacowanie wartości zamówienia na podstawie poprzednio udzielonego zamówienia obejmującego identyczny przedmiot (o ile ceny stosowane poprzednio pozostają aktualne i rynkowe) lub posłużenie się profesjonalnie sporządzonym kosztorysem. Zawsze należy mieć na względzie adekwatność danej metody szacowania do konkretnego przedmiotu zamówienia, a także wziąć pod uwagę okoliczności konkretnego przypadku. Tymczasem zamawiający nie uwzględnił aktualnych cen oraz nie oparł się na realiach rynkowych. Wskazać należy, że obsługa Manualnego Poboru Płat w chwili obecnej jest w Polsce świadczona, dlatego też zamawiający miał możliwość zweryfikowania kosztów świadczenia tego rodzaju usług, czego w ocenie odwołującego nie uczynił. Gdyby bowiem to zrobił, wartość szacunkowa zamówienia z całą pewnością określona zostałaby na inną, wyższą kwotę. Z uwagi na brak definicji należytej staranności w ustawie Pzp, zgodnie z jej art. 14 zastosowanie znajdują przepisy art. 355 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, a którą to staranność rozpatruje się w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Wskazać w tym miejscu należy, że umowa o zamówienie publiczne ma charakter umowy wzajemnej, gdzie wykonawca i zamawiający są względem siebie zarówno dłużnikiem, jak i wierzycielem. W związku z tym, zamawiający również ma obowiązek przy podejmowanych przez niego czynnościach

- na każdym etapie postępowania, a więc także na etapie przed podpisaniem umowy dochować należytej staranności. W ocenie odwołującego zamawiający w przedmiotowej sprawie nie sprostął obowiązкови prawidłowego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę wyjątkowość opisanej instytucji unieważnienia postępowania, zamawiający winien więc w pierwszej kolejności ponownie dokonać analizy zakresu przedmiotu zamówienia i tym samym jego wartości z uwzględnieniem realiów rynkowych.

Nie ulega wątpliwości, że przedmiot zamówienia objęty Postępowaniem dotyczy złożonego zakresu usług związanego z realizacją skomplikowanych procesów. Usługą podstawową w realizacji zadania jest pobór Opłaty za Przejazd odcinkami autostrad płatnych A2 Konin - Stryków oraz A4 Bielany Wrocławskie - Sośnica, wnoszony przez kierowców pojazdów lekkich. Czynność ta realizowana jest poprzez wykwalifikowany personel, przeszkolony do pracy z klientem, w warunkach podwyższonego ryzyka, jakim jest praca na autostradzie, tj. na drodze o dopuszczalnym, najwyższym ograniczeniu prędkości (w pasach ruchu pojazdów), od którego to personelu wymagana jest ciągła koncentracja niezbędna do zapewnienia bezpieczeństwa swojego, jak i użytkowników autostrady oraz spełnienia wymaganych przez zamawiającego wskaźników jakościowych i ilościowych. Proces ten musi być odpowiednio zaplanowany, zarządzany i poddany kontroli, do czego niezbędne jest profesjonalne zaplecze operacyjne i administracyjne, zapewniające wszelkie środki do koordynacji wszystkich zadań realizowanych w Miejscach Poboru Opłat rozłożonych na 100 (A2) i 160 (A4) kilometrowych odcinkach. Dodatkowo, w celu zapewnienia ciągłego i skutecznego poboru opłat, konieczne jest ciągłe utrzymanie zarówno systemów IT, w tym systemów manualnego poboru opłat, za pomocą których realizowana jest usługa, jak również całej infrastruktury, w skład której, poza pasami i kioskami poboru opłat, wchodzi m.in. budynki nadzoru wraz zapleczem socjalnym, instalacjami i wyposażeniem, drogi manewrowe, parkingi dla obsługi, agregaty prądotwórcze, kanalizacje sanitarne, deszczowe i oczyszczalnie ścieków, sieci energetyczne i teletechniczne, tereny zielone. Specyfika przedmiotowych usług, nie dająca się wprost przełożyć z innych obszarów biznesowych powoduje, że do realizacji powyższych czynności oraz procesów je wspierających niezbędne jest posiadanie wykwalifikowanych kadr na każdym szczeblu organizacyjnym, co dodatkowo wpływa na poziom skomplikowania projektu. Zamawiający wydaje się ma świadomość złożonego charakteru procesu, którego dotyczy Postępowanie. Świadczą o tym m.in. załączniki do SIWZ takie jak Podręcznik procesów biznesowych MSP (załącznik nr 24 do SIWZ), Procedury podejmowanych działań na MPO (załącznik nr 15 do SIWZ), Zarządzenie nr 47 GDDKiA odstąpienie od poboru opłat na autostradzie lub jej odcinku (załącznik nr 16 do SIWZ), opisujące, w jaki sposób objęte Postępowaniem usługi wykonywane są dotychczas. Postępowanie obejmuje tymczasem zakres usług szerszy, niż realizowany w analogicznym procesie dotychczas, gdyż szeroko opisana Usługa Utrzymania MSPO zakładająca dodatkowo wysokie sankcje za niedotrzymanie ustalonych poziomów świadczenia usługi (czasy reakcji i czasy napraw) nie znajduje odzwierciedlenia w aktualnej umowie dotyczącej KSPO (vide pkt.6 OPZ Załącznika nr 8 do SIWZ). Ponadto, definiując wymagania Usługi Manualnego Poboru Opłaty za Przejazd, zamawiający zobowiązuje wykonawcę do posiadania ustalonych z góry minimalnych kwot kasjerów (vide pkt. 5.10 OPZ), co w przypadku Stacji Poboru Opłat - SPO - stanowi jednocześnie wartości maksymalne, jak również definiując wymagania dotyczące Dostępności Pasów Poboru Opłat Wyjazdowych na MPO (vide pkt. 9.2 OPZ), zobowiązując wykonawcę do otwarcia wszystkich dostępnych pasów w danym Miejscu Poboru Opłat w przypadku wystąpienia kolejki przekraczającej 50 m na dowolnym pasie, powodując tym samym konieczność zapewnienia przeszkolonych i zdolnych do obsługi pojazdów na poziomie określonym co najmniej w pkt. 9.1 OPZ kasjerów, w liczbie umożliwiającej zapewnienie pełnej obsady przez 24h/dobę. Szacując wartość zamówienia objętego Postępowaniem powinien więc zestawzić z należyta starannością oczekiwania wyrażone w SIWZ z rynkową wartością tego rodzaju usług. Tymczasem analiza wybranych tylko elementów usług objętych SIWZ wskazuje wyraźnie, że takiej staranności Zamawiający nie dołożył.

Największy koszt realizacji usług objętych Postępowaniem związany jest z kosztami zatrudnienia odpowiednio wykwalifikowanego personelu. Rzetelne wyliczenie kosztów pracy powinno uwzględniać liczbę pasów, liczbę kiosków, wymaganą obsadę poszczególnych miejsc poboru opłat w ciągu całej doby i w ciągu tygodnia. Poza obsadą kiosków wykonawca musi zatrudnić m.in. kierowników miejsc poboru opłat, kontrolerów poboru opłat, specjalistów z dziedziny informatyki, techników, specjalistów od utrzymania i konserwacji infrastruktury, specjalistów wsparcia i utrzymania systemów poboru opłat, pracowników odpowiedzialnych za kierowanie ruchem, specjalistów w zakresie ochrony danych osobowych odpowiadających za zgodność z przepisami RODO, osoby zarządzające przedsięwzięciem na różnych szczeblach, specjalistów od rozliczeń i płatności, obsługę księgową oraz kadrową, kontrolerów finansowych, specjalistów od kontroli jakości, pracowników działu dokumentacji. Należy pamiętać, że wymienione wyżej stanowiska pracy nie mogą być obsadzone pracownikami wynagradzanymi na poziomie płacy minimalnej. Ponadto, trzeba wziąć pod uwagę aktualną wysokość płac w tych kategoriach pracowniczych oraz rynkowe prognozy wzrostu płac. Znane są aktualne problemy z pozyskaniem pracowników, także tych o niewysokich kwalifikacjach. W związku z tym, trzeba m.in. liczyć się z koniecznością

opłacania pracowników na stanowiskach kasjerów na poziomie zbliżonym do poziomu płac w popularnych sieciach handlowych. Kolejnym czynnikiem związanym z kosztami pracy i wpływającym na ich wzrost jest wysoka fluktuacja kadr. W związku z tym trzeba uwzględnić koszty odpraw, jak i koszty rekrutacyjne. Osobną kwestię stanowią koszty szkoleń. Rynek usług polegających na poborze opłaty za przejazd drogą płatną jest w Polsce wąski. Stąd, ilość pracowników wykwalifikowanych w kierunku świadczenia tego typu usług jest na rynku pracy bardzo ograniczona. Dlatego też, każdy z wykonawców zamierzający wykonać przedmiot zamówienia musi liczyć się z koniecznością pokrycia kosztów szkoleniowych dla nowych pracowników. Elementami składającymi się na koszty osobowe są także dodatki za pracę nocną oraz w święta (płace poboru opłat muszą pracować w trybie 24/7/365), koszty wynikające z konieczności, w związku z nowym obowiązkiem ustawowym, wprowadzenia planu kapitałowego, koszty obowiązkowego w obecnej sytuacji rynkowej pakietu świadczeń socjalnych (opieka medyczna, ubezpieczenie na życie, szkolenia dodatkowe), prognozowany wzrost płac, zakup odzieży roboczej oraz koszty związane z BHP. Uwzględniając powyższe założenia i oczekiwania wynikające z SIWZ należy wskazać, że sam koszt pracowników sięga kwoty w przypadku Części 1 Zamówienia 49 060 503 zł netto, a w przypadku Części 2 Zamówienia 77 440 039 zł netto. Składają się na nią koszt zatrudnienia inkasentów, personelu kierowniczego oraz pozostałych pracowników wymienionych powyżej.

Kolejną istotną pozycją kosztową, którą Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, są koszty sprzętu. Należy zwrócić uwagę, że SIWZ nakłada na wykonawcę obowiązek uwzględnienia w kosztach zakupu nowych terminali płatniczych dla wszystkich stanowisk kasowych (co zamawiający potwierdził odpowiadając na pytania zainteresowanych wykonawców w toku Postępowania). Owe terminale płatnicze, akceptujące jednocześnie karty płatnicze i karty flotowe (unikatowe na rynku polskim), muszą zapewnić bezpieczeństwo transakcji kartowych (zgodność ze standardem bezpieczeństwa PCI DSS). W oszacowaniu wartości zamówienia zamawiający powinien również uwzględnić fakt, iż wykonawca wejdzie w okres użytkowania sprzętu w perspektywie 10-letniej. Wiąże się to z koniecznością zagwarantowania ciągłości pracy systemu, co nie ogranicza się to tylko do usuwania usterek z wymianą niezbędnych części, ale wymusza konieczność wymiany kompletnych urządzeń mechanicznych i elektronicznych (np. komputery pasa, detektory pętli indukcyjnych, czytniki biletów, drukarki biletów, gilotyny do drukarek biletowych, kompletny zestaw kontroli przejazdu). Zamawiający również wydaje się powinien mieć tego świadomość, albowiem do SIWZ dołączył (jako Załącznik 3) Zestawienie awarii MSPO w roku 2017.

Jednocześnie, zamawiający w dokumentacji przetargowej określił wysokie wymagania jakościowe i związane z tymi wymaganiami wysokie sankcje karne za ich niedotrzymanie. W związku z tym, powinien także uwzględnić w swych szacunkach koszty po stronie potencjalnego wykonawcy zapewnienia tak wysokiej jakości usług. Jako ilustrację wymagań w zakresie kar umownych wskazał punkt 24.3 z Części IV do SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy, który statuuje odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie ryzyka.

Kolejną pozycją, jaka powinna zostać wzięta przez zamawiającego pod uwagę przy szacowaniu wartości zamówienia, są koszty finansowe i ubezpieczeniowe. W przedmiotowym zamówieniu dużą rolę odgrywa zarządzanie wpływającymi opłatami. Jest to źródłem kolejnych, obowiązkowych kosztów do uwzględnienia w kalkulacji. Koszty transakcyjne wahają się od 0,8 do 1,5% od kwoty pobranych opłat poprzez karty płatnicze oraz karty flotowe. Są to koszty, które musi ponieść wykonawca. W oszacowaniu wartości zamówienia należy również uwzględnić koszt tzw. agenta rozliczeniowego, czyli instytucji zajmującej się autoryzacjami i rozliczaniem transakcji przy użyciu kart płatniczych. Instytucja ta pośredniczy pomiędzy Akceptantem (punktem handlowym bądź internetowym przyjmującym płatności kartą) a Emitentem karty. Agent rozliczeniowy dokonuje autoryzacji, czyli potwierdzenia, że osoba posługująca się daną kartą jest uprawniona do dokonania płatności (np. posiada odpowiednie środki na koncie), a także rozliczania i przetwarzania transakcji. Składniki kosztowe transakcji kartą płatniczą to - wynagrodzenie agenta rozliczeniowego, interchange fees (trafia do banku, który wydał kartę), scheme fees (opłata systemowa, czyli przychód organizacji kartowych). Dodatkowe wynagrodzenie to disagio płacone wystawcom kart flotowych. W tym miejscu dla porównania roku 2016 oraz 2017 wskazał, że wartość transakcji kartami płatniczymi wzrosła o 18% a wartość transakcji dokonanych za pomocą kart flotowych wzrosła o 6%. Trzeba mieć na uwadze, że na rynku następuje ciągły spadek udziału płatności gotówkowych a widoczny jest wzrost płatności kartami płatniczymi. Obsługa płatności kartami wiąże się ze wzrostem kosztów wykonawcy. Na koszty te wpływa także w sposób oczywisty stały wzrost ruchu.

Ponadto odwołujący podnosił, że zamawiający wymaga od wykonawcy ubezpieczenia na zdefiniowanym w dokumentacji przetargowej poziomie (Załącznik nr 10 do SIWZ - Minimalne wymagania ubezpieczenia). A zatem elementem oszacowania wartości musi być także koszt ubezpieczenia. Zamawiający żąda od wykonawców zagwarantowania bardzo szerokiego zakresu ubezpieczenia. Oferta firm ubezpieczeniowych na taki zakres oscyluje wokół kwot 1 000 000 zł - 1 400 000 zł na jeden odcinek autostrady (jako dowód przedstawił korespondencję prowadzoną z firmą ubezpieczeniową).

Podsumowanie tylko powyższych, wybranych, podstawowych elementów składających się na przedmiot zamówienia, obliczonych na bazie danych rynkowych, przekracza zarówno w przypadku Części 1 - A2 oraz w przypadku Części 2 - A4 wartość zamówienia określoną przez zamawiającego, co wynika z wyliczeń odwołującego. Tymczasem wymienione przez odwołującego elementy składające się na kalkulację ceny oferty obejmują jedynie wybrane, istotne, lecz nie wszystkie pozycje kosztowe zamówienia objętego Postępowaniem. W celu rzetelnego oszacowania wartości zamówienia zamawiający powinien z należytą starannością uwzględnić ponadto jeszcze inne elementy, które wprost wynikają z wymagań określonych w dokumentacji przetargowej i SIWZ, takie jak w szczególności: komunikacja, w tym koszt łącz VPN, materiały eksploatacyjne, czyli np. rolki termiczne do kas fiskalnych i terminali płatniczych, bilety przejazdowe, szlabany, utrzymanie infrastruktury: np. wywóz śmieci, odśnieżanie, utrzymanie terenów zielonych, ochrona, olej napędowy, gaz, energia, woda itp., a także podatek od nieruchomości, przeglądy budowlane, UDT oraz pozostałe wymagane przepisami jak i zaleceniami producentów urządzeń, utworzenie, wyposażenie i zarządzanie magazynami części zapasowych systemów MSP, utworzenie i utrzymanie zaplecza socjalnego, utrzymanie biura, zapewnienie sprzętu dla pracowników (komputery, telefony itp.), samochody obsługi, paliwo itp., obsługa transakcji gotówkowych (np. worki, plomby, zapewnienie bilonu), koszty licencji na oprogramowanie specjalistyczne oraz oprogramowanie antywirusowe, koszt przejęcia MSPO, zwrotnego przekazania MSPO oraz koszt Usługi Wsparcia, koszt usuwania skutków siły wyższej, pozostałe ryzyka, koszty ogólne i marża wykonawcy.

Odwołujący ponadto zwrócił uwagę, że jakkolwiek zarówno część 1, jak część 2 zamówienia objętego Postępowaniem została przez zamawiającego znacznie niedoszacowana, to skala niedoszacowania w części 2 (dotyczącej autostrady A4), uwzględniając realia rynkowe, jest znacznie większa niż w przypadku części 1 (dotyczącej autostrady A2). Zamawiający przewidział na część 2 kwotę o 40 % wyższą niż na część 1.

Tymczasem natężenie ruchu na przedmiotowym odcinku autostrady A4 jest ok. 2,5-krotnie wyższe niż natężenie ruchu na odcinku autostrady A2, co przekłada się wprost na analogiczną różnicę w liczbie dokonywanych transakcji. Także liczba miejsc poboru opłat na odcinku autostrady A4 jest dwukrotnie większa od liczby miejsc poboru opłat na odcinku

autostrady A2.

