

Sygn. akt: KIO 1623/22

WYROK
z dnia 18 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2022 roku przez wykonawcę **Eldro Serwis sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Żukowo** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - Eldro Serwis sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Żukowo i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego - Eldro Serwis sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Żukowo tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający” oraz „ZDW”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie w sprawności i bieżąca konserwacja oraz naprawy sygnalizacji świetlnych w latach 2022-2023 w ciągu drogi krajowej nr 6 na odcinku Gdynia – Boże Pole Wielkie po zmianie kategorii drogi na drogę wojewódzką” (Znak postępowania: 10/DZP/2022/PN/WUDiM, dalej: *Postępowanie*”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 16 maja 2022 roku pod numerem: 2022/S 094-259905.

Pismem z dnia 9 czerwca 2022 roku Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

18 czerwca 2022 roku wykonawca Eldro Serwis sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Żukowo (dalej: „Odwołujący” oraz „Eldro Serwis sp. z o.o.”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i unieważnienie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności w sytuacji, gdy mając na uwadze zawarty w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia (Część II Opisu przedmiotu zamówienia – tabela pt. Wykaz punktów sygnalizacji świetlnych wraz z charakterystyką obiektów, strona 7 OPZ) wykaz producentów sterowników na danych sygnalizacjach wykonawca mógł uzyskać informacje o sposobie komunikacji sterowników w celu wykonania strony internetowej i protokołów komunikacji;
- 2) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i unieważnienie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy nie zachodzą przesłanki do unieważnienia zamówienia, ponieważ zapisy zawarte w Opisie przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) pozwalają na wykonanie strony internetowej i jej podłączenie do sterowników bez konieczności oczekiwania na

przejęcie przez Zamawiającego drogi w zarząd, a nadto w sytuacji, gdy w zakresie wskazanym przez ZDW sposób opisu przedmiotu zamówienia jest jednoznaczny i wyczerpujący, w tym pozwala wykonawcy na prawidłowe skalkulowanie prac związanych ze stworzeniem strony internetowej oraz podłączeniem tej strony ze sterownikami poszczególnych sygnalizacji, w tym w oparciu o dane, które wykonawca powinien pozyskać od producentów sterowników zamontowanych na poszczególnych sygnalizacjach, których wykaz jest zawarty w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia (Część II Opisu przedmiotu zamówienia – tabela pt. Wykaz punktów sygnalizacji świetlnych wraz z charakterystyką obiektów, strona 7 OPZ);

- 3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie Odwołującego, co skutkowało unieważnieniem zamówienia.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to:

- 1) unieważnienie zaskarżonej czynności Zamawiającego oraz nakazanie ZDW dokonanie czynności badania i oceny ofert;
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenie radcy prawnego według norm przepisanych wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17,00 zł.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 i 2 odwołania wykonawca Eldro Serwis sp. z o.o. wskazał, co następuje.

Odwołujący zaznaczył, że na etapie poprzedzającym składanie ofert zawarty w dokumentacji przetargowej sposób opisu przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie wskazanym powyżej odnośnie do wykonania strony internetowej i prowadzenia monitoringu sygnalizacji świetlnych, nie budził wątpliwości wykonawców. Wątpliwości takie nie były również sygnalizowane/zgłaszane w pytaniach składanych ZDW, w tym nie pojawiły się jakiegokolwiek zastrzeżenia co do tego, że taki sposób opisu przedmiotu zamówienia może godzić w zasadę uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców z racji tego, że może on faworyzować wykonawcę, który zajmuje się utrzymaniem i konserwacją sygnalizacji na tej drodze na zlecenie jeszcze obecnego jej zarządcy (Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad). Zdaniem Eldro Serwis sp. z o.o. oznacza to, że wykonanie strony internetowej a następnie podłączenie sterowników z sygnalizacji z serwerem strony internetowej za pośrednictwem protokołów nie sprawiało wykonawcom składającym pytania w tym zamówieniu jakiegokolwiek problemów czy też wątpliwości.

Wykonawca Eldro Serwis sp. z o.o. zaznaczył również, że Zamawiający udzielił wykonawcom dodatkowego czasookresu niezbędnego na rozruch strony internetowej w odpowiedzi na pytanie nr 12 z dnia 25 maja 2022 roku. ZDM zgodził się na wprowadzenie czasu rozruchowego w ilości 7 dni roboczych na wprowadzenie pełnej funkcjonalności strony inter-

netowej, przy założeniu, że rejestr zdarzeń będzie prowadzony od dnia podpisania umowy. Tym samym Zamawiający dał wykonawcom czas i możliwość na zapoznanie się ze sterownikami poszczególnych sygnalizacji, w tym protokołami, i podłączenie tych sterowników ze stroną internetową.

Nadto Odwołujący podniósł, że wykaz sygnalizacji świetlnych wraz ze wskazaniem producentów sterowników na poszczególnych sygnalizacjach został zawarty w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia (Część II OPZ – tabela pt. Wykaz punktów sygnalizacji świetlnych wraz z charakterystyką obiektów, strona 7 OPZ). Eldro Serwis sp. z o.o. podkreśliła, że powyższy wykaz pozwalał wykonawcy na zwrócenie się do producentów tych urządzeń celem przekazania informacji o sterownikach zamontowanych na danych sygnalizacjach, co z kolei pozwoliłoby na przygotowanie założeń do protokołów komunikacji, które wykonawca następnie mógłby wdrożyć w okresie rozruchowym strony internetowej.

Odwołujący zaznaczył, że mając na uwadze treść OPZ zwrócił się do producentów sterowników z wnioskiem/propozycją o przygotowanie oferty współpracy przy tym zamówieniu i przesłanie danych sterowników. Po otrzymaniu informacji o sterownikach oraz dysponując opisem zawartym w OPZ (opis strony internetowej, opis sterowników), Odwołujący przygotował możliwe założenia do sposobu skomunikowania strony i sterowników, co z kolei pozwoliło mu na przygotowanie odpowiedniej oferty w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 odwołania Eldro Serwis sp. z o.o. wskazała, że kwestie podniesione przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania godzą w prawa i obowiązki Odwołującego, ponieważ z racji wykonywanych obecnie obowiązków na tej drodze na rzecz obecnego zarządcy drogi, wykonawca Eldro Serwis sp. z o.o. może być zawsze postrzegany jako ten, który jest w uprzywilejowanej pozycji, co jednak – w ocenie Odwołującego - nie jest twierdzeniem prawdziwym. Eldro Serwis sp. z o.o. podkreśliła, że jak wskazano powyżej rodzaj sterowników czy też producenci sterowników na danej sygnalizacji są znani dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych złożeniem oferty w tym postępowaniu. Zdaniem Odwołującego wykonawcy mieli zatem możliwość zwrócenia się do producentów sterowników celem uzyskania informacji o protokołach, sprawdzenia zasad (metod) podłączenia tych sterowników do strony internetowej, jak również mieli możliwość montażu własnych sterowników. W tym celu wykonawcy otrzymali także od Zamawiającego dodatkowe 7 dni na wdrożenie (uruchomienie) strony internetowej.

6 lipca 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

ZDW podniósł, że w trakcie badania i oceny złożonej oferty w Postępowaniu tj. oferty wykonawcy Eldro Serwis sp. z o.o. komisja przetargowa powzięła wątpliwości co do przyczyny braku ofert innych wykonawców, pomimo iż o wyjaśnienie Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) wnioskowało trzech wykonawców zainteresowanych uzyskaniem

zamówienia. Po ponownym przeanalizowaniu dokumentacji zamówienia, w szczególności treści OPZ oraz złożonych wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, Zamawiający doszedł do przekonania, że sporządzony przez niego OPZ dotknięty jest wadami polegającymi na niejasnym i nieprecyzyjnym opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający stwierdził, że w OPZ winien był w sposób wyraźny wskazać, że dla należytego wykonania przedmiotu umowy w zakresie zapewnienia dostępności, prowadzenia i aktualizowania strony internetowej konieczne będzie odpłatne pozyskanie przez wykonawcę protokołów komunikacyjnych niezbędnych do zapewnienia pełnej funkcjonalności strony internetowej. Zdaniem ZDW powyższe ma istotne znaczenie, bowiem wykonawcy w ten sposób zostali pozbawieni możliwości należytego przygotowania i skalkulowania ofert.

