

GENERALNA DYREKCJA  
DRÓG KRAJOWYCH I AUTOSTRAD

*Magdalena Jaworska*  
ZASTĘPCA GENERALNEGO DYREKTORA

Warszawa, dnia 16 lutego 2010 r.

GDDKIA-DPP-PPP3-RD-28-295/2010

ESAPROJEKT Sp. z o.o.

ul. Bytkowska 1B  
40-955 Katowice

**Dot.:** Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zamówienia pod nazwą: „Krajowy System Poboru Opłat, w tym czynności związane z poborem Opłaty Elektronicznej”.

**ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU**

Działając na podstawie przepisu art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „PZP”, informuję uprzejmie, iż zamawiający po rozpatrzeniu Państwa protestu z 12 lutego 2010r. postanowił protest ten oddalić.

**UZASADNIENIE**

**I. Protest – termin, interes prawny, zarzuty oraz żądania**

Zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp, protest należało wnieść w terminie 10 dni od daty dowiedzenia się o czynności zamawiającego. W terminowo wniesionym proteście, czynnościom zamawiającego zarzucono naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 4 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i nie zapewniający równego traktowania

wykonawców oraz wykluczający możliwość ubiegania się o zamówienia przez wykonawców posiadających wiedzę i doświadczenie oraz spełniających warunki w rozumieniu art. 22 ust. 1 Pzp;

- naruszenie art. 183 ust. 4 i 5 Pzp polegające na zmianie treści Ogłoszenia o zamówieniu w sposób odmienny od podanego przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestów z 20 stycznia 2010r.

ESAPROJEKT Sp. z o.o. w Katowicach („Protestująca/y”, „ESAPROJEKT”) wykazała interes prawny w korzystaniu z tego środka ochrony prawnej oraz zażądała zmiany warunków udziału w postępowaniu poprzez zmianę treści Ogłoszenia polegającą na: (i) wykreśleniu zdania: „Wykonawca musi wykazać, że w ostatnich 3 latach przed datą wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wdrożył i kontynuuje eksploatację, lub kontynuuje eksploatację, lub zakończył eksploatację w ciągu ostatnich 3 lat eksploatację...” i (ii) zastąpieniu tego zdania sformułowaniem: „Wykonawca musi wykazać, że w ostatnich 3 latach przed datą wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wdrożył, lub wdrożył i kontynuuje eksploatację, lub kontynuuje eksploatację, lub zakończył eksploatację w ciągu ostatnich 3 lat eksploatację...”.

## II. Niezasadność protestu

Protestujący zarzucił jakoby Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad dokonała czynności w sposób niezgodny z ostatecznym rozstrzygnięciem zarzutów części drugiej protestu Alcatel-Lucent, co miałoby naruszać: (i) art. 183 ust. 4 oraz (ii) art. 183 ust. 5 Pzp, a nadto (iii) art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 Pzp<sup>1</sup>. Żaden z zarzutów nie potwierdził się.

### 1. Brak naruszenia art. 183 ust. 4 Pzp.

---

<sup>1</sup> Tam gdzie przywołuje się przepisy prawa zamówień publicznych oznacza to prawo zamówień publicznych sprzed nowelizacji, która weszła w życie 29 stycznia 2010r.

Art. 183 ust. 4 Pzp normuje sposób, w który zamawiający informuje wykonawców o rozstrzygnięciu protestów.

Protestujący nie przytoczył w tej mierze zarzutów, ani okoliczności faktycznych, a sformułowane żądanie nie nawiązuje do treści przywołanego przepisu. Rozstrzygnięcie protestów, datowane na 20 stycznia 2010r., zamawiający przekazał adresatom drogą: (i) faksową, (ii) pisemną, a nadto (iii) umieścił je (rozstrzygnięcie) na stronie internetowej [www.gddkia.gov.pl](http://www.gddkia.gov.pl). Tym samym, uczynił zadość wymaganiom art. 183 ust. 4 Pzp.

## 2. Brak naruszenia art. 183 ust. 5 Pzp.

### (a) Uwaga wstępna.

Protestujący podniósł zarzut naruszenia art. 185 ust. 5. Przepis ten w punkcie drugim stanowi, że w przypadku *uwzględnienia* protestu, zamawiający powtarza oprotestowaną czynność (...) po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione.

Analizując podniesiony zarzut należało mieć na uwadze dwie okoliczności.

### (b) Po pierwsze, poprzedni protest został ostatecznie oddalony.

Jak wskazano, przywołany przez Protestującego art. 183 ust. 5 Pzp obejmuje stany faktyczne, w których zamawiający protest uwzględnia. Tymczasem, w niniejszym postępowaniu zamawiający nie tylko nie przemilczał protestu Alcatel-Lucent (art. 183 ust. 3 Pzp), ale protest ten *oddalił*.

Okoliczności tej dowodzą sformułowania zawarte na stronie 17 rozstrzygnięcia z 20 stycznia 2010r. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad opisała tam przyczyny, dla których, treść protestu Alcatel-Lucent „uniemożliwiła jej pozytywne ustosunkowanie się do zarzutów protestu”. Wskazany fragment jednoznacznie potwierdza, że protest został oddalony. **Dowód:** Rozstrzygnięcie protestu z 20 stycznia 2010r. – str. 17. W miejscu tym zamawiający wskazał wyraźnie, że w zakresie zarzutów związanych z przypisywaną sprzecznością treści punktu III.2.3).B Ogłoszenia Protestujący nie sformułował, ani nie opisał żądania. Z tych powodów, treść protestu uniemożliwiła zamawiającemu pozytywne ustosunkowanie się do zarzutów.

- (c) Po drugiej, w ostatecznie oddalonym proteście zamawiający nie zobowiązywał się, że zmieni warunki udziału w postępowaniu.

Wbrew zarzutom Protestującego, GDDKiA nie zobowiązała się w rozstrzygnięciu protestu Alcatel-Lucent, że zmieni treść Ogłoszenia o zamówieniu poprzez osłabienie niezbędnych warunków udziału w postępowaniu.

Po oddaleniu protestu Alcatel-Lucent oraz w związku z tym oddaleniem, zamawiający jedynie sygnalizował temu i innym wykonawcom, że bierze pod uwagę wątpliwości oraz argumenty przez nich zgłaszane, a nadto, iż mimo niezasadności niektórych protestów, także argumenty wykonawców stanowią dla zamawiającego źródło wiedzy i informacji.

Z tych powodów, GDDKiA zasygnalizowała, że będzie dokonywana zmiana w Ogłoszeniu w sposób *nawiązujący* do postulatów Alcatel-Lucent. Nie powinno budzić większych wątpliwości, że wykonawca ten zarzucał niespójność treści poszczególnych części ogłoszenia. W konsekwencji, GDDKiA nie zobowiązywała się umniejszyć niezbędne warunki udziału w postępowaniu, lecz deklarowała, że podjęcie działania zapewniające jeszcze większą klarowność części III.2.3.B.1. Ogłoszenia. Ta ostatnia czynność zakończyła się sukcesem, bowiem nawet sam ESAPROJEKT obecnie nie zarzuca Ogłoszeniu niejasności, nieprzejrzystości, czy też sprzeczności i nie dąży do ich wyjaśnienia. Protestujący - odczytawszy wymagane warunki udziału w postępowaniu - bezpodstawnie domaga się po prostu ich (warunków) złagodzenia.

Można zauważyć, że stanowisku Protestującego przeciwstawia się nawet przytoczony przez niego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 sierpnia 2009r. KIO/UZP 1042/09<sup>2</sup>. Sprawa KIO/UZP 1042/09 dotyczyła sytuacji, w której zamawiający - po oddaleniu protestu – zaniechał dokonania czynności, do której wykonania został zobowiązany mocą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (utrzymanym później orzeczeniem Sadu Okręgowego). Rzecz dotyczyła zmiany Ogłoszenia oraz specyfikacji w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia. Jednak jak sam Protestujący przytoczył w proteście, w wyroku, na który się powołał mowa była o czynności dokonywanej zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, które polegało na uwzględnieniu zarzutów podnoszonych przez protestujących wykonawców. Tymczasem, w realiach niniejszego postępowania, zamawiający protest Alcatel-Lucent oddalił.

To oddalenie nie stanowiło przeszkody do zasygnalizowania wykonawcom, że rozważona została zmiana ogłoszenia w sposób nawiązujący do postulatów protestującego, i nie mająca na

---

<sup>2</sup> Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 sierpnia 2009r. KIO/UZP 1042/09 [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

celu obniżenie warunków udziału w postępowaniu, lecz usunięcie niektórych wątpliwości.

Zapowiedź dokonania czynności aprobowana jest tak w literaturze, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W ocenie zamawiającego należy odróżniać zobowiązanie do dokonania czynności w razie uwzględnienia protestu od informacji co do dalszych zamierzeń podawanych przy okazji oddalenia protestu<sup>3</sup>.

### 3. Brak naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 4 Pzp.

Korzystając z dokonanej 2 lutego 2010r. zmiany Ogłoszenia Protestujący domaga się, aby treści Ogłoszenia ostatecznie ukształtować w taki sposób:

- aby treść: „Wykonawca musi wykazać, że w ostatnich 3 latach przed datą wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wdrożył i kontynuuje eksploatację, lub kontynuuje eksploatację, lub zakończył eksploatację w ciągu ostatnich 3 lat eksploatację...”
- zastąpić treścią: „Wykonawca musi wykazać, że w ostatnich 3 latach przed datą wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wdrożył, lub wdrożył i kontynuuje eksploatację, lub kontynuuje eksploatację, lub zakończył eksploatację w ciągu ostatnich 3 lat eksploatację...”.

Żądanie protestu zmierza zatem w istocie do umniejszenia warunków udziału w postępowaniu. Protestujący zdaje się opowiadać za stanowiskiem, iż wykonawca niedoświadczony w eksploatacji, lecz jedynie we wdrożeniu elektronicznego systemu poboru będzie w stanie należycie i sprawnie wykonać niniejsze zamówienie. Z takim wnioskiem nie można się zgodzić z dwóch powodów.