Zamawiający w dniu 7 sierpnia 2018 r., zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował o wniesieniu odwołania, przekazując za pomocą poczty elektronicznej kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, oraz wezwał uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Termin na zgłoszenie przystąpienia, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, upłynął w dniu 10 sierpnia 2018 r. Do postępowania odwoławczego, w dniu 10 sierpnia 2018 r. przystąpił wykonawca Intertoll Construction Sp. z o.o. 80-125 Gdańsk, ul. Kartuska 314 (dalej „przystępujący”), zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 21 sierpnia 2018 r., przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 22 sierpnia 2018 r., złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Podnosił, że nieprawidłowe jest żądanie odwołującego z uwagi na brak wykazania szkody, którą może ponieść, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący domaga się między innymi nakazania zamawiającemu zwiększenia kwoty jaką ten zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a w sytuacji gdyby to okazało się niemożliwe unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Tymczasem kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp, jest czym innym niż wartość szacunkowa zamówienia, ustalana zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto wskazywał, że ustalenie wartości szacunkowej służy określeniu czy będą miały w danej sytuacji zastosowanie przepisy ustawy Pzp a jeśli tak, jakiego rodzaju procedury będą miały zastosowanie. Głównym celem ustalenia szacunkowej wartości zamówienia jest ustalenie czy mamy do czynienia z postępowaniem powyżej czy poniżej progów unijnych. W niniejszej sprawie Postępowanie ma wartość przekraczającą tzw. progi unijne a zatem zamawiający zastosował pełną procedurę z ustawy Pzp.

Zamawiający podkreślał, że wykonawcy nie mogą domagać się zwiększenia kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Jest to oczywiste, gdyż żaden podmiot nie może decydować o tym jakimi środkami zamawiający dysponuje, ani też jakie środki przeznaczyć na realizację danego zamówienia. Tym samym odwołujący nie może domagać się zwiększenia kwoty jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a żądanie odwołującego w tym zakresie należy uznać za bezpodstawne

i niemożliwe do orzeczenia przez Izbę. Podobnie zgłoszone żądanie z ostrożności, zgodnie z którym odwołujący domaga się nakazania unieważnienia postępowania w przypadku gdy zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia okaże się niemożliwe, nie znajduje podstawy prawnej. W przypadku bowiem, gdy zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia okaże się niemożliwe, postępowanie zostanie unieważnione w przypadku stwierdzenia braku oferty mieszczącej się w budżecie, jednakże właściwą przesłanką będzie wówczas art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W zakresie, w jakim odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 32 ust. 1 ustawy Pzp i niedochowanie należytej staranności przy szacowaniu wartości zamówienia wskazał, że zamawiający ma prawo oszacować wartość zamówienia zgodnie z wybranym przez siebie sposobem szacowania wartości, właściwym dla rodzaju zamówienia. Jeśli zaproponowane ceny wykraczają poza wartość szacunkową to nie powoduje to domniemania, że wartość zamówienia została przez zamawiającego ustalona w sposób nieprawidłowy. Co więcej, w tym postępowaniu w części I zamówienia ofertę złożył przystępujący, a jego oferta mieści się w budżecie zamawiającego. Zamawiający oszacował wartość zamówienia w dniu 29 marca 2018 r. a szczegółowe wyliczenia zawarł w notatce wewnętrznej, załączonej do „Wniosku o zamówienie publiczne na MSP dla KSPO”. Zamawiający oszacował wartość na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę wszystkie wymagania i okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty i oparł się w swoich kalkulacjach na realiach rynkowych. Zamawiający wybrał jeden z możliwych sposobów ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, opierając się na poprzednio realizowanym zamówieniu w zakresie Manualnego Systemu Poboru Opłat, aktualnie świadczonego przez obecnego wykonawcę na podstawie umowy z 2 listopada 2010 r. zawartej z GDDKiA i polegającej na świadczeniu usług eksploatacji (utrzymania) MSPO oraz usług poboru opłaty. Jako kwotę bazową przyjął średnią kwotę ponoszoną na wynagrodzenie miesięczne na świadczenie usługi MSPO, z ostatnich trzech lat świadczenia usługi. Szacując wartość zamówienia zamawiający uwzględnił wszystkie elementy, które się na to zamówienie składają. Co więcej zakres przedmiotu zamówienia w obecnym postępowaniu nie obejmuje kilku czynności, za które jest obecnie odpowiedzialny wykonawca świadczący usługi na podstawie umowy z dnia 2 listopada 2010 r. tj. obsługi strony internetowej, obsługi telefonicznego Centrum Obsługi Klienta, zapewnienie bezpiecznych kopert i worków służących do odbioru i transportu gotówki, odbiór i bezpieczny transport gotówki. Jednocześnie zamawiający wziął pod uwagę okoliczność, że w okresie realizacji obecnej umowy nastąpił wzrost cen, w tym w zakresie wynagrodzenia personelu, uznał zatem że zasadnym jest odpowiednie zwiększenie na potrzeby kalkulacji szacowanej kwoty wynagrodzenia miesięcznego w stosunku do kwot z obecnie obowiązującej umowy, o wskaźnik związany ze wzrostem przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw, w okresie od miesiąca sierpnia 2010 r. do miesiąca lutego 2018 r., obliczony wg danych GUS. Z tego względu miesięczne wynagrodzenie dla wykonawcy zostało oszacowane na poziomie wyższym o 35%.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z notatką sporządzoną przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania sporządzoną celem oszacowania wartości zamówienia, postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Intertoll Construction Sp. z o.o. 80-125 Gdańsk, ul. Kartuska 314 uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Jednocześnie Izba zważyła, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w przypadku zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje odwołującemu, jeżeli wykaże, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego

zamówienia oraz, jako warunek konieczny: 2) poniósł lub może ponieść szkodę, przy czym poniesiona lub ewentualna szkoda, którą odwołujący może ponieść w wyniku czynności zamawiającego jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Po stronie odwołującego leży ciężar wykazania, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom o zamówieniach publicznych, czego następstwem jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody.

Kwestię posiadania przez odwołującego legitymacji czynnej do wniesienia odwołania Izba zobligowana jest zbadać z urzędu.

W niniejszej sprawie wnoszący odwołanie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący złożył swoją ofertę na część I i część II zamówienia i ubiega się o jego udzielenie. Jego zdaniem zamawiający oszacował wartość zamówienia z naruszeniem przepisów art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. To, w jego ocenie spowodowało, iż na sfinansowanie zamówienia zamawiający zabezpieczył niewystarczające środki. Ponadto, w jego ocenie, doszło do błędnego oszacowania wartości zamówienia dla poszczególnych części. W wyniku tego w sposób nieuzasadniony w budżecie zamawiającego zostały przeznaczone na część I nieproporcjonalnie duże środki w porównaniu do części II. W konsekwencji, jak wywodził odwołujący, w wyniku błędnego oszacowania wartości zamówienia i przeznaczenia niewystarczających środków na jego realizację, zamawiający może to postępowanie nieważnić w oparciu o przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tymczasem, gdyby dokonał poprawnego szacunku, zarówno w odniesieniu do całości zamówienia, jak też ustalając właściwe proporcje w odniesieniu do części I i części II oferta odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał przesłanek dla wniesienia odwołania określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp tj. posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, mającego polegać na niedochowaniu należytej staranności wymaganej od zamawiającego przy szacowaniu wartości zamówienia. Odwołujący wywodził, że błędne oszacowanie wartości miało następnie wpływ na ustalenie w budżecie środków na realizację przyszłej umowy w wysokości niewystarczającej. Takie stanowisko odwołującego, w ocenie Izby, nie może zyskać aprobaty. Uszło bowiem uwadze odwołującego, że wartość szacunkowa zamówienia, o której stanowi art. 32 ust. 1 ustawy Pzp jest czym innym niż kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ustalenie wartości szacunkowej ma przede wszystkim na celu dokonanie wyboru co do właściwego sposobu postępowania przez zamawiającego, tj. pozwala na określenie czy procedura objęta jest reżimem ustawy Pzp, czy też należy prowadzić ją w oparciu o regulacje krajowe czy też przekracza ona tzw. progi unijne. Z powyższym wiąże się bowiem kwestia właściwej publikacji ogłoszeń o zamówieniu, ustalenia odpowiednich dla procedury terminów oraz właściwych wymogów jakie winni spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie danego zamówienia. Głównie zatem od prawidłowego ustalenia wartości szacunkowej zamówienia zależy przeprowadzenie postępowania według właściwych zasad. W tym przypadku zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na poziomie obligującym go do zastosowania tzw. pełnej procedury wynikającej z przepisów ustawy Pzp. Nawet zatem, jak twierdzi odwołujący, niedoszacowanie wartości zamówienia, nie spowodowałoby zmiany co do obowiązku zastosowania innej, bardziej sformalizowanej procedury udzielenia zamówienia publicznego.

Z kolei kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest kwotą odmienną od jego wartości szacunkowej (nie są to kwoty tożsame). Można przyjąć wprawdzie generalną zasadę, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia ustalana jest w oparciu o ustaloną wartość szacunkową plus podatek VAT, ale zasada taka nie została narzucona przez ustawodawcę i nie wynika z przepisów, a jedynie jest dominującą praktyką na rynku. W postępowaniu będącym przedmiotem niniejszego odwołania zamawiający oszacował tę wartość na poziomie 134 000 000 zł., jednocześnie zabezpieczając w swoim budżecie środki w wysokości 133 210 000 zł. Nie naruszył w ten sposób przepisów obowiązującego prawa, albowiem możliwe jest zabezpieczenie w budżecie środków na poziomie nawet znacznie odbiegającym od kwoty jaką zamawiający ustalił, szacując wartość zamówienia. Izba we wcześniejszych orzeczeniach podkreślała, że ustalenie wartości szacunkowej zamówienia na danym poziomie nie powoduje po stronie zamawiającego obowiązku dopasowania czy też ustalenia kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na takim samym poziomie (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.06.2015 r., sygn. akt KIO 1132/15).

Tym samym należy wskazać, że nawet uwzględnienie przez Izbę odwołania i nakazanie zamawiającemu, zgodnie z żądaniem odwołującego, dokonania ponownego oszacowania wartości zamówienia, w oparciu o ceny obowiązujące aktualnie i z uwzględnieniem, jak twierdzi odwołujący, realiów rynkowych, nie spowoduje automatycznie obowiązku podniesienia przez zamawiającego kwoty przeznaczonej

na sfinansowanie zamówienia. Czynność ta nie wpłynie bowiem na wysokość faktycznego budżetu jaki posiada zamawiający na sfinansowanie zamówienia, bo ten zależy od środków jakimi w danym momencie dysponuje. Zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak też orzeczeniach sądów okręgowych podkreślano, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie ma prawnych możliwości domagania się zwiększenia przez zamawiającego budżetu, bowiem to zamawiający jako gospodarz postępowania i odpowiedzialny za gospodarowanie swoimi środkami finansowymi, jest w stanie ocenić czy istnieje możliwość wydatkowania na dany cel określonej kwoty, mając na uwadze inne zadania realizowane w danym czasie.

Z uwagi na to, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie nie jest środkiem służącym przywróceniu ogólnej zgodności postępowania z prawem, lecz środkiem ochrony prawnej skierowanym na ochronę interesu wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia a odwołujący zobowiązany jest wykazać, jaką szkodę poniósł lub może ponieść w wyniku naruszeń przepisów ustawy, jakich miał się dopuścić zamawiający, należy stwierdzić, że ustalenie szacunkowej wartości zamówienia na określonym w tym postępowaniu poziomie nie godzi w interes odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia. Nie może on także ponieść żadnej szkody w wyniku takiego a nie innego ustalenia tej wartości albowiem, jak to już wcześniej wskazano, możliwość uzyskania zamówienia zależy nie od tego na jakim poziomie została ustalona wartość szacunkowa, ale od faktycznych możliwości zwiększenia przez zamawiającego budżetu do poziomu, który pozwoli na zawarcie umowy w tym postępowaniu. Biorąc zatem pod uwagę, że podwyższenie wartości szacunkowej zamówienia nie zobowiązuje automatycznie zamawiającego do podwyższenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, nie można uznać, że w wyniku oszacowania wartości zamówienia na ustaloną w tym postępowaniu kwotę, odwołujący może ponieść szkodę.

Brak wykazania legitymacji materialnej z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowi samodzielną przesłankę oddalenia odwołania i prowadzi do braku potrzeby merytorycznej oceny zarzutów, której skład orzekający w niniejszej sprawie w konsekwencji nie dokonywał. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 3 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1231/14 „stwierdzenie, że odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia środka ochrony prawnej prowadzi do oddalenia odwołania bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu”. Podobnie stwierdził skład orzekający w wyroku KIO z dnia 26 września 2016 r., sygn. akt KIO 1719/16.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący:

Członkowie: