

WYROK

z dnia 10 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Beata Pakulska-Banach**

Członkowie: **Irmina Pawlik**

Emilia Garbala

Protokolant: **Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2020 roku przez wykonawcę **CYBID Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komendę Główną Policji w Warszawie**, przy udziale wykonawcy **TPI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę **TPI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w oparciu o zarzuty opisane w pkt 1 lit. a) – h) oraz lit. j) odwołania.
2. W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Komendę Główną Policji w Warszawie**, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **CYBID Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego **Komendy Głównej Policji w Warszawie** na rzecz wykonawcy **CYBID Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy),

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Główna Policji w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Dostawa przenośnych urządzeń do laserowego pomiaru punktów w przestrzeni (tachimetrów) – pomiaru odległości i trójwymiarowego odwzorowywania miejsca zdarzenia drogowego z możliwością opcji*, numer referencyjny: 135/Cut/20/TJ/POliŚ, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 sierpnia 2020 roku pod numerem 2020/S 148-362647.

Wykonawca - CYBID Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „odwołującym”) w dniu 16 października 2020 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez TPI Sp. z o.o. oraz zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TPI pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ”) z uwagi na:

a) niespełnienie wymogu, o którym mowa w pkt 4.3 OPZ, tj. w zakresie minimalnych wymagań postawionych oprogramowaniu do symulacji ruchu i zderzeń pojazdów z wykorzystaniem wcześniej przeprowadzonych pomiarów, poprzez zaoferowanie oprogramowania, które nie jest oprogramowaniem do symulacji ruchu i zderzeń pojazdów i które nie umożliwia stworzenia symulacji,

b) niespełnienie wymogów, o których mowa w pkt 4.2. Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ (dalej jako: „OPZ”), oznaczonych jako OSMZ-4 i OSMZ-7, poprzez zaoferowanie oprogramowania do szkicu miejsca zdarzenia

nieposiadającego funkcjonalności obejmującej wspomaganie szkicowania odcinków dróg: prostych, zakrętów, skrzyżowań poprzez wstawianie gotowych elementów z możliwością edycji ich geometrii i z zachowaniem ciągłości połączeń pomiędzy odcinkami oraz funkcjonalności obejmującej wspomaganie automatycznego połączenia szkicowanych odcinków dróg i skrzyżowań z zachowaniem ciągłości odwzorowanego miejsca zdarzenia drogowego,

c) niespełnienie wymogu, o którym mowa w pkt 4.2. OPZ, oznaczonego jako OSMZ-17 poprzez zaoferowanie oprogramowania do szkicu miejsca zdarzenia nieposiadającego funkcjonalności w zakresie nanoszenia pionowych znaków drogowych w postaci wektorowej,

d) niespełnienie wymogu, o którym mowa w pkt 4.2. OPZ, oznaczonego jako OSMZ-19 poprzez zaoferowanie oprogramowania do szkicu miejsca zdarzenia nieposiadającego funkcjonalności w zakresie zawierania skatalogowanej bazy obiektów obejmującej bazę pojazdów widzianych z góry z uwzględnieniem wymiarów zewnętrznych pojazdów oraz typu sylwetek najczęściej poruszających się po polskich drogach: jednośladow, osobowych, ciężarowych, komunikacji zbiorowej, rolniczych,

e) niespełnienie wymogu, o którym mowa w pkt 4.2 OPZ, oznaczonego jako OSMZ-5 poprzez zaoferowanie oprogramowania do szkicu miejsca zdarzenia nieposiadającego funkcjonalności zapewniającej wspomaganie szkicowania odcinków dróg zawierających pobocza i oznakowania poziome,

f) niespełnienie wymogów, o których mowa w pkt 4.2 OPZ, oznaczonych jako OSMZ-18 i OSMZ-3 poprzez zaoferowanie oprogramowania do szkicu miejsca zdarzenia nieposiadającego funkcjonalności wyboru rodzaju nawierzchni, stanu nawierzchni oraz nachylenia odcinka drogi, a tym samym nieposiadającego możliwości ewidencjonowania obiektów i śladów z miejsca zdarzenia w sposób pozwalający na odwzorowanie miejsca zdarzenia,

g) niespełnienie wymogu, o którym mowa w 4.2 OPZ, oznaczonego jako OSMZ-11 poprzez zaoferowanie oprogramowania do szkicu miejsca zdarzenia nieposiadającego funkcjonalności rysowania odcinków dróg wg zadanych parametrów x, y lub promienia,

h) niespełnienie wymogu, o którym mowa w pkt 4.2. OPZ, oznaczonego jako OSMZ-37 poprzez zadeklarowanie przez TPI, że w zakresie oprogramowania do szkicu miejsca zdarzenia będzie on samodzielnie świadczył usługi aktualizacji oprogramowania, znaków drogowych i biblioteki obiektów poprzez ich dostosowanie do obowiązujących przepisów prawa przez okres 6 lat od daty odbioru,

i) niespełnienie wymogu, o którym mowa w pkt 3.2. OPZ poprzez zaoferowanie urządzenia pomiarowego typu tachimetr do pomiaru odległości i trójwymiarowego odwzorowywania miejsca zdarzenia drogowego, które nie umożliwia wykonania pomiarów obiektów i śladów na miejscu zdarzenia w sposób szybki,

j) niespełnienie wymogu, o którym mowa w pkt 4.3. OPZ, oznaczonego jako OSRZ-2:

- i) poprzez zaoferowanie oprogramowania do symulacji ruchu i zderzeń pojazdów nieposiadającego funkcjonalności w zakresie tworzenia planu sytuacyjnego w obrębie posiadania bazy obiektów: pojazdów z uwzględnieniem ich parametrów technicznych, znaków, sylwetek osób, typowych obiektów występujących w miejscach zdarzeń drogowych,
- ii) poprzez zaoferowanie oprogramowania do symulacji ruchu i zderzeń pojazdów nieposiadającego funkcjonalności w zakresie tworzenia planu sytuacyjnego w obrębie definiowania odcinków dróg i skrzyżowań oraz topografii terenu,
- iii) poprzez zaoferowanie oprogramowania do symulacji ruchu i zderzeń pojazdów nieposiadającego funkcjonalności w zakresie tworzenia planu sytuacyjnego w obrębie umożliwienia rozkładu ładunku w lub na pojeździe.

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia TPI podczas, gdy TPI w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło wprowadzające w błąd zamawiającego informacje, tj.:

a) dotyczące spełnienia przez dostawy określonych przez zamawiającego wymagań, m.in. na skutek przedłożenia wraz z ofertą opisu urządzeń rzekomo potwierdzającego wszystkie techniczno-użytkowe wymagania zamawiającego wyszczególnione w specyfikacji technicznej urządzenia zgodnie z Rozdz. VII ust. 2 pkt 2.1. SIWZ,

b) dotyczące spełnienia przez dostawy określonych przez zamawiającego wymagań w zakresie potwierdzenia, że bezpłatna aktualizacja oprogramowania, znaków drogowych i biblioteki obiektów poprzez ich dostosowanie do obowiązujących przepisów prawa przez okres 6 lat od daty odbioru, będzie realizowana przez wykonawcę zgodnie z pkt 4.2 OPZ i wymaganiem oznaczonym jako OSMZ-37, pomimo, że wykonawca nie ma uprawnień do świadczenia usług aktualizacji oprogramowania,

c) dotyczące kryterium oceny ofert pn. „Długość trwania instruktażu” poprzez zaoferowanie przez wykonawcę wykonania instruktażu w terminie 3 miesięcy od dnia podpisania umowy (Rozdz. XIV ust. 1 SIWZ), pomimo, że wykonawca obiektywnie nie jest w stanie wykonać instruktażu zgodnie z Rozdz. V ust. 1 pkt 1.2 i ust. 2 pkt 2.2. SIWZ w zw. z pkt 6.2 OPZ w terminie 3 miesięcy od dnia podpisania umowy.

zatem informacje te miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w tym odrzucenia oferty TPI i wykluczenia TPI z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, wnosił

o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

- I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TPI pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ (zarzut nr 1).

Ad. Zarzut nr 1 a):

Odwołujący wskazał, że w pkt 4.3. OPZ zamawiający przewidział, że element zamówienia ma stanowić oprogramowanie do symulacji ruchu i zderzeń pojazdów z wykorzystaniem wcześniej przeprowadzonych pomiarów. Odwołujący podniósł, iż składając ofertę TPI zaoferowało oprogramowanie Faro Zone 3D Advanced, które nie jest oprogramowaniem do symulacji ruchu i zderzeń pojazdów i które nie umożliwia stworzenia symulacji, a tym samym nie spełnia wymagania, o którym mowa w pkt 4.3. OPZ, ponieważ zaoferowane przez TPI oprogramowanie posiada jedynie funkcjonalność w zakresie tworzenia animacji. Odwołujący powołał się na definicje słów animacja i symulacja, zawarte w słowniku języka polskiego, stwierdzając, że są to pojęcia rozbieżne i określają odmienne zjawiska. Podał, iż animacja to - metoda tworzenia ruchomych obrazów komputerowych, z kolei symulacja - odtwarzanie warunków charakterystycznych dla danego zjawiska lub obiektu przy użyciu modelu.

Następnie odwołujący podkreślił, że w dokumentach promocyjnych i informacyjnych, dotyczących oprogramowania, w wersji próbnej oprogramowania i w instrukcji użytkownika oprogramowania Faro Zone 3D Advanced, producent oprogramowania (Faro Technologies Inc.) podaje informację, że oprogramowanie Faro Zone 3D Advanced jest oprogramowaniem posiadającym funkcjonalność wyłącznie w zakresie tworzenia animacji. Zdaniem odwołującego, analiza tych materiałów jednoznacznie potwierdza, że przedmiotowe oprogramowanie nie posiada funkcjonalności w zakresie symulacji. Wskazał też, że producent opisując funkcjonalności rozróżnia metody animacji i symulacji. W karcie katalogowej oprogramowania przedłożonej wraz z ofertą na stronie 8 wyraźnie wskazuje się, że oprogramowanie Faro Zone 3D Advanced umożliwia tworzenie animacji, a nie symulacji. Także instrukcja użytkownika oprogramowania Faro Zone 3D Advanced nie potwierdza, aby to oprogramowanie posiadało funkcje, które umożliwiałyby tworzenie symulacji w samym programie. Odwołujący zauważył, że w instrukcji użytkownika producent posługuje się obydwojema pojęciami, które są używane niezależnie i pojawiają się wyłącznie w określonych kontekstach związanych z funkcjonalnością programu (pojęcie animacji zostało użyte 321 razy, a pojęcie symulacji tylko 14 razy). Odwołujący wskazał, że pojęcie symulacji w tym dokumencie występuje wyłącznie w treści rozdziału „Animacja”, a dopiero ten rozdział zawiera podrozdział zatytułowany „Importowanie symulacji”, przy

czym symulacja została przywołana jedynie jako jedno z zewnętrznych źródeł danych, które można opcjonalnie wykorzystać w przygotowaniu animacji. Odwołujący podkreślił także, iż z treści informacji zawartych w tym podrozdziale wynika, że w oprogramowaniu można wyłącznie odtworzyć dane pochodzące z symulacji, ale ta symulacja musi zostać wykonana w zewnętrznym oprogramowaniu i w taką funkcjonalność importu symulacji program wyposażono. Jednakże, aby skorzystać z opcji importu symulacji niezbędne jest wykonanie symulacji w zewnętrznym, dodatkowym oprogramowaniu, takim jak: Virtual CRASH, PC CRASH lub HVE, które stanowią grupę specjalistycznych programów wyposażonych w odpowiednie, zaawansowane modele matematyczne i algorytmy obliczeniowe zapewniające uwzględnienie praw fizyki i dynamiki, a co za tym idzie zapewniające przedstawianie, w wyniku przeprowadzonych obliczeń symulacyjnych, wizualizacji prawdopodobnego zachowania pojazdów. Są to narzędzia do tworzenia symulacji. Odwołujący dodał, że sam producent w instrukcji użytkownika opisał, w jaki sposób będzie zachowywać się przygotowana w oprogramowaniu Faro Zone 3D animacja sterowana danymi symulacyjnymi oraz w jaki sposób będzie widoczna różnica w stosunku do animacji wytworzonej w samym oprogramowaniu. Tym samym, producent ma świadomość różnic pomiędzy metodami animacji i symulacji.

Odwołujący podnosił, że bez pozyskania zewnętrznych danych symulacyjnych (do czego niezbędne jest użycie dodatkowego oprogramowania) oferowane oprogramowanie będzie wykonywało wyłącznie animację. Animacja realizowana będzie według danych i parametrów wprowadzanych oraz ustalanych przez użytkownika, który steruje „ręcznie” przebiegiem animacji i może wizualizować dowolny przebieg zdarzenia, zgodny z jego subiektywnym wyobrażeniem. Można przy tym animować przebieg zdarzenia również zupełnie nieprawdopodobny. Odwołujący stwierdził, iż celem rekonstrukcji przebiegu zdarzenia drogowego jest odtworzenie najbardziej prawdopodobnego przebiegu zdarzenia, a zatem kluczowym jest wykorzystanie metod zapewniających eliminację nieprawdopodobnych wersji przebiegu zdarzenia, co oznacza, że niezbędne jest przeprowadzenie symulacji, a nie animacji. Symulacja tworzona w programie komputerowym wykonującym obliczenia symulacyjne wykorzystuje złożone metody obliczeniowe, które z uwzględnieniem danych z planu sytuacyjnego pozwalają obliczać i wizualizować zbliżony do rzeczywistości ruch pojazdów i przebieg zderzeń. Tymczasem, wbudowane do oprogramowania Faro Zone 3D narzędzia analizy, takie jak np. „Analiza śladów tarcia” oraz „Opcje pędu” to jedynie proste kalkulatory umożliwiające przeliczenia pojedynczych parametrów i dodatkowo działające w oderwaniu od danych zaewidencjonowanych w szkicu sytuacyjnym (np. ręcznie wprowadza się długość śladu hamowania).

Następnie odwołujący wskazywał, że w instrukcji użytkownika oprogramowania Faro Zone 3D Advanced nie ma żadnej informacji, aby symulację można było stworzyć bezpośrednio w tym oprogramowaniu. Zdaniem odwołującego, dopiero zapewnienie danych symulacyjnych z zewnętrznego oprogramowania pozwoliłoby wygenerować i spozycjonować ścieżkę animacji, która spełniałaby wymagania zamawiającego (uruchomienie symulacji zdarzenia drogowego). Podkreślił też, że wykonawca TPI w swojej ofercie nie uwzględnił oprogramowania symulacyjnego (zaoferował jedynie oprogramowanie Faro Zone 3D Advanced wraz z akcesoriami).

Ad. Zarzut nr 1 b):

Ponadto, odwołujący podnosił, że oprogramowanie Faro Zone 3D Advanced nie posiada funkcjonalności opisanych w wymagach oznaczonych jako OSMZ-4 i OSMZ-7, gdyż mechanizm na którym opiera się oferowane oprogramowanie nie pozwala na łączenie między odcinkami w taki sposób, aby zapewnić ciągłość połączeń dla wstawianych gotowych elementów, tj. odcinków dróg prostych, zakrętów, skrzyżowań, co oznacza, że praca na oferowanym oprogramowaniu nie będzie umożliwiała łączenia gotowych elementów z zachowaniem ciągłości połączeń pomiędzy odcinkami oraz nie będzie wspomagała automatycznego połączenia z zachowaniem ciągłości odwzorowanego miejsca zdarzenia drogowego zgodnie z wyżej opisanymi minimalnymi funkcjonalnościami. Oprogramowanie to oparte jest na systemie przyciągania linii i obiektów, a nie na systemie automatycznego łączenia się odcinków. Odwołujący wskazał też, że wyciąg z instrukcji użytkownika potwierdza, że system nie opiera się na zasadzie automatycznego łączenia odcinków, a na zasadzie mechanicznego przyciągania linii i obiektów.

Ad. Zarzut nr 1 c):

Zdaniem odwołującego, oprogramowanie Faro Zone 3D Advanced nie posiada także funkcjonalności opisanej w pkt 4.2. OPZ, oznaczonego jako OSMZ-17.

Odwołujący podał, że oprogramowanie oferowane przez TPI umożliwia nanoszenie pionowych znaków drogowych jedynie w formie rastrowej, co oznacza, że nie posiada funkcjonalności w zakresie nanoszenia pionowych znaków drogowych w postaci wektorowej. Grafika rastrowa, zgodnie z definicją zawartą w słowniku języka polskiego PWN, oznacza grafikę komputerową, gdzie obraz składa się z tablicy pikseli ułożonych w rzędy i kolumny, a najpopularniejszymi formatami zapisu grafiki rastrowej (określanej również mianem „mapy bitowej”) są JPEG i GIF. Z kolei grafika wektorowa jest rodzajem grafiki, gdzie obraz składa się ze zbioru figur geometrycznych, przy czym – w przeciwieństwie do grafiki rastrowej – można swobodnie skalować obraz bez utraty wysokiej jakości obrazu. Odwołujący podniósł, że obraz powiększenia zdjęć znaków

drogowych znajdujących się w oprogramowaniu Faro Zone 3D Advanced potwierdza rastrowy charakter obrazu. Ponadto, w oprogramowaniu tym wyświetla się okno dialogowe dla funkcji importu znaku z zewnętrznych źródeł, które wyświetla wyłącznie formaty rastrowe.

Ad. Zarzut nr 1 d):

Odwołujący podnosił, że oprogramowanie Faro Zone 3D Advanced nie zawiera skatalogowanej bazy pojazdów widzianych z góry najczęściej poruszających się po polskich drogach. Jednocześnie baza danych pojazdów nie zawiera danych o typie sylwetki, tj. nie spełnia wymogu z pkt 4.2. OPZ, oznaczonego jako OSMZ-19.

Odwołujący stwierdził przy tym, iż zgodnie z rankingiem prezentowanym na stronie internetowej Instytutu Badań Rynku Motoryzacyjnego - SAMAR do najczęściej rejestrowanych w bazie Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców w miesiącach styczeń 2020 r. - sierpień 2020 r. marek samochodowych osobowych w Polsce należą Toyota, Skoda i Volkswagen, Kia, Renault, Dacia, itd., a wśród marek samochodów dostawczych Renault, Ford, Fiat, Mercedes, Volkswagen, itd. Natomiast katalog marek pojazdów w tym oprogramowaniu nie zawiera marek pojazdów najczęściej poruszających się po polskich drogach, tj. marek Skoda, Dacia, Seat, Opel.

Ad. Zarzut nr 1 e):

Odwołujący wskazywał, że oferowane przez TPI oprogramowanie do szkicu miejsca zdarzenia nie posiada funkcjonalności zapewniającej wspomaganie szkicowania odcinków dróg zawierających pobocza i oznakowania poziome (nie spełnia wymogu z pkt 4.2. OPZ, oznaczonego jako OSMZ-5).

Narzędzie wspomagające rysowanie odcinków dróg zastosowane w Faro Zone 3D Advanced pozwala na naniesienie dla odcinka drogowego wyłącznie linii ciągłych i przerywanych i nie wspomaga nanoszenia oznakowania potrzebnego do odwzorowania miejsca zdarzenia drogowego. Wyjaśnił też, że znaki poziome są znakami drogowymi umieszczanymi na nawierzchni jezdni w postaci linii, strzałek, napisów i innych symboli, np. strzałka naprowadzająca, napis Stop, Bus, rower, czy miejsce dla pojazdu osoby niepełnosprawnej. Ponadto, dodał, że szczegółowe warunki techniczne stawiane znakom drogowym poziomym są uregulowane w załączniku nr 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach. Oprogramowanie oferowane przez wykonawcę TPI obsługuje wyłącznie możliwość dodawania linii dla projektowanego odcinka drogi i definiowania typu linii (domyślne wymiary dostępnych typów linii są niezgodne

z ww. rozporządzeniem), natomiast umieszczanie strzałek, napisów i innych symboli, które są niezbędne do narysowania znaków poziomych, jest już niemożliwe.

Ad. Zarzut nr 1 f):

Odwołujący wskazywał, że oprogramowanie Faro Zone 3D Advanced nie posiada funkcjonalności pozwalającej dokonać wyboru rodzaju nawierzchni oraz stanu nawierzchni, a ponadto brakuje możliwości nachylenia odcinka drogi w taki sposób, aby odpowiadał rzeczywistej geometrii odwzorowywanej drogi (nie spełnia wymogu z pkt 4.2. OPZ, oznaczonego jako OSMZ-18 i OSMZ-3).

W ocenie odwołującego, rodzaj i stan nawierzchni pojawiają się tylko „pomocniczo” jako podpowiedzi przy doborze współczynnika przyczepności. Nie ma możliwości wybrania rodzaju nawierzchni dla wstawianych do szkicu odcinków dróg. Typy nawierzchni są dostępne w przypadku kalkulatora wbudowanego jako narzędzie do „Analizy poślizgu”. Edycja w tabeli kalkulatora kolumny zatytułowanej „Przecignięcie” wywołuje okno „Tarcie”, w którym wskazywany może być rodzaj nawierzchni powodujący zmianę wartości w kolumnie. Odwołujący podkreślił przy tym, że wybór ten powoduje wyłącznie zmianę wartości w kolumnie „Przecignięcie”, ponieważ ani w tabeli, ani w dostępnym dla analizy raporcie nie ma wskazania jaką nawierzchnię wybrano. Wybranie nawierzchni: Suchy asfalt, Mokry asfalt wysoki oraz Mokry beton wysoki zwraca dla każdej z nich wartość 0,8, zatem nawet w przypadku tej „pomocniczej” funkcji nie można mówić o skutecznym wyborze rodzaju nawierzchni.

Następnie odwołujący wskazywał, że oferowane przez TPI oprogramowanie nie posiada funkcjonalności pozwalającej na poprawne nanoszenie nachylenia odcinka drogi odpowiadającego rzeczywistości. Nachylenie odcinka drogi charakteryzują niezależnie parametry pochylenia wzdłużnego, jak i poprzecznego. W oprogramowaniu zaoferowanym przez TPI nie ma możliwości wprowadzenia parametru pochylenia poprzecznego, możliwa jest tylko zmiana pochylenia wzdłużnego, a ta powoduje automatyczne przyjęcie jakiegoś, bliżej nieokreślonego, pochylenia poprzecznego.

Odwołujący podkreślił, że brak funkcjonalności oznaczonej jako OSMZ-18, oznacza tym samym, że oprogramowanie nie posiada funkcjonalności ewidencjonowania, obiektów i śladów z miejsca zdarzenia w sposób pozwalający na odwzorowanie miejsca zdarzenia. Jeżeli nie będzie możliwy wybór rodzaju nawierzchni, stanu nawierzchni oraz nachylenia drogi (wymóg OSMZ-18), to nie będzie możliwe tym samym sporządzanie szkicu obiektów i śladów z miejsca zdarzenia w sposób pozwalający na odwzorowanie miejsca zdarzenia (wymóg OSMZ-3).

Ad. Zarzut nr 1 g):

Odwołujący podnosił również, że oferowane przez wykonawcę TPI oprogramowanie do szkicu miejsca zdarzenia nie posiada funkcjonalności, opisanej w pkt 4.2. OPZ, a oznaczonej jako OSMZ-11, ponieważ narzędzie do rysowania dróg i skrzyżowań zawarte w tym oprogramowaniu nie zawiera funkcji zadawania parametrów x , y ani promienia. Można w nim tylko narysować łuk o zadanych parametrach, m.in. na podstawie cięciwy i strzałki (rzędna środkowa). Ten z kolei może pomóc narysować odcinek drogi o promieniu zbliżonym do narysowanego wcześniej łuku, ale jest to metoda oparta na wizualnym i ręcznym dopasowywaniu promienia dla odcinka drogi do promienia narysowanego wcześniej łuku pomocniczego. Nie spełnia zatem wymagania rysowania odcinka drogi dla zadanego promienia.

Ad. Zarzut nr 1 h):

W dalszej części odwołujący podnosił, że zgodnie z wymogiem, o którym mowa w pkt 4.2. OPZ, oznaczonym jako OSMZ-37, oprogramowanie do szkicu miejsca zdarzenia ma posiadać bezpłatną aktualizację oprogramowania, znaków drogowych i biblioteki obiektów, poprzez ich dostosowanie do obowiązujących przepisów prawa przez okres 6 lat od daty odbioru, realizowaną przez Wykonawcę.

Wykonawca TPI zadeklarował, że samodzielnie będzie świadczyć usługi aktualizacji. Odwołujący zauważył, że TPI jest wyłącznie dystrybutorem oprogramowania, a nie właścicielem majątkowych praw autorskich do oprogramowania, dlatego też nie ma on uprawnień do świadczenia usług aktualizacji oprogramowania. Usługi aktualizacji może realizować wyłącznie producent oprogramowania, czyli FARO Technologies Inc. Odwołujący podkreślił też, że oferowane oprogramowanie posiada polską wersję językową. Oprogramowanie oferuje pomoc techniczną związaną z problemami technicznymi, natomiast nie oferuje usługi dostosowania oprogramowania do obowiązujących przepisów prawa. Ukazujące się kolejne wersje oprogramowania rozwijają program od strony technicznej (poprawa błędów, usprawnienie działania). Żadna natomiast z wprowadzanych zmian nie dostosowywała oprogramowania do ustawodawstwa obowiązującego w innym kraju niż USA. Oprogramowanie jest produktem przeznaczonym głównie na rynek amerykański i pomimo polskiej wersji językowej – w ocenie odwołującego - nie ma żadnych wątpliwości, że nie jest produktem dostosowanym do obowiązujących w Polsce przepisów prawa.

Ad. Zarzut nr 1 i):

Ponadto, odwołujący zarzucał, iż Tachimetr Topcon OS-105 oferowany przez wykonawcę TPI nie spełnia wymogu, o którym mowa w pkt 3.2 OPZ, tj. w zakresie właściwości urządzenia pomiarowego typu tachimetr do pomiaru odległości i trójwymiarowego odwzorowywania miejsca zdarzenia drogowego, które ma umożliwiać

wykonanie pomiarów obiektów i śladów na miejscu zdarzenia w sposób szybki.

Odwołujący wskazał na przeznaczenie urządzenia jakie określił zamawiający w pkt 2 OPZ, tj. ma być ono używane do laserowego pomiaru punktów w przestrzeni na miejscu zdarzenia drogowego. Tymczasem, z karty katalogowej wynika, że ww. tachimetr został wyposażony w oprogramowanie Magnet Field, które jest inżynierskim pakietem oprogramowania terenowego. Jest to uniwersalne oprogramowanie, zaprojektowane do sterowania pracą instrumentów pomiarowych, ale wykorzystywanych przez osoby z przygotowaniem inżynierskim - geodetów. Procedura rozpoczęcia pomiarów terenowych stosowana w geodezji jest całkowicie odmienna od metodyki pomiaru miejsc zdarzeń i skomplikowana nawet dla geodetów. Zdaniem odwołującego, procedura pomiaru zgodna z metodyką w zaoferowanym rozwiązaniu będzie dla funkcjonariuszy policji niezwykle skomplikowana, a tym samym długotrwała. Pozostaje to w sprzeczności z wymaganiem, że urządzenie to musi umożliwiać wykonanie pomiarów obiektów i śladów na miejscu zdarzenia w sposób szybki. Odwołujący zwrócił też uwagę, że warunki, jakie towarzyszą pomiarom miejsc zdarzeń są często niekorzystne i wymuszają na funkcjonariuszach wykonanie pomiaru i dokumentacji miejsca zdarzenia w sposób jak najszybszy, a jednocześnie muszą być zgodne z metodyką, tak by materiał został wykorzystany w celach procesowych. Istotne jest też to, że z uwagi na charakter czynności, nie ma możliwości ponowienia i poprawy pomiaru, tak jak to może zrobić np. geodeta użytkujący system w sposób standardowy. Reasumując, odwołujący stwierdził, że oprogramowanie terenowe stosowane w geodezji, takie jak oprogramowanie Magnet Field, nie spełnia wymogów stawianych urządzeniom wykorzystywanym w pracy funkcjonariuszy policji, w tym wymogu dokonywania szybkiego pomiaru.

Ad. Zarzut nr 1 j):

Odwołujący podnosił, że oferowane przez wykonawcę TPI oprogramowanie nie posiada również funkcjonalności opisanej w pkt 4.2. OPZ, wymóg OSRZ-2; tj. w zakresie tworzenia planu sytuacyjnego w obrębie posiadania bazy obiektów: pojazdów z uwzględnieniem ich parametrów technicznych, znaków, sylwetek osób, typowych obiektów występujących w miejscach zdarzeń drogowych, w obrębie definiowania odcinków dróg i skrzyżowań oraz topografii terenu, a także w obrębie umożliwienia rozkładu ładunku w lub na pojeździe. Wykonawca ten zaoferował oprogramowanie bez odpowiedniej bazy pojazdów z uwzględnieniem parametrów technicznych pojazdów występujących w miejscach zdarzeń drogowych. Odwołujący powołał się w tym zakresie na statystyki oparte na danych z historii wypłat odszkodowań z tytułu ubezpieczenia OC, iż to kierowcy pojazdów marki Skoda zajmują drugie miejsce

pod względem powodowanych wypadków. Odwołujący wskazał, że w zaoferowanym oprogramowaniu dostępne są dwa źródła danych dotyczących pojazdów. Pierwszym z nich jest katalog sylwetek 3D pojazdów, w którym dostępne są 4 sylwetki pojazdów marki Skoda. Dla sylwetek wywoływanych za pomocą tej funkcji dostępne są wyłącznie dane takie jak: szerokość, długość, wysokość oraz możliwość edycji części sylwetki, a zatem omawiana funkcja nie spełnia wymagania posiadania wbudowanej bazy pojazdów z danymi technicznymi wymaganymi do wykonania symulacji. Odwołujący zaznaczył, że w oferowanym oprogramowaniu istnieje możliwość swobodnej zmiany rozmiaru sylwetki pojazdu 3D. Można w ten sposób łatwo wprowadzić sylwetkę pojazdu o zupełnie nierealnych wymiarach i proporcjach. Ponadto, informacje o danych modelach są nieprecyzyjne (np. brak informacji o numerze wersji pojazdu Skoda Roomster). Zdaniem odwołującego, w oprogramowaniu tym brak jest również możliwości właściwego pozycjonowania sylwetki 3D pojazdu na szkicu sytuacyjnym zgodnie ze stanem ujawnionym na miejscu zdarzenia. Wyjaśnił, iż powszechną praktyką policyjną jest lokalizowanie na miejscu zdarzenia punktów kontaktu kół pojazdu z nawierzchnią i pozycjonowanie sylwetki pojazdu na szkicu według tych punktów. Tymczasem w programie nie ma takiej możliwości, ponieważ na sylwetce 3D widzianej z góry w ogóle nie widać pozycji kół (widać jedynie położenia kół z jednej strony pojazdu).

Dalej, odwołujący wskazał, że drugim źródłem danych jest baza danych technicznych pojazdów. Jednak baza ta zawiera wyłącznie pojazdy występujące na rynku amerykańskim i nie ma tam typowych pojazdów, które można spotkać na miejscu zdarzenia w Polsce, czyli np. Skody. Ponadto, także ta baza zawiera szczątkowe dane techniczne takie jak: wymiary zewnętrzne, położenie kół, masę własną. Zdaniem odwołującego, brak jest danych wymaganych do wykonania symulacji. Jednocześnie odwołujący zauważył, że bazy danych programów symulacyjnych gromadzą dane charakteryzujące konkretne modele pojazdów w ilości kilkudziesięciokrotnie przewyższającej te dostępne w zaoferowanym oprogramowaniu. W tym przypadku brak np. pozostałych parametrów masowych oraz parametrów innych układów wpływających na dynamikę ruchu.

Dodał też, że TPI zaoferowało oprogramowanie z bazą sygnalizatorów świetlnych, które nie są typowymi obiektami występującymi na miejscu zdarzenia drogowego, ponieważ w bazie brak sygnalizatorów występujących w Polsce (np. sygnalizatora S-2 – sygnał dopuszczający skręcanie w kierunku wskazanym strzałką, sygnalizacji tramwajowej czy rowerowej).

Odwołujący wskazał ponadto, iż oferowane oprogramowanie nie posiada również bazy oznakowania pionowego, spełniającej definicję