Przed wszystkim, stosownie do art. 180 ust. 3 Pzp, protest dotyczący pierwotnej treści Ogłoszenia należało wnieść w terminie 14 dni od dnia jego (Ogłoszenia) publikacji w Dzienniku Urzędowym UE. Treść, której zmiany Protestujący się domaga w sposób *niezmieniony* widnieje w Ogłoszeniu od daty pierwszej publikacji, która nastąpiła 29 grudnia 2009r. Jeżeli zatem Protestujący – zarzucający naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 Pzp - zamierzał

---

<sup>3</sup> Podobnie pośrednio - Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 29 grudnia 2008r. KIO/UZP 1454 Lex nr 485675.

zakwestionować poziom warunków udziału w postępowaniu nic nie stało na przeszkodzie, aby wniósł protest w terminie ku temu przepisany.

Po drugie, przepis art. 22 ust. 4 Pzp stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do tego przedmiotu.

W tym kontekście należy dostrzegać, że punkt II.1.5) Ogłoszenia zwięźle opisuje, że przedmiot zamówienia zawiera w sobie m.in. (i) zaprojektowanie, (ii) dostawę i (iii) *obsługę* Systemu Elektronicznego Poboru Opłat Elektronicznych (ESP) wraz z czynnościami związanymi z *poborem* Opłaty Elektronicznej (...).

Co więcej, powyższy krótki opis punktu II.1.5 Ogłoszenia rozwinięto wykonawcom w punkcie II.2.1) Ogłoszenia. W tym ostatnim punkcie wskazano, że w zakresie dotyczącym Systemu Elektronicznego Poboru Opłat Elektronicznych przedmiot zamówienia obejmuje trzy grupy zagadnień, a mianowicie:

- Wdrożenie, przez co należy rozumieć zaprojektowanie i wykonanie, dostawę oraz instalację wszelkich urządzeń koniecznych do spełnienia wymagań zamawiającego, które szczegółowo zostaną określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- zgodną z wymaganiami eksploatację ESP przez okres od momentu rozpoczęcia wykonywania czynności związanych z poborem Opłaty Elektronicznej do zakończenia okresu obowiązywania umowy;
- dokonywanie czynności związanych z poborem Opłaty Elektronicznej działając w imieniu i na rzecz zamawiającego przez okres od momentu rozpoczęcia poboru Opłaty Elektronicznej do zakończenia okresu obowiązywania umowy.

W ocenie zamawiającego z punktów II.1.5) oraz II.2.1) Ogłoszenia wynika, że tak warunki udziału w postępowaniu, jak i ich opis są związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Nadto, doświadczenie w zakresie eksploatacji elektronicznych systemów poboru opłat będzie niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia.

Należy przy tym podkreślić, że rozstrzygając poprzednio wnoszone protesty, zamawiający tam, gdzie realia zamówienia oraz obiektywne potrzeby na to pozwalały starał się mieć na względzie sygnały płynące od wykonawców. Niemniej jednak uwzględnienie żądania sformułowanego przez Protestującego prowadziłoby do sytuacji niepożądanej z punktu widzenia zaspokajania potrzeb zamawiającego oraz gospodarowania środkami publicznymi.

Zaprezentowane stanowisko znajduje wsparcie w orzecznictwie. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała w wyroku z 5 lutego 2009r. KIO/UZP 111/09, iż nie jest uprawnione wymaganie od zamawiającego, aby zrezygnował on z ochrony własnych interesów w postaci

rękojmi należytego wykonania zamówienia nadmiernie obniżając wymogi w celu umożliwienia ubiegania się o zamówienia wykonawcom nie posiadającym *doświadczenia* w realizacji przedsięwzięć o skali porównywalnej do przedmiotu zamówienia<sup>4</sup>. Z kolei Sąd Okręgowy w Olsztynie, w wyroku z 29 sierpnia 2008r. IX Ca 542/08 stwierdził, że żądanie spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 Pzp ma *zabezpieczać* interesy zamawiającego i wybranie wykonawcy rzetelnego, doświadczonego, który będzie gwarantował należyte wykonanie zamówienia<sup>5</sup>.

W taki też sposób zamawiający określił oraz opisał warunki udziału w postępowaniu, które w sposób równy i niedyskryminacyjny stosować się będzie do wszystkich wykonawców. Tym samym art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 4 Pzp nie zostały naruszone.

W tych okolicznościach, protest należało oddalić w całości.

### III. Pouczenie o środkach ochrony prawnej.

Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia niniejszego rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu.

Z-CIA GENERALNEGO DYREKTORA  
DRÓG KRAJOWYCH I AUTOSTRAD

Magdalena Jaworska

---

<sup>4</sup> Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 lutego 2009r. KIO/UZP 111.09 [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl). – przywołany również w Zeszytach orzeczniczych nr 4 z grudnia 2009r.

<sup>5</sup> Zob. „Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Zeszyt nr 4”, Warszawa, 2009, s. 27.