

WYROK

z dnia 30 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2019 r. przez wykonawcę: **K. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K. R., ul. Kasjopei 71, 01-934 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: **K. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K. R., unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz dokonanie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach nr 2, 3 i 4,**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 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: **K. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K. R., ul. Kasjopei 71, 01-934 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) od zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg**

Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa na rzecz wykonawcy: **K. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K. R., ul. Kasjopei 71, 01-934 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione 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 r., 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

Zamawiający, Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Wykonanie w ramach Generalnego Pomiaru Ruchu 2020, bezpośrednich pomiarów ruchu drogowego na odcinkach dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 4 zadania”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 31 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 146-359865. W dniu 30 sierpnia 2019 r. pod numerem 409465-2019 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej sprostowanie ogłoszenia.

W dniu 2 grudnia 2019 r. Zamawiający poinformował o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz o unieważnieniu prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) , zwanej dalej „Pzp”.

Wykonawca K. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K. R. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętej w Zadaniach 2, 3 i 4, polegającej na nieprawidłowym przyznaniu ofercie Odwołującego - „0” (zero) punktów w kryterium „Jakość - nagranie wideo”, a w konsekwencji odrzuceniu jego oferty w zakresie Zadania 2, obejmującego wykonanie GPR 2020 na terenie Rejonu: Boża Wola, Płock, Płońsk; Zadania 3, obejmującego wykonanie GPR 2020 na terenie Rejonu: Mińsk Maz., Mława, Ostrołęka, Ostrów Maz., Przasnysz, Siedlce; Zadania 4, obejmującego wykonanie GPR 2020 na terenie Rejonu: Garwolin, Grójec, Radom, Zwoleń, co skutkowało unieważnieniem postępowania w zakresie tych zadań.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, i w konsekwencji unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie Zadań 2, 3 i 4 oraz ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadań 2, 3 i 4.

Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w postaci uiszczzonego wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym przez radcę prawnego, a także - o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz Tomu I SIWZ postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie w ramach Generalnego Pomiaru Ruchu 2020 (GPR2020) bezpośrednich pomiarów ruchu, na odcinkach dróg krajowych na terenie GDDKiA/Kielce

w wyznaczonych punktach w podziale na 5 części” i wyroku KIO z dnia 15.11.2019 r. sygn. akt. KIO 2206/19 - na okoliczność, że oferta Odwołującego odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie podlega odrzuceniu i powinna otrzymać 10 punktów w kryterium „Jakość - nagranie wideo”.

Odwołujący wyjaśnił, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem złożył ofertę w postępowaniu i w przypadku jej nieodrzućenia oferta Odwołującego dla Zadań 2, 3 i 4 byłaby najkorzystniejsza. Odwołujący mógłby zostać wybrany i pozyskać zamówienie publiczne, bowiem oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odrzucenie oferty Odwołującego naraża Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się w sposób niezasadny na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem oferta Odwołującego odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Nie wypełnia ona też żadnego warunku z art. 89 ust. 1 Pzp, który stanowi zamknięty katalog podstaw do odrzucenia oferty.

Odwołujący wskazał, że punkt 19.1.2.2 podpunkt c tomu I SIWZ (IDW) zawiera zamknięty katalog przesłanek do odrzucenia oferty na podstawie oceny spełnienia kryterium „Jakość nagranie wideo”:

„c) próbki nagrań wideo nie spełniają wymagań opisanych w SIWZ oraz w punkcie 19.1.2.1. - oferta otrzyma 0 pkt (brakuje co najmniej jednego elementu z niżej wymienionych):

- 1) Wykonawca nie dostarczył próbek nagrań wideo o długości minimum 10 minut każda prezentujących ruch pojazdów w przekroju jezdni, w różnych warunkach oświetleniowych, przede wszystkim w nocy (ze sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment włączania/wyłączania oświetlenia ulicznego);
- 2) Nie można odtworzyć chociaż jednej z dostarczonych próbek nagrań wideo;
- 3) Wykonawca nie dostarczył do wykorzystania przez Zamawiającego w pomiarze GPR2020 licencji (w przypadku, gdy jest konieczna) na dedykowane oprogramowanie lub „kodeki”, jeśli jest to niezbędne do celów odtwarzania przekazanych w ofercie próbek nagrań wideo;
- 4) Zarejestrowany obraz, na chociaż jednej z dostarczonych próbek nagrań wideo, nie umożliwia jednoznacznego zakwalifikowania pojazdu do określonej kategorii wymienionej w tabeli 1 „Instrukcji GPR 2020”.

UWAGA: Nieprzedłożenie próbek nagrań wideo wraz z ofertą, a także uzyskanie 0 pkt w tym kryterium oceny ofert, skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.”

W kryterium „Jakość - nagranie wideo” oferta Odwołującego powinna otrzymać 10

punktów, gdyż spełnia wszystkie wymagania opisane w punkcie 19.1.2.2 podpunkt b tomu I SIWZ i nie ma podstaw do jej odrzucenia z przyczyn wskazanych w pkt. 19.1.2.2. podpunkt c tomu I SIWZ.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający bezpodstawnie i arbitralnie przyporządkował poszczególne pliki wideo złożone przez Odwołującego do poszczególnych próbek, chcąc dowieść, że oferta Odwołującego nie spełnia warunku odnośnie minimalnej długości próbki. Nie definiując ani nie precyzując pojęcia „próbka”, Zamawiający pozostawił dowolność jego interpretacji. Uprawnione było rozumienie tego pojęcia zarówno w ten sposób, że jeden plik stanowił jedną próbkę, jak i w ten sposób, że kilka plików stanowiło jedną próbkę. W razie jakichkolwiek wątpliwości Zamawiający miał pełne prawo i możliwość, a nawet obowiązek na każdym etapie postępowania, a zwłaszcza na etapie oceny ofert, w kontekście przesłanek odrzucenia, zażądać od wykonawcy wyjaśnień. Zamawiający dwukrotnie dokonywał oceny ofert w oparciu o te same kryteria zawarte w SIWZ. Pierwsza ocena ofert zwieńczona wyborem jako najkorzystniejszej oferty firmy Ewimap nie doprowadziła do odrzucenia oferty Odwołującego, zatem należy uznać, że wówczas złożone przez Odwołującego próbki zostały ocenione jako prawidłowe.

W toku postępowania odwoławczego przed KIO między tymi samymi stronami w sprawie KIO 2168/19 Zamawiający nie kwestionował prawidłowości oferty Obwołującego chociaż Odwołujący wskazywał wprost, że swój interes prawny wywodzi ze złożenia prawidłowej oferty. Wyrok wydany w sprawie KIO 2168/19 między stronami nie dotyczył interpretacji pojęcia próbka od strony formalnej, a jedynie merytorycznej treści/zawartości próbki/próbek. Od dnia pierwszej oceny ofert zwieńczonej wyborem oferty najkorzystniejszej w dniu 18.10.2019 r. do dnia wniesienia tego odwołania nie doszło do jakichkolwiek modyfikacji SIWZ uprawniających Zamawiającego do zamiany interpretacji pojęcia próbki.

Odwołujący, po pierwszym wyborze i nieodrzczeniu jego oferty, stwierdził, że nie budzi ona wątpliwości Zamawiającego co do spełnienia wymagań SIWZ, tak w zakresie długości i ilości próbek, jak i ich treści. Ze zdziwieniem przyjął odrzucenie jego oferty w dniu 02.12.2019 r., oparte na argumentacji jakoby próbki złożone do oferty nie spełniały wymagań długości. W razie jakichkolwiek wątpliwości Zamawiający, przed zastosowaniem tak daleko idącej sankcji jak odrzucenie oferty z powodu niespełnienia wymogu minimalnej długości próbki, w sytuacji gdy do oferty złożone zostały pliki skatalogowane w folderach o łącznej długości ok. 100 minut, powinien wystąpić do Odwołującego z pytaniem o wskazanie, które pliki składają się na poszczególne próbki. Skoro jednak Zamawiający tego nie uczynił, to Odwołujący w dniu 04.12.2019 r. przekazał Zamawiającemu informację, że oferta Odwołującego zawiera cztery próbki filmów, zdefiniowane według kryterium jedności miejsca (ten sam przekrój) i czasu (ten sam dzień). Odwołujący wskazał pogrupowane nazwy plików, podkreślając, że każda z powyższych próbek spełnia kryterium długości minimum 10 minut,

a łącznie zawierają ok. 100 minut nagrań. Do dnia wniesienia niniejszego odwołania Zamawiający nie odniósł się do tej informacji i nie zmienił swojej decyzji.

Odwołujący przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 listopada 2019 r. (sygn. akt: KIO 2206/19), dotyczący przetargu na GPR 2020, prowadzonego przez Oddział GDDKiA w Kielcach, w którym omawiane punkty SIWZ łącznie z ich numeracją były identyczne jak w niniejszym postępowaniu.

Dla pełnego zobrazowania identyczności zapisów SIWZ Zamówienia i SIWZ z Oddziału GDDKiA w Kielcach („Wykonanie w ramach Generalnego Pomiaru Ruchu 2020 (GPR2020) bezpośrednich pomiarów ruchu, na odcinkach dróg krajowych na terenie GDDKiA/Kielce w wyznaczonych punktach w podziale na 5 części”, nr postępowania: O.Ki.D-3.2413.7.2019.az) zostały one przedstawione w tabeli. Wobec powyższego uprawnione jest odnoszenie wprost interpretacji pojęcia próbki zawartej w wyroku KIO 2206/19 do niniejszej sprawy.

Zamawiający, pismem z dnia 19 grudnia 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że charakterystyka próbek nagrań wideo została określona w pkt 19.1.2 t. I SIWZ. Jakkolwiek w SIWZ nie zdefiniowano słowa „próbka”, to na podstawie treści pkt 19.1.2 t. I SIWZ istnieje możliwość ustalenia jej charakterystyki, która przedstawia się następująco - jest to nagranie wideo:

- 1) o długości 10-15 minut, przy czym jego minimalna długość to 10 minut,
- 2) zarejestrowane przy drodze i prezentujące ruch pojazdów w przekroju jezdni (przekrój jednojezdniowy albo dwujezdniowy),
- 3) zarejestrowane w różnych warunkach oświetleniowych, przede wszystkim w nocy (ze sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment włączenia/wyłączenia oświetlenia),
- 4) zarejestrowane podczas złych warunków pogodowych (intensywny opad deszczu lub śniegu lub mgła) — jeśli oferent takle posiada,

Stałym wymaganiem pod adresem nagrania jest wymienione w pkt 1. Zmiennymi wymaganiami są natomiast te wskazane w pkt 2, 3, 4, przy czym w odniesieniu do wymagania z pkt 4 należy zauważyć, że jest ono fakultatywne, o czym świadczy użyte określenie: „jeżeli Oferent posiada takie nagrania”.

Z zestawienia tych wymagań wynika, że czynnikiem różnicującym próbki powinno być wymaganie nr 2 i 3 oraz dobrowolnie nr 4. Oznacza to, że o odrębności poszczególnych plików, jako próbek nagrań świadczą przede wszystkim: przekrój jezdni oraz odmienne warunki oświetleniowe, w jakich dane nagranie zostało zarejestrowane, a także — jeśli oferent zdecydował się na ich załączenie — złe warunki pogodowe.

W związku z tym 25 plików przedstawionych przez Odwołującego zostało pogrupowanych przez Zamawiającego według przedstawienia wymagań zmiennych, w efekcie czego

stwierdzono, że Odwołujący przedstawił 10 próbek nagrań. Na potwierdzenie czasu powyższych nagrań dołączono wydruki ostatniej klatki z każdego z 25 plików przedstawionych przez Odwołującego. Powyższy sposób pogrupowania plików odpowiada także nazwom, jakie Odwołujący nadał plikom, co świadczy o takim samym podejściu do kwestii rozumienia pojęcia „próbki” przez Odwołującego.

Na marginesie Zamawiający zaznaczył, że gdyby nie przyjął takiej definicji słowa „próbka”, jak zaprezentowana powyżej, to zmuszony byłby do odrzucenia oferty Odwołującego na pierwszym etapie postępowania. Odwołujący bowiem, składając ofertę, nazwał każdy z 25 folderów, w którym umieścił po jednym pliku, określeniem: „próbki_nagrań”, po którym następowała liczba porządkowa od 1 do 25, przy czym czas nagrania każdego z pojedynczych plików był krótszy niż 10 minut. Zamawiający wyjaśnił, że nie utożsamia definicji próbki z pojedynczym plikiem, w taki sposób słowo „próbka” rozumieli również inni wykonawcy. Pierwotnie Zamawiający nie zamierzał rygorystycznie odczytywać postanowień SIWZ, jednak na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 14 listopada 2019 r., KIO 2168/19, w którym Izba oparła się na dosłownym brzmieniu treści SIWZ, Zamawiający uznał za konieczne przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie, stosując wykładnię dosłowną postanowień SIWZ, tak jak miało to miejsce w przypadku oferty, której dotyczył ww. wyrok. Skoro w wymaganiach stawianych wykonawcom była mowa o tym, że nagranie nie może być krótsze niż 10 minut, to oznacza, że 10 minut upływa razem z upływem sześćdziesiątej sekundy dziesiątej minuty, a nie z początkiem pierwszej sekundy dziesiątej minuty, zatem należało odrzucić oferty wykonawców zawierające nagrania krótsze niż 10 minut. Ponieważ nagrania krótsze niż 10 minut przedstawił także Odwołujący, wobec tego złożona przez niego oferta również podlegała odrzuceniu.

Z punktu widzenia Zamawiającego, zważywszy na sposób ukształtowania wymogu czasu trwania poszczególnych próbek, bez znaczenia jest łączna długość wszystkich nagrań, która nie jest powiązana z czasem trwania poszczególnych próbek. Wymóg co do czasu trwania każdej z próbek miał na celu sprawdzenie, czy wykonawca jest w stanie wykonać właściwie zamówienie w różnych warunkach. Skrajne podejście do kwestii braku znaczenia długości poszczególnych próbek mogłoby oznaczać, że próbka nagrania w nocy miałaby długość np. 2 minut, podczas gdy nagranie w ciągu dnia 25 minut. Takie podejście nie jest przez Zamawiającego akceptowane.

Ponadto, oferta Odwołującego złożona w postępowaniu prowadzonym przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Łodzi, którego przedmiotem było analogiczne zamówienie, została odrzucona również z uwagi na niespełnienie wymogu długości próbek (pismo Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Łodzi z 3 października 2019 r.).

Okoliczność, że Odwołujący w piśmie z 4 grudnia 2019 r, pogrupował 25 plików, które przedstawił w ramach swojej oferty, w 4 próbki, co następnie powtórzył w treści odwołania, nie ma znaczenia dla powyższych ustaleń, gdyż działanie Odwołującego było działaniem następczym w stosunku do odrzucenia oferty. Twierdzenia Odwołującego zostały sformułowane wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania, o czym świadczy pismo Odwołującego z 4 grudnia 2019 r. Zamawiający podkreślił, że nie pozostawił dowolności w określeniu próbki, którą jego zdaniem chce wprowadzić Odwołujący po złożeniu oferty, w której nie przyporządkował poszczególnych plików w odmienny sposób niż wynikający z ich opisów do poszczególnych nagrań.

Dodatkowo Zamawiający podniósł, że próbka 24 przedstawiona przez Odwołującego nie spełnia wymagań jednoznacznego zakwalifikowania widocznego w następującej chwili: 21:05:37 pojazdu do określonej kategorii, a kierując się wytycznymi Krajowej Izby Odwoławczej zawartymi w uzasadnieniu wyroku z 14 listopada 2019 r., KIO 2168/19 (str. 12) taki przypadek należy uznać za podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego, mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w punkcie 14.5 tomu I SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców) zawarł postanowienie, że ofertę stanowi m.in. (podpunkt 3) „próbka nagrań wideo, o której mowa w Kryterium oceny ofert „Jakość - nagranie wideo””. W opisie tego kryterium w punkcie 19.1.2.1 tomu I SIWZ (IDW) Zamawiający stwierdził, że „załączone próbki nagrań muszą (...) zawierać elementy pozwalające na dokonanie ich oceny zgodnie z powyższymi wymaganiami: Próbkę nagrań wideo powinny mieć długość 10-15 minut każda i być zarejestrowane przy drodze i prezentować ruch pojazdów w przekroju jezdni, w różnych warunkach oświetleniowych, przede wszystkim w nocy (ze sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment włączenia/wyłączenia oświetlenia) (...), i spełniać wymagania dotyczące jakości obrazu i technologii wykonania pomiaru określone „Instrukcji GPR 2020”. Wystarczające jest przedstawienie próbek nagrań zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego. Wyjątek stanowi sytuacja (...), gdy Wykonawca pomiarów chce prowadzić pomiar na drogach dwujezdniowych z wykorzystaniem jednej kamery, wówczas próbki nagrań powinny być zarejestrowane również dla przekroju dwujezdniowego”.

W pkt IV.3.e tomu III SIWZ (OPZ) „Zamawiający wymaga by Wykonawca pomiarów dostarczył wraz z ofertą próbki nagrań spełniające wymagania określone w punkcie 12 „instrukcji GPR 2020”, które będą podlegać ocenie przez Zamawiającego. Próbki nagrań muszą umożliwiać zarejestrowanie wszystkich pojazdów przejeżdżających przez przekrój pomiarowy (...) oraz pozwalać na ich jednoznaczne zakwalifikowanie do jednej z wymaganych kategorii pojazdów, niezależnie od warunków oświetleniowych.”

Wymagania „Instrukcji GPR 2020” określają m.in., że:

- (podpunkt 12.2) „Wykonawca pomiarów zobowiązany jest do złożenia w ofercie próbek nagrań wideo o długości 10-15 minut każda, (...) prezentujących ruch pojazdów w przekroju jezdni, w różnych warunkach oświetleniowych, przede wszystkim w nocy (ze sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment włączenia/wyłączenia oświetlenia) (...), spełniających wymagania jakości obrazu i technologii wykonania pomiaru określone w niniejszej „instrukcji GPR 2020”. Wystarczające jest przedstawienie próbek nagrań zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego. Wyjątek stanowi sytuacja (...), gdy Wykonawca pomiarów chce przeprowadzić pomiar na drogach dwujezdniowych z wykorzystaniem jednej kamery, wówczas próbki nagrań powinny być zarejestrowane również dla przekroju dwujezdniowego”,

- (podpunkt 12.4) „Wykonawca pomiarów wideo musi zapewnić poprawną rejestrację obrazu wideo, gwarantującą możliwość jednoznacznego zakwalifikowania pojazdu do określonej kategorii, w każdych warunkach pogodowych (deszcz, śnieg, zakres temperatur otoczenia od -30°C do +50°C, itp.) i oświetleniowych (w tym również w nocy przy braku oświetlenia ulicznego)”,

W pkt 19.1.2.2 podpunkt c tom I SIWZ (IDW) Zamawiający określił, że oferta otrzyma 0 punktów w zakresie kryterium „Jakość - nagranie wideo (J)”, jeżeli: „próbki nagrań wideo nie spełniają wymagań opisanych w s.i.w.z. oraz w punkcie 19.1.2.1 (...) (brakuje, co najmniej jednego elementu z niżej wymienionych):

1) Wykonawca nie dostarczył próbek nagrań wideo o długości minimum 10 minut każda prezentujących ruch pojazdów w przekroju jezdni, w różnych warunkach oświetleniowych, przede wszystkim w nocy (ze sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment włączenia/wyłączenia oświetlenia ulicznego);

(...)

4) Zarejestrowany obraz na chociaż jednej z dostarczonych próbek nagrań wideo, nie umożliwia jednoznacznego zakwalifikowania pojazdu do określonej kategorii...”; co zgodnie z treścią przywołanego punktu skutkuje otrzymaniem przez ofertę 0 punktów w kryterium „Jakość - nagranie wideo (J)” i tym samym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Postanowienia zawarte w pkt IV ppkt 3 lit. e, t. III SIWZ wskazują, że celem badania próbek złożonych przez wykonawców było ustalenie przez Zamawiającego, czy sposób realizacji zamówienia pozwala na precyzyjne przeprowadzenie badania natężenia ruchu w podziale na określone kategorie pojazdów samochodowych. Złożone przez wykonawców próbki miały wykazać, że w różnych warunkach pogodowych, w zależności od pory dnia (dzień, noc), również w fazie przejściowej, wykonawca posiada stosowny potencjał sprzętowy, umożliwiający jednoznacznie ustalić (zmierzyć) poziom ruchu, z podziałem na kategorie pojazdów.

W pkt 19.1.2.1. t. I SIWZ Zamawiający wskazał, że „Wystarczające jest przedstawienie próbek nagrań zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego. Wyjątek stanowi sytuacja opisana w punkcie 4.5 k), gdy Wykonawca pomiarów chce prowadzić pomiar na drogach dwujezdniowych z wykorzystaniem jednej kamery, wówczas próbki nagrań powinny być zarejestrowane również dla przekroju dwujezdniowego”. Powyższe oznacza, że obowiązkowe było złożenie przez wykonawców próbek nagrań zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego, a w przypadku, gdy wykonawca pomiarów, chce prowadzić pomiar na drogach dwujezdniowych z wykorzystaniem jednej kamery, wówczas próbki powinny być zarejestrowane również dla przekroju dwujezdniowego. Zamawiający w przypisie na dole załącznika nr 5 wskazał, iż w przypadku pkt 5, możliwość wyboru obu lub jednej z opcji jest zależne od decyzji oferenta.

Odwołujący złożył wraz z ofertą 25 plików nagrań, które zgodnie z wyjaśnieniem przesłanym Zamawiającemu w piśmie z dnia 4 grudnia 2019 r. stanowią 4 próbki nagrań.

Zamawiający natomiast pogrupował 25 plików nagrań złożonych przez Odwołującego w 10 próbek, z których 8, według oceny Zamawiającego, nie spełnia wymogu długości nagrania min. 10 minut. Zamawiający stwierdził wobec tego, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 19.1.2.1. Tomu I SIWZ, w którym Zamawiający wymagał: „Próbki nagrań wideo powinny mieć długość 10-15 minut każda”. W związku z powyższym, zgodnie z punktem 19.1.2.2. IDW, za złożenie próbek nagrań wideo nie spełniających wymagań opisanych w SIWZ oraz w punkcie 19.1.2.1. IDW - ofercie zostało przyznane 0 pkt w kryterium „Jakość — nagranie wideo”, co zgodnie z pkt 19.1.2.2. SIWZ (Tom I IDW) skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dopiero na etapie odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił metodologię, którą przyjął na podstawie treści pkt 19.1.2 t. I SIWZ, który wskazuje na charakterystykę próbki, jako nagranie wideo:

- 1) o długości 10-15 minut, przy czym jego minimalna długość to 10 minut,
- 2) zarejestrowane przy drodze i prezentujące ruch pojazdów w przekroju jezdni (przekrój jednojezdniowy albo dwujezdniowy),

3) zarejestrowane w różnych warunkach oświetleniowych, przede wszystkim w nocy (ze sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment włączenia/wyłączenia oświetlenia),

4) zarejestrowane podczas złych warunków pogodowych (intensywny opad deszczu lub śniegu lub mgła) — jeśli oferent takle posiada,

Zamawiający przyjął, że stałym wymaganiem pod adresem nagrania jest wymienione w pkt 1), natomiast zmienne wymagania są wskazane w pkt 2), 3) i 4), przy czym wymaganie z pkt 4) jest fakultatywne. Z powyższego zestawienia tych wymagań wynika, że czynnikiem różnicującym próbki powinno być wymaganie nr 2 i 3 oraz dobrowolnie nr 4, co oznacza, że o odrębności poszczególnych plików, jako próbki nagrań, świadczą przede wszystkim: przekrój jezdni oraz odmienne warunki oświetleniowe, w jakich dane nagranie zostało zarejestrowane, a także — jeśli oferent zdecydował się na ich załączenie — złe warunki pogodowe.

W powyższym stanie faktycznym Izba w całości nie podzieliła stanowiska Zamawiającego. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, oferta złożona przez Odwołującego nie wypełnia dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a tym samym nie podlega odrzuceniu.

Izba zważyła, że wobec braku podania przez Zamawiającego w SIWZ definicji próbki nagrania lub wyjaśnienia w treści SIWZ metodologii, w jaki sposób należało rozumieć próbkę nagrania, należy uznać, że Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność co do zakresu nagrania objętego daną próbką. W świetle postanowień SIWZ przywołanych powyżej, uprawnione było rozumienie pojęcia próbki zarówno jako pojedynczego nagrania, tj. w postaci pojedynczego pliku, jak również w postaci kilku plików składających się na jedno nagranie, z zachowaniem ciągłości czasowej, a także w postaci kilku plików składających się na jedno nagranie, bez zachowania ciągłości czasowej. Istotne było to, aby niezależnie od formy technicznej złożonych przez wykonawcę próbek, spełniały one wymogi SIWZ co do zakresu zjawisk i warunków drogowych objętych nagraniem. Wykonawca mógł sam zdecydować, w jakiej formie i w jaki sposób sformułuje próbki nagrań, przedstawiające wymagane przez Zamawiającego zjawiska i warunki.

Zamawiający nie jest uprawniony do tego, aby na etapie oceny ofert określać sposób/metodologię oceny ofert (w tym przypadku – próbek nagrań), jeśli wytyczne takie nie zostały jednoznacznie sformułowane w treści SIWZ. Przyjęcie tezy przeciwnej skutkowałoby bowiem wprost naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W orzecznictwie Izby od lat utrwalony jest pogląd, że wszelkie wątpliwości dotyczące sposobu oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynikające z braku precyzji treści SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy, który nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędów Zamawiającego w sformułowaniu SIWZ.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, że niepogrupowanie przez wykonawcę przesłanych Zamawiającemu nagrań w próbki obciąża wykonawcę, i w takim przypadku Zamawiający jest uprawniony samodzielnie dokonać takiego pogrupowania. W ocenie Izby, Zamawiający w przypadku wątpliwości dysponuje odpowiednim narzędziem - procedurą wyjaśnień, zatem powinien był uzyskać niezbędne informacje w powyższym zakresie od wykonawcy. Wobec przedłożonego przez Odwołującego Zamawiającemu wyjaśnienia z dnia 4 grudnia 2019 r. dotyczącego pogrupowania nagrań w ramach 4 próbek, Izba nie nakazywała Zamawiającemu wezwania Odwołującego do wyjaśnień w powyższym zakresie, uznając, że kwestia ta została już wyjaśniona przez ww. wykonawcę.

Zarzut podniesiony przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wobec oferty Odwołującego, że próbka 24 przedstawiona przez Odwołującego nie spełnia wymagań jednoznacznego zakwalifikowania widocznego w chwili: 21:05:37 pojazdu do określonej kategorii, nie podlegał rozpoznaniu w niniejszym postępowaniu odwoławczym, zważywszy, że przedstawione dopiero w odpowiedzi na odwołanie wskazane j.w. okoliczności nie zostały zawarte w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, wobec której zostało wniesione niniejsze odwołanie, zatem okoliczności te nie były objęte daną czynnością Zamawiającego.

Reasumując powyższe, Izba stwierdziła, że niezasadna jest dokonana przez Zamawiającego ocena, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, ze względu na załączenie do oferty próbek nagrań krótszych niż co najmniej dziesięciominutowe. W konsekwencji braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na tej podstawie, za nieuzasadnione należało uznać również unieważnienie postępowania w częściach 2, 3 i 4 zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Stwierdzone w postępowaniu odwoławczym naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, miało wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp, a tym samym stanowiło przesłankę do uwzględnienia odwołania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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:

.....