

WYROK
z dnia 7 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Monika Szymanowska
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2020 r. przez wykonawcę **PolCam Systems Sp. z o.o., ul. plutonu Torpedy 27A, 02-495 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa**

przy udziale wykonawców:

- A. Vitronic Machine Vision Polska Sp. z o.o., Plac Wolności 6-7, 47-220 Kędzierzyn Koźle**, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. Lifor Sp. z o.o., ul. Pułaskiego 49, 41-902 Bytom**, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez dodanie w części III „Opis przedmiotu zamówienia” pkt. 5.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zdania: *„W przypadku dokumentów wskazanych pod lit. a) Zamawiający dopuszcza ich złożenie w dniu zawarcia umowy”,* a także poprzez dodanie w części I „Warunki Ogólne (WO)” w pkt. 13.6. zdania: *„Niezłożenie w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie zawarcia umowy przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jednego z dokumentów, o których mowa w części III „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt. 5.3. lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia będzie równoznaczne z uchynieniem się przez tego Wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 94 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) .”*
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PolCam Systems Sp. z o.o., ul. Plutonu Torpedy 27A, 02-495 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** na rzecz wykonawcy **PolCam Systems Sp. z o.o., ul. Plutonu Torpedy 27A, 02-495 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) 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:

.....

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę 26 sztuk stacjonarnych urządzeń rejestrujących przeznaczonych do pracy na masztach wraz z urządzeniami integrującymi oraz obudowami i masztami” przez Skarb Państwa Główny Inspektorat Transportu Drogowego, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa (dalej „zamawiający”) wykonawca PolCam Systems Sp. z o.o., ul. Plutonu Torpedy 27A, 02-495 Warszawa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), zarzucając zamawiającemu naruszenie art.7 ust.1 oraz art. 29 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]

Odwołujący podał, że w Części III „Opis przedmiotu zamówienia” pkt. 6.3. lit. a) SIWZ zamawiający zawarł następujące postanowienie: *"Na dzień składania ofert urządzenia rejestrujące muszą posiadać:*

a) ważną Decyzję Zatwierdzenia Typu wydaną przez Prezesa Głównego Urzędu Miar bądź decyzję Prezesa Głównego Urzędu Miar o uznaniu odpowiednich dokumentów potwierdzających dokonanie prawnej kontroli metrologicznej przyrządu pomiarowego przez właściwe zagraniczne instytucje metrologiczne za równoważne zatwierdzeniu typu, z której wynika, że urządzenie może być zamontowane i rejestrować wykroczenia drogowe w obudowie na konkretnym typie masztu zainstalowanym na poboczu drogi"

Oświadczył, że aktualnie posiada dokumenty zatwierdzenia typu fotoradarów, które zamierza wskazać w swojej ofercie, wydane przez właściwe instytucje metrologiczne 4 państw członkowskich Unii Europejskiej: Litwy, Łotwy, Chorwacji, Portugalii oraz, że – z uwagi na fakt, iż do tej pory nie miał potrzeby uzyskania decyzji zatwierdzenia typu fotoradarów wydawanej w Polsce przez Prezesa Głównego Urzędu Miar, pomimo aktywnej i skutecznej działalności na przedmiotowym rynku unijnym – nie dysponuje wymaganym dokumentem.

Zdaniem odwołującego, stawiając wymóg posiadania już na etapie składania ofert decyzji Prezesa Głównego Urzędu Miar o uznaniu odpowiednich dokumentów potwierdzających dokonanie prawnej kontroli metrologicznej przyrządu pomiarowego przez właściwe zagraniczne instytucje metrologiczne za równoważne zatwierdzeniu typu, w stosunkowo krótkim czasie – od daty publikacji ogłoszenia 14 stycznia 2020 r. do terminu składania ofert (18 lutego 2020 r.) – jest praktycznie niemożliwe.

Oświadczył, że podjął działania zmierzające do uzyskania takiego dokumentu jednak nie będzie możliwe uzyskanie tego dokumentu przed terminem składania ofert.

Stanął na stanowisku, że tak rygorystycznie ukształtowane wymaganie prowadzi wprost do ograniczenia konkurencji, w odniesieniu do wykonawców, którzy aktywnie działają na rynku unijnym, oferując krajowe, produkowane przez siebie urządzenia albo chcą zaoferować urządzenie wyprodukowane w krajach unijnych, dopuszczone do stosowania na obszarze UE.

Stwierdził, że zapewne problemu dałoby się uniknąć, gdyby zamawiający skorzystał z uprawnienia ujętego przepisem art.13 ust.1 ustawy Pzp i zamieścił wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie następnych 12 miesięcy zamówieniach – stworzyłoby to możliwość wykonawcom, zainteresowanym rynkiem polskim, uzyskanie wcześniej stosownych decyzji Prezesa GUM.

Zaznaczył, że wniesienie odwołania jest uzasadnione tym, iż zamawiający odniósł się już do przedmiotowych okoliczności i wyraził swoje stanowisko, udzielając 16 stycznia 2020 r. odpowiedzi na pytanie wykonawcy: „Czy Zamawiający dopuści możliwość zaoferowania sprzętu, który jest obecnie w trakcie procedury uznania zatwierdzenia typu z innego kraju Unii Europejskiej przez Prezesa Głównego Urzędu Miar w Warszawie, oraz zmieni wymagania SIWI w tym zakresie ?” odpowiedzi, iż podtrzymuje zapisy SIWZ, *argumentując to tym, iż „w przypadku uznania przez Zamawiającego, jako najkorzystniejszej oferty nie posiadającej ważnej decyzji zatwierdzenia typu wydanej przez Prezesa Głównego Urzędu Miar powoduje niemożność realizacji umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania.”*

Uwzględniając obawy zamawiającego odwołujący wniósł o zmianę treści przywołanego postanowienia Części III pkt. 6.3. lit.a) SIWZ i nadanie mu nowego brzmienia: *„Na wyznaczony dzień zawarcia umowy, wybrany Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu:*

a) ważną Decyzję Zatwierdzenia Typu oferowanych fotoradarów wydaną przez Prezesa Głównego Urzędu Miar bądź decyzję Prezesa Głównego Urzędu Miar o uznaniu odpowiednich dokumentów potwierdzających dokonanie prawnej kontroli metrologicznej przyrządu pomiarowego przez właściwe zagraniczne instytucje metrologiczne za równoważne zatwierdzeniu typu, z której wynika, że urządzenie może być zamontowane i rejestrować wykroczenia drogowe w obudowie na konkretnym typie masztu zainstalowanym na poboczu drogi, (...) „

Uzupełnił, że zamawiający mógłby ewentualnie wprowadzić dodatkowo, wymóg złożenia wraz z ofertą oświadczenia wykonawcy dotyczącego stanu prawnego wykonawcy, związanego z koniecznością przedłożenia przez zawarciem umowy dokumentów, o których mowa w SIWZ Część III pkt. 6.3. lit.a), w przypadku wyboru jego oferty, jako

najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że jego żądanie prowadzi wprost do zwiększenia ilości ofert, co potwierdza pośrednio fakt, iż przytoczonego wcześniej pytania nie kierował odwołujący, co oznacza, że jeszcze co najmniej dwóch wykonawców jest w stanie zaoferować właściwe urządzenia, a jedyną przeszkodą formalną jest brak – na dzień składania ofert – wymaganego dokumentu, który bez szkody i zagrożenia dla postępowania może zostać złożony w późniejszym terminie.

W ocenie odwołującego ryzyko dla zamawiającego nie jest znaczące.

Wskazał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa:

1. przyrządy pomiarowe, które mogą być stosowane w ochronie bezpieczeństwa i porządku publicznego, podlegają prawnej kontroli metrologicznej (art. 8 ust.1 ustawy z dnia 11 maja 2001 r. Prawo o miarach, t.j. Dz.U. z dnia 22 marca 2019 r. poz. 541 wraz ze zmianami - dalej „ustawa o miarach”),
2. przyrządy pomiarowe podlegające prawnej kontroli metrologicznej mogą być wprowadzane do obrotu i użytkowania oraz użytkowane tylko wówczas, jeżeli posiadają odpowiednio ważną decyzję zatwierdzenia typu lub ważną legalizację (art. 8a ust. 1 ustawy o miarach),
3. za równoważne zatwierdzeniu typu i legalizacji pierwotnej, Prezes Głównego Urzędu Miar, może uznać w drodze decyzji, odpowiednie dokumenty potwierdzające dokonanie prawnej kontroli metrologicznej przyrządu pomiarowego przez właściwe zagraniczne instytucje metrologiczne.

Zaznaczył, że wątpliwość nasuwać może stwierdzenie, iż Prezes „może uznać”, odpowiednie dokumenty potwierdzające dokonanie prawnej kontroli metrologicznej przyrządu wystawione przez właściwe zagraniczne instytucje metrologiczne, jednak – uznał odwołujący – takie ujęcie kompetencji Prezesa GUM wynika przede wszystkim z tego, iż powyższa regulacja nie dotyczy wyłącznie obszaru Unii Europejskiej i odnosi się do wszystkich innych krajów, co powoduje, iż zwłaszcza w odniesieniu do krajów spoza obszaru Unii lub EOG, rozstrzygnięcie pozostawiono ocenie Prezesa GUM.

W odniesieniu do prawnej kontroli metrologicznej urządzenia dokonanej w jednym z krajów unijnych podniósł, że należy mieć na uwadze obowiązujące przepisy unijne – dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/34/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie wspólnych przepisów dotyczących przyrządów pomiarowych oraz metod kontroli metrologicznej (Dz.Urz. UE z dnia 28 kwietnia 2009 r. Nr L106), przepisami art. 1 ust.3 i 4: „Żadne państwo członkowskie nie może, na podstawie niniejszej dyrektywy oraz odnoszących się do niej odrębnych dyrektyw, zapobiegać, zabraniać lub ograniczać

wprowadzanie do obrotu lub użytkowania przyrządu lub produktu, o którym mowa w ust. 1, jeżeli ten przyrząd lub produkt jest opatrzony znakami lub oznakowaniami WE zgodnie z warunkami przewidzianymi w niniejszej dyrektywie i odrębnych dyrektywach odnoszących się do przedmiotowego przyrządu lub produktu.” oraz „Państwa członkowskie nadają taką samą wartość zatwierdzeniu wzoru i legalizacji pierwotnej WE jak krajowemu zatwierdzeniu wzoru lub legalizacji pierwotnej.”

Zdaniem odwołującego z powyższego wynika, iż prawodawca unijny zobowiązuje właściwe organy państw członkowskich do „nadania takiej samej wartości” zatwierdzeniu wzoru i legalizacji pierwotnej WE jak krajowemu zatwierdzeniu wzoru lub legalizacji pierwotnej, powodując, iż w każdym przypadku, gdy urządzenie spełnia wymagania techniczne określone krajowymi przepisami prawa.

Podkreślił, że istotą odwołania nie jest spór o żądanie przez zamawiającego stosownych dokumentów dotyczących oferowanych fotoradarów, ale wskazany termin, w którym wykonawca zobowiązany będzie przedłożyć stosowne decyzje Prezesa Głównego Urzędu Miar, uzupełniając wskazując, że zamawiający nadal zapewnia sobie możliwość rozstrzygnięcia postępowania, nawet wówczas gdyby wybrany wykonawcy nie był w stanie przedłożyć stosownego dokumentu (art. 94 ust.3 ustawy Pzp), pomijając kwestię przepadku wadium takiego wykonawcy (art. 46 ust.5 pkt. 3 ustawy Pzp).

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 3 lutego 2020 r. (dodatkowo zapisaną na informatycznym nośniku danych – płyta CD) – dokumentów wskazanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 5 lutego 2020 r., dodatkowego stanowiska odwołującego – pismo z dnia 5 lutego 2020 r., zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego – pismo Vitronic Machine Vision Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu z dnia 30 stycznia 2020 r. oraz pisma Lifor Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu z dnia 29 stycznia 2020 r., dokumentów złożonych przez zamawiającego na rozprawie, wskazanych w dalszej części uzasadnienia, a także oświadczeń i stanowisk stron (przystępujący nie stawili się) zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (czego zamawiający nie kwestionował).

Zarzut ukształtowania przez zamawiającego postanowień SIWZ w sposób, który uniemożliwia odwołującemu ubieganie się o uzyskanie zamówienia dotyczący części III „Opis przedmiotu zamówienia” – pkt 6.3. lit. a) (po modyfikacji z dnia 5 lutego 2020 r. – pkt 5.3. lit. a) SIWZ) potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 stycznia 2020 r. pod numerem 2020/S 009-015825.

Zamawiający udostępnił SIWZ na stronie internetowej 14 stycznia 2020 r.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 26 szt. stacjonarnych urządzeń rejestrujących przeznaczonych do pracy na masztach wraz z urządzeniami integrującymi oraz obudowami i masztami.

Zamawiający przewidział zastosowanie tzw. procedury odwróconej (art. 24aa ustawy Pzp), tj. dokonanie w pierwszej kolejności oceny ofert, a w dalszej kolejności zbadanie, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z częścią I „Warunki Ogólne (WO)” pkt 13.6. SIWZ: *„Jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy lub nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Zamawiający będzie mógł wybrać ofertę Wykonawcy, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert, uprzednio badając czy Wykonawca ten nie podlega wykluczeniu a złożona przez niego oferta spełnia warunki udziału w postępowaniu, chyba, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp.”*

Postanowienie SIWZ, którego dotyczy zarzut, tj. postanowienie części III pkt 6.3. lit. a) SIWZ, udostępnionej przez zamawiającego 14 stycznia 2020 r. brzmiało: *„Na dzień składania ofert urządzenia rejestrujące muszą posiadać: a) ważną Decyzję Zatwierdzenia Typu wydaną przez Prezesa Głównego Urzędu Miar bądź decyzję Prezesa Głównego Urzędu Miar o uznaniu odpowiednich dokumentów potwierdzających dokonanie prawnej kontroli metrologicznej przyrządu pomiarowego przez właściwe zagraniczne instytucje metrologiczne za równoważne zatwierdzeniu typu, z której wynika, że urządzenie może być zamontowane i rejestrować wykroczenia drogowe w obudowie na konkretnym typie masztu*

zainstalowanym na poboczu drogi,”

Modyfikacją z dnia 5 lutego 2020 r. zamawiający oznaczył pkt 6.3. lit. a) części III SIWZ jako pkt 5.3. lit. a) i nadał mu następujące brzmienie: *„W związku z art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, Wykonawca jest zobowiązany złożyć wraz z ofertą: 1) ważną Decyzję Zatwierdzenia Typu wydana przez Prezesa Głównego Urzędu Miar bądź decyzję Prezesa Głównego Urzędu Miar o uznaniu odpowiednich dokumentów potwierdzających dokonanie prawnej kontroli metrologicznej przyrządu pomiarowego przez właściwe zagraniczne instytucje metrologiczne za równoważne zatwierdzeniu typu, z której wynika, że urządzenie może być zamontowane i rejestrować wykroczenia drogowe w obudowie na konkretnym typie masztu zainstalowanym na poboczu drogi,”*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 191 ust. 2 ustawy Pzp *„Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”*.

Stan rzeczy, jaki skład orzekający Izby wziął za podstawę wyroku co do brzmienia SIWZ, został ustalony na podstawie dokumentów przesłanych przez zamawiającego przy piśmie z dnia 3 lutego 2020 r., a także oświadczenia zamawiającego z rozprawy co do modyfikacji SIWZ z dnia 5 lutego 2020 r. [pkt 5.3. lit. a)].

Zaznaczenia wymaga, że odwołujący nie kwestionował żądania przez zamawiającego spornych decyzji Prezesa Głównego Urzędu Miar (dalej „Prezes GUM”), ale termin ich złożenia, podnosząc m.in., że są to dokumenty niezbędne na etapie wprowadzania urządzeń rejestrujących do obrotu i użytkowania, a nie na etapie składania ofert

Pierwotne ujęcie przez zamawiającego spornych decyzji Prezesa Głównego Urzędu Miar w części III SIWZ, tj. w części opisującej przedmiot zamówienia dawało podstawę do wniosku, że wymóg posiadania na dzień składania ofert decyzji Prezesa GUM to cecha będących przedmiotem zamówienia urządzeń rejestrujących (znalazło to odzwierciedlenie w podstawie prawnej odwołanie, tj. wskazania obok art. 7 ust. 1, także art. 29 ust. 2 ustawy Pzp).

Po wskazanej przez zamawiającego na rozprawie modyfikacji SIWZ z dnia 5 lutego 2020 r. sporne decyzje zostały zakwalifikowane przez zamawiającego jako tzw. „dokumenty przedmiotowe” z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, żądane w celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ.

W tym miejscu przypomnieć należy, że zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp *„Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawić aż do zamknięcia rozprawy.”*

Niezależnie od kwalifikacji spornych decyzji Prezesa GUM (wg SIWZ przed i po modyfikacji) ich żądanie przez zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w danym momencie tego postępowania) musi być uzasadnione, co wynika z przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i co należy także wywieść z zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji – nie można bowiem z perspektywy tej zasady zaakceptować, aby dokumenty bez znaczenia dla oceny oferowanego przedmiotu mogły doprowadzić do odrzucenia oferty, a tym samym zawężenia konkurencji.

Tymczasem zamawiający ani w Odpowiedzi na odwołanie, ani w toku rozprawy nie wskazał żadnego postanowienia SIWZ, które żądanie spornych decyzji (na dzień składania ofert) by uzasadniało.

Zamawiający jedynie ogólnie powoływał się na to, że: *„w ramach testów/badań w kryterium „Jakość” jakie będzie prowadził zamawiający ocena odbywać się będzie także w oparciu o dokumentacje techniczną w tym w szczególności decyzję zatwierdzenia typ/uznanie”* (pkt 22 Odpowiedzi na odwołanie) – nie wiadomo zatem, które postanowienia SIWZ doprowadziły zamawiającego do wniosku o niezbędności spornych decyzji.

Pozbawiło to skład orzekający Izby możliwości poddania ocenie, czy konkretne postanowienia SIWZ uzasadniają żądanie spornych decyzji Prezesa GUM z konsekwencją uznania twierdzeń zamawiającego za gołosłowne.

Dostrzec także należy, że już choćby w ramach zaprezentowanego przez zamawiającego w pkt. 22 Odpowiedzi na odwołanie stanowiska nasuwa się pytanie, czy inne dokumenty (zamawiający użył „w szczególności”), w oparciu o które zamawiający będzie przeprowadzał testy/badania nie są wystarczające. Niezbędność żądania przez zamawiającego spornych decyzji Prezesa GUM także w tym kontekście (możliwości oceny na podstawie innych dokumentów) powinna być przez zamawiającego – autora żądania – wykazana.

Zamawiający twierdził nadto w Odpowiedzi na odwołanie (pkt 23), że: *„W dokumencie pochodzącym od organów metrologicznych zawarte są podstawowe i kluczowe dane metrologiczne charakteryzujące dany typ przyrządu pomiarowego. Do danych tych można zaliczyć między innymi (...):”*

Również to twierdzenie pozostało gołosłowne.

Nie wykazał wreszcie zamawiający, że bez spornych decyzji Prezesa GUM „*nie będzie w stanie stwierdzić czy przyrząd przedłożony do testów jest tym samym przyrządem który został zaoferowany przez Wykonawcę*” (pkt 26 Odpowiedzi na odwołanie).

Zamawiający podkreślał, że zamawia przyrząd pomiarowy, a nie urządzenie techniczne (pkt 21 Odpowiedzi na odwołanie), łącząc ten fakt z koniecznością dysponowania, już na etapie oceny ofert, spornymi decyzjami Prezesa GUM.

Sięgając do definicji legalnej „przyrządu pomiarowego” zawartej w art. 4 pkt 5) ustawy z dnia 11 maja 2001 r. Prawo o miarach (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 541 ze zm.) [dalej „ustawa Prawo o miarach] wskazać należy, że „*przyrząd pomiarowy*” to „*urządzenie, układ pomiarowy lub jego elementy, przeznaczone do wykonania pomiarów samodzielnie lub w połączeniu z jednym lub wieloma urządzeniami dodatkowymi; wzorce miary i materiały odniesienia są traktowane jako przyrządy pomiarowe;*”

Zgodnie zaś z art. 8a ustawy Prawo o miarach „*Przyrządy pomiarowe podlegające prawnej kontroli metrologicznej mogą być wprowadzone do obrotu i użytkowania tylko wówczas, jeżeli posiadają odpowiednio ważną decyzję zatwierdzenia typu lub ważną legalizację.*”

W świetle powyższego uznać należy prawo, a wręcz obowiązek zamawiającego do żądania spornych decyzji Prezesa GUM, jednak – co istotne – ze względu na charakter tych decyzji jako dokumentów determinujących dopuszczalność wprowadzenia urządzeń pomiarowych w pierwszej kolejności do obrotu, a w dalszej do użytkowania, brak jest zasadności tego żądania na etapie badania urządzenia pod kątem jego parametrów i cech, dodatkowo w sytuacji, gdy zamawiający nie wykazał iżby te tylko decyzje umożliwiły taką ocenę. Są to dokumenty bezsprzecznie niezbędne, ale do wprowadzenia urządzeń rejestrujących do obrotu i użytkowania, a zatem na etapie późniejszym niż etap badania ofert.

Odnosząc się do niezgodności proponowanych przez odwołującego zmian SIWZ z przepisami ustawy Pzp (pkt 8 i następne Odpowiedzi na odwołanie) ze względu na przewidzianą do zastosowania przez zamawiającego tzw. procedurę odwróconą z art. 24aa ustawy Pzp, skład orzekający Izby wskazuje, że skoro brak jest podstaw do przyjęcia, że sporne decyzje Prezesa GUM są niezbędne dla potwierdzenia, że oferowane urządzenia rejestrujące spełniają wymagania zamawiającego (nie są niezbędne dla oceny ofert), to nie można zasadnie twierdzić, że w jakikolwiek sposób zaburzony zostanie przyjęty przez zamawiającego sposób oceny.

Nadto nie można pominąć, że zamawiający jako tzw. gospodarz postępowania, czyli

podmiot, którego i prawem, i obowiązkiem jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winien w sposób kompleksowy podchodzić do opracowywanych przez siebie postanowień SIWZ – nie wolno mu, w szczególności w przypadku, gdy przewiduje zastosowanie tzw. procedury odwróconej, usprawiedliwiać jej zastosowaniem ograniczenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, poprzez żądanie na etapie badania ofert dokumentów, które do badania tego nie są niezbędne.

Odnosząc się do „braku skorzystania przez Zamawiającego z trybu przewidzianego w art. 13 ust. 1 Pzp” i pkt. 27-32 Odpowiedzi na odwołanie stwierdzić należy, że odwołujący nie objął odwołaniem zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 13 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten został przez odwołującego wskazany jedynie w związku z argumentem: „Zapewne problemu dałoby się uniknąć, gdyby Zamawiający skorzystał z uprawnienia ujętego przepisem art. 13 ust. 1 ustawy Pzp i zamieścił wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie następnym 12 miesięcy zamówieniach” (str. 3 odwołania drugi akapit). Potwierdzeniem powyższego jest brak wskazania tego przepisu w podstawach prawnych zarzutu.

Odnosząc się do akcentowanej przez zamawiającego staranności, jakiej dochował, aby „nie zaskoczyć” wymogiem posiadania przez oferowany produkt spornych decyzji Prezesa GUM (spotkania z wykonawcami oferującymi urządzenia rejestrujące na rok przed ukazaniem się ogłoszenia o zamówieniu – pkt 28 – 32 Odpowiedzi na odwołanie) skład orzekający Izby wskazuje:

- po pierwsze, okoliczność ta sama w sobie nie może stanowić podstawy do uznania zasadności żądania tych dokumentów – istotna jest ocena niezbędności żądania dokumentu w świetle konkretnych postanowień SIWZ, a nie ocena z perspektywy wcześniejszych działań zamawiającego, podejmowanych poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego; w konsekwencji złożone przez zamawiającego na rozprawie dowody z wiadomości e-mail Dyrektora Biura Certyfikacji GUM z dnia 4 lutego 2020 r., jak i korespondencji e-mail pomiędzy osobą ze strony zamawiającego a osobą ze strony odwołującego odpowiednio z dnia 14 i 19 września 2018 r. w szczególności co do planów odwołującego wystąpienia do Głównego Urzędu Miar o uzyskanie typu pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy,
- po wtóre, uzupełniająco, przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego adresowane jest tak do wykonawców rynku krajowego, jak i zza granicy (ogłoszenie o zamówieniu w publikatorze europejskim), zaś ze stanowiska zamawiającego nie wynika iżby „staranność zamawiającego” (spotkania z wykonawcami) odnosiła się także do

wykonawców europejskich.

W dalszej kolejności za bezprzedmiotowe uznać należy złożone przez zamawiającego na rozprawie pismo Dyrektor Biura Certyfikacji Głównego Urzędu Miar z dnia 23 stycznia 2020 r., będące informacją o prowadzonych obecnie przez ten Urząd postępowaniach dotyczących przyrządów do pomiaru prędkości w kontroli ruchu drogowego (z których żadne nie dotyczy odwołującego).

Odnosząc się do złożonych przez zamawiającego na rozprawie fragmentów SIWZ 6 postępowań prowadzonych przez Komendę Główną Policji w latach 2012-2014 oraz 2016-2017 i 2019, w których przewidziano złożenie decyzji Prezesa GUM na etapie składania ofert, skład orzekający Izby wskazuje, że mogą one stanowić co najwyżej potwierdzenie pewnej praktyki, nie zaś potwierdzenie, że praktyka ta jest zgodna z przepisami o zamówieniach publicznych.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający, żądając spornych decyzji Prezesa GUM na etapie składania ofert dopuścił się naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nakazał zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ, w sposób wskazany w sentencji.

Idąc naprzeciw uzasadnionym wątpliwościom zamawiającego co do tego, czy wykonawca wybrany będzie w stanie przedłożyć mu decyzję Prezesa GUM przy zawarciu umowy (żądanie odwołującego), skład orzekający Izby nakazał dodatkowo modyfikację SIWZ, która zagwarantuje zamawiającemu możliwość wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

Uzupełniając skład orzekający Izby wskazuje, że konieczność przeprowadzenia przez zamawiającego dodatkowych czynności (po odmowie podpisania umowy przez pierwotnie wybranego wykonawcę) oraz dodatkowy czas, jaki jest potrzebny na te czynności, nie mogą usprawiedliwiać ograniczenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, ponieważ nie sposób za przeciwwagę tej podstawowej zasady każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznać konieczności podjęcia dodatkowych czynności w dodatkowym czasie, tym bardziej w sytuacji, gdy jakiegokolwiek zagrożenia odnoszące się do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w oczekiwanym przez zamawiającego terminie nie były sygnalizowane (a w konsekwencji nie podjęto nawet próby ich wykazania).

Konkludując, w ocenie składu Izby orzekającego z materiału procesowego wynika, że sporne decyzje nie stanowią dokumentów niezbędnych do dokonania oceny ofert, a zatem wymóg złożenia ich wraz z ofertą jest wymogiem nieuzasadnionym, zaś obarczony ciężarem dowodu zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej. Ani treść SIWZ, ani stanowisko zamawiającego, zaprezentowane w toku rozprawy, nie może uzasadniać nieuprawnionego

ograniczenia konkurencji w postępowaniu, poprzez takie ukształtowanie dokumentacji postępowania, aby w przetargu mogli brać udział wyłącznie przedsiębiorcy, którzy już w chwili składania ofert dysponują spornymi decyzjami. Umknęło przy tym uwadze zamawiającego, że bezprawne zawężenie konkurencji będzie miało negatywny wpływ przede wszystkim na samego zamawiającego, który ograniczając liczbę podmiotów mogących złożyć ofertę w przetargu sam pozbawia się możliwości otrzymania lepszych jakościowo i korzystniejszych cenowo ofert.

Ponieważ potwierdził się zarzut odwołania, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....