Zamawiający podkreślił, że fakt złożenia w Postępowaniu tylko jednej oferty tj. oferty Odwołującego, następcza analiza złożonego przez wykonawcę (motohetman@gmail.com) wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, na które ZDW odpowiedzi nie udzielił oraz brak ofert innych wykonawców, doprowadziły Zamawiającego do przekonania, że poza Eldro Serwis sp. z o.o., pozostali wykonawcy nie mieli wiedzy na temat konieczności samodzielnego pozyskania protokołów komunikacyjnych, a OPZ w sposób nieprecyzyjny określał przedmiot zamówienia w zakresie przygotowania i wdrożenia strony internetowej umożliwiającej monitorowanie sygnalizacji świetlnej. Zamawiający podkreślił, że sam fakt umieszczenia w OPZ wykazu punktów sygnalizacji świetlnych wraz z charakterystyką obiektów, nie może być utożsamiany z informacją o konieczności samodzielnego uzyskania protokołów. ZDW wskazał, że wykonawcy nie byli w stanie na tej podstawie pozyskać wiedzy na temat zakresu przedmiotu umowy. Zamawiający stwierdził również, że w sposób wadliwy określił czas niezbędny do wykonania przedmiotu umowy w części w jakiej dotyczył on wdrożenia pełnej funkcjonalności strony internetowej. ZDW doszedł do przekonania, że wskazany przez niego termin jest terminem niewystarczającym dla wprowadzenia pełnej funkcjonalności strony internetowej, co wiąże się z koniecznością uzyskania od producentów sterowników protokołów komunikacyjnych umożliwiających jej konfigurację.

Zamawiający wskazał, że biorąc powyższe pod uwagę uznał, iż OPZ jest obarczony wadą polegającą na sporządzeniu go z naruszeniem art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia art. 16 ustawy Pzp. ZDW podkreślił, że sporządzony opis nie powinien pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też możliwości dowolnej jego interpretacji. Opis winien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty. Zamawiający podkreślił, że precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert,

jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. ZDW podniósł również, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny przekłada się na zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Zgodnie z Rozdziałem 4 SWZ *„Przedmiot zamówienia obejmuje usługi polegające na utrzymaniu w sprawności, bieżącej konserwacji, obsłudze eksploatacyjnej, dozorze technicznym oraz usuwaniu drobnych awarii (naprawa i/ lub wymiana elementów) w ramach bieżącego utrzymania i konserwacji urządzeń drogowych do regulacji ruchu - sygnalizacji świetlnych w latach 2022 – 2023”* (pkt 4.1).

W Rozdziale II OPZ (strona 8) Zamawiający zawarł tabelę pn. *„Wykaz punktów sygnalizacji świetlnych wraz z charakterystyką obiektów”*, w której znajdują się kolumny pn. *„Nazwa skrzyżowania”* oraz *„Typ sterownika”*.

Stosownie do brzmienia Rozdziału V OPZ *„TERMIN WYKONANIA STORNY*

INTERNETOWEJ od dnia podpisania umowy (z zastrzeżeniem, że świadczenie usług w roku 2022 na drodze krajowej nr 6 rozpocznie się nie wcześniej niż od dnia, w którym droga ta zgodnie z art. 10 ust. 5 ustawy z dnia 21 marca 1985 roku o drogach publicznych stanie się drogą wojewódzką, co nastąpi z momentem oddania do użytkowania nowego odcinka drogi krajowej) do 31.12.2023 r.

TERMIN ZAPEWNIENIA DOSTĘPNOŚCI, PROWADZENIA I AKTUALIZOWANIA STRONY INTERNETOWEJ od dnia świadczenia usług do 31.12.2023 r.

Wykonawca jest zobowiązany do prowadzenia zdalnego monitoringu sygnalizacji świetlnych w postaci strony internetowej pod tytułem „Monitoring Sygnalizacji Świetlnych – ZDW Gdańsk / RDW Puck” w szczególności niżej wymienionych prac:

- wykonania strony internetowej*
- zapewnienia dostępności, utrzymanie, prowadzenie i aktualizowania strony internetowej do końca trwania umowy”.*

Ponadto jak wskazano w Rozdziale V ust. 3 OPZ:

„Współpraca strony internetowej ze sterownikami sygnalizacji świetlnych. W celu współpracy strony internetowej ze sterownikami sygnalizacji świetlnych. Wykonawca musi zapewnić własnym kosztem i staraniem odpowiednie moduły komunikacji (urządzenia do transmisji danych np.: DSL, CSD, GPRS, EDGE, UMTS, LTE, CDMA, WiFi) i wykonać wszelkie inne niewyszczególnione urządzenia lub prace konieczne do poprawnego funkcjonowania transmisji danych. Moduły komunikacyjne muszą zapewnić należyłą współpracę i pełną funkcjonalność strony internetowej. Wykonawca zapewni również ciągłość działania systemu łączności pomiędzy serwerem strony internetowej, a wszystkimi sterownikami do końca trwania umowy. Wykonawca może wykorzystać istniejące moduły komunikacyjne w części sterowników Zamawiającego i/lub na czas trwania umowy Wykonawca może zainstalować swoje moduły komunikacji i wszelkie inne niewyszczególnione elementy konieczne do poprawnego funkcjonowania transmisji danych. Odpowiedzialność za ewentualnie zdemontowane urządzenia ponosi Wykonawca. Wszystkie zapewnione przez Wykonawcę moduły komunikacji są własnością Wykonawcy i po zakończeniu okresu umowy należy przewidzieć ich demontaż.

Wykonawca ma obowiązek zapewnienia w każdym momencie ciągłości łączności w celu zdalnego dostępu, nie mniejszej niż do 85% sterowników sygnalizacji świetlnych”.

W Postępowaniu o wyjaśnienie treści SWZ wnioskowało trzech wykonawców zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

W dniu 25 maja 2022 roku Zamawiający udzielił wyjaśnień treści SWZ.

Na pytanie nr 1 „Czy zamawiający jest w posiadaniu otwartych protokołów komunikacyjnych umożliwiających przesyłanie danych ze sterowników sygnalizacji świetlnej (zawartych w wykazie punktów sygnalizacji świetlnej OPZ) tj.: MSR2002, PEEK EC-1 oraz

PEEK EC-2 do serwera strony internetowej? Jeśli tak to czy zamawiający udostępni takie protokoły? ZDW udzielił odpowiedzi o następującej treści: „Zamawiający nie posiada protokołów komunikacyjnych”.

Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 12 o treści „Uruchomienie strony internetowej jest procesem kilkietapowym, składającym się co najmniej z: założeniu bazy użytkowników Zamawiającego, ustaleniu słowników elementów oraz konfigurację komunikacji z urządzeniami. Treść Pytania: Czy Zamawiający rozważy wprowadzenie czasu rozruchowego, np. 14 dni, na wprowadzenie pełnej funkcjonalności strony internetowej, przy założeniu, że rejestr zdarzeń będzie prowadzony od dnia podpisania umowy?” ZDW odpowiedział w następujący sposób: „Zamawiający zgadza się na wprowadzenie czasu rozruchowego w ilości 7 dni roboczych na wprowadzenie pełnej funkcjonalności strony internetowej, przy założeniu, że rejestr zdarzeń będzie prowadzony od dnia podpisania umowy”.

Odpowiadając na pytanie nr 17 o treści: „W SIWZ w OPZ w roz. V Strona Internetowa, Wykonawca jest zobowiązany do prowadzenia zdalnego monitoringu sygnalizacji świetlnych. Treść Pytania: Czy Zamawiający potwierdza, że monitoringiem należy objąć wszystkie sygnalizacje wymienione w wykazie?” Zamawiający wskazał, co następuje: „Nie, do objęcia monitoringiem należy przyjąć wszystkie sygnalizacje poza sygnalizacją wyposażoną w sterownik od firmy VIALIS.

Dodatkowo Zamawiający informuje, iż sygnalizacje w lokalizacjach :

- 1. Bolszewo – Balex Metal*
- 2. Gościcino – Drzewiarza*
- 3. Gościcino – p.p. Szkoła*
- 4. Boże Pole Małe – Osiedlowa*
- 5. Reda – Torowa*
- 6. Reda – Warzywnicza*
- 7. Strzebielino – Kościuszki*
- 8. Wejherowo – Jaśminowa*
- 9. Wejherowo – Patoka*

należy rozbudować o moduł zezwalający na objęcie monitoringiem, gdyż nie są one w ten moduł wyposażone”.

27 i 28 maja 2022 roku do Zamawiającego wpłynęły dwa pytania (odpowiednio nr 22 i nr 23). Pytania te zostały zadane przez tego samego wykonawcę, który zadał pytanie nr 1 wskazane powyżej.

Wykonawca (motohetman@gmail.com) w dniu 27 maja 2022 roku sformułował pytanie o następującej treści: „Zamawiający nie posiada otwartych protokołów komunikacyjnych umożliwiających przesyłanie danych ze sterowników sygnalizacji świetlnej do serwera strony

internetowej. Czy zamawiający określi sposób w jaki ma być wykonane przesyłanie danych ze sterownika sygnalizacji świetlnej do serwera strony internetowej? Jeśli zamawiający nie określi sposobu przesyłania danych czy zamawiający przedłuży termin na wykonanie strony internetowej do momentu przekazania przez zamawiającego do wykonawcy protokołów komunikacyjnych umożliwiających przesyłanie danych ze sterownika sygnalizacji świetlnej do serwera ewentualnie czy zamawiający usunie zapisy dotyczące konieczności wykonania strony internetowej na rzecz dostarczenia przez wykonawcę niezależnych i pełnosprawnych systemów monitorujących pracę poszczególnych typów sterowników sygnalizacji świetlnych?”.

ZDW odstąpił od udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 22 i pytanie nr 23 stwierdzając tym samym, że zostały one wniesione po terminie, w którym Zamawiający ma obowiązek udzielić odpowiedzi.

Z informacji z otwarcia ofert podanej przez ZDW wynika, że w Postępowaniu została złożona tylko jedna oferta wykonawcy Eldro Serwis sp. z o.o. za cenę brutto 983 732,20 zł.

9 czerwca 2022 roku Zamawiający działając na podstawie art. 260 ust. 2 ustawy Pzp zawiadomił o unieważnieniu Postępowania zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. ZDW wskazał, że Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu faktycznym unieważnienia Zamawiający powołując się na art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, a także motyw 74 preambuły dyrektywy klasycznej 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych wskazał, że niedopuszczalne jest zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami poprzez nieuzasadnione zapisy zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, preferencyjne dla jednego wykonawcy, a eliminujące drugiego. W treści uzasadnienia decyzji o unieważnieniu Postępowania ZDW podkreślił, że w związku z nieudostępnieniem wszelkich niezbędnych informacji umożliwiających realizację zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego tj. stworzenie strony internetowej w wymaganym przez ZDW terminie, istnieje uzasadniona wątpliwość że zapisy OPZ (Rozdział V „*TERMIN WYKONANIA STRONY INTERNETOWEJ*”) miały wpływ na ograniczenie konkurencyjności w przedmiotowym zamówieniu, i dodatkowo faworyzowały wykonawcę, który obecnie utrzymuje przedmiotową sygnalizację sprawności dla obecnego zarządcy drogi (GDDKiA), a tym samym jest w posiadaniu informacji, które nie zostały udostępnione innym potencjalnym wykonawcom.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Jedną z obligatoryjnych przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia jest wystąpienie w nim niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp *„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) 6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”*.

Stosownie natomiast do treści art. 99 ust. 1 ustawy Pzp *„Przedmiot zamówienia opisyje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”*. Z kolei w myśl art. 99 ust. 4 ustawy Pzp *„Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów”*.

Nadto przepis art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: (...) 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”*.

Mając na uwadze brzmienie wskazanych przepisów oraz okoliczności faktyczne niniejszej sprawy Izba stwierdziła, że Zamawiający miał podstawy do unieważnienia Postępowania zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażany jest dość ugruntowany pogląd, iż niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia może stanowić podstawę unieważnienia postępowania (zob. np. wyrok KIO z dnia 25 września 2017 roku o sygn. akt KIO 1869/17, wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2017 roku o sygn. akt KIO 1507/17 lub wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2021 roku o sygn. akt KIO 1343/21).

Skład orzekający podkreśla, że z przepisu art. 99 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc w taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien zatem pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa Prawo zamówień publicznych podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przenosząc powyższe na kanwę przedmiotowej sprawy zasadnym jest stwierdzenie, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, który mógł utrudnić uczciwą konkurencję w Postępowaniu. Działanie ZDW spowodowało brak możliwości złożenia porównywalnych ofert przez wykonawców zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Izba nie zgodziła się z twierdzeniem Odwołującego, zgodnie z którym mając na uwadze treść OPZ (tabelę zawierającą wykaz sygnalizacji świetlnych i typy sterowników oraz zapisy Rozdziału V ust. 3 OPZ), a także wyjaśnienia treści SWZ (odpowiedź na pytanie nr 1 i pytanie nr 17 z dnia 25 maja 2020 roku) należało przyjąć, że wykonawcy wiedzieli co wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia oraz że muszą zdobyć protokoły komunikacyjne. W tym zakresie skład orzekający podzielił stanowisko Zamawiającego, że w OPZ powinien on być w sposób wyraźny wskazać, iż dla należytego wykonania przedmiotu umowy w zakresie zapewnienia dostępności, prowadzenia i aktualizowania strony internetowej konieczne będzie odpłatne pozyskanie przez wykonawców protokołów komunikacyjnych niezbędnych do zapewnienia pełnej funkcjonalności strony internetowej, co umożliwiłoby potencjalnym wykonawcom należyte przygotowanie i skalkulowanie ofert. Należy zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż na podstawie sporządzonego OPZ wykonawcy nie mieli możliwości prawidłowego ustalenia jakie oczekiwania posiada ZDW w odniesieniu do sposobu wykonania przedmiotu umowy, gdyż nie wynikało to z jego treści. Zamawiający nie określił jakie czynności są w jego ocenie niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy. Izba podkreśla, że celem prowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy, która ma zaspokoić potrzeby zamawiającego. Dlatego też zamawiający powinien przygotować postępowanie w taki sposób, aby wykonawcy wiedzieli jakie potrzeby zamawiającego mają zaspokoić i jakimi sposobami to uczynić.

Należy zauważyć, że sam fakt umieszczenia w OPZ wykazu punktów sygnalizacji świetlnych wraz z charakterystyką obiektów, nie może być utożsamiany z informacją o konieczności samodzielnego uzyskania protokołów. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia również okoliczność złożenia przez wykonawcę (motohetman@gmail.com) pytania nr 1 oraz pytania nr 22 do SWZ. Analiza treści zadanych pytań sugeruje, że wykonawca ten nie posiadał wiedzy, iż w ramach przedmiotu zamówienia będzie zobligowany do samodzielnego i odpłatnego pozyskania protokołów komunikacyjnych od producentów sterowników. W szczególności z treści pytania nr 22 wynika, że wykonawca zakładał, że może uzyskać od ZDW protokoły komunikacyjne umożliwiające przesyłanie danych ze sterownika sygnalizacji świetlnej do serwera. Należy podkreślić, że w odpowiedzi na pytanie nr 1 wykonawca (motohetman@gmail.com) otrzymał wyłącznie ogólnikową odpowiedź, która nie rozwiała jego wątpliwości w zakresie realizacji umowy, o czym świadczy fakt zadania kolejnego pytania nr 22. W konsekwencji powyższego ofertę w Postępowaniu złożył tylko Odwołujący tj. wykonawca,

który – jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym unieważnienia Postępowania - obecnie utrzymuje przedmiotową sygnalizację w sprawności dla aktualnego zarządcy drogi (GDDKiA), a tym samym jest w posiadaniu informacji, które nie zostały udostępnione innym potencjalnym wykonawcom. W toku postępowania odwoławczego Odwołujący przedstawił oferty od producentów sterowników celem potwierdzenia, iż istnieje możliwość uzyskania informacji na temat sterowników sygnalizacji, protokołów oraz podłączenia protokołów ze stroną internetową. Przedmiotowe dowody Izba uznała za niemające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, gdyż – jak słusznie podniósł Zamawiający – nie kwestionował on możliwości pozyskania protokołów komunikacyjnych przez wykonawców, ale sam fakt, że nie było takiej informacji w dokumentacji zamówienia.

W ocenie składu orzekającego w związku z tym, że w Postępowaniu została złożona tylko jedna oferta wykonawcy Eldro Serwis sp. z o.o., który miał wiedzę na temat konieczności samodzielnego i odpłatnego pozyskania protokołów komunikacyjnych oraz że o wyjaśnienie treści SWZ wnioskowało trzech wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, w tym wykonawca, którego pytania ewidentnie sugerowały, iż nie posiada on wiedzy na temat niezbędności pozyskania protokołów komunikacyjnych od producentów sterowników, Zamawiający prawidłowo uznał, że sporządzony przez niego OPZ w sposób nieprecyzyjny określał przedmiot zamówienia w zakresie przygotowania i wdrożenia strony internetowej umożliwiającej monitorowanie sygnalizacji świetlnej.

Zdaniem Izby trafne było stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym wada uzasadniająca unieważnienie Postępowania była istotna i nieusuwalna. Wada ta nie odpowiadała rzeczywistym potrzebom ZDW i stanowiła skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, w tym na liczbę wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wobec tego, że wady OPZ po upływie terminu składania ofert nie mogą podlegać usunięciu, a Zamawiający przed upływem tego terminu nie skorygował postanowień OPZ w zakresie konieczności odpłatnego pozyskania protokołów komunikacyjnych, w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy ZDW zasadnie przyjął, iż należało unieważnić postępowanie i umożliwić wykonawcom równe szanse na uzyskanie zamówienia w ramach kolejnego postępowania. Należy bowiem wskazać, że Zamawiający podkreślił, iż doszedł do przekonania o nieprawidłowości sporządzenia OPZ dopiero po ponownej analizie dokumentacji, której dokonał po terminie składania ofert.

Mając na uwadze powyższe ustalenia stwierdzić należało, że stanowisko Odwołującego nie zasługiwało na uwzględnienie, a Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp dokonując unieważnienia Postępowania. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy wobec niejednoznacznych i niewyczerpujących postanowień OPZ, które budziły wątpliwości potencjalnych wykonawców co do zakresu i sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, Zamawiający słusznie przyjął, że OPZ jest obarczony wadą polegającą na sporzą-

dzeniu go z naruszeniem art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, co mogło utrudnić uczciwą konkurencję w Postępowaniu, czego potwierdzeniem jest fakt złożenia tylko jednej oferty, pomimo że krąg wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia był większy.

Wobec tego, że nie potwierdziły się zarzuty nr 1 i nr 2 odwołania Izba uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut nr 3 odwołania, który ma charakter wynikowy.

Biorąc pod uwagę wskazane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 roku poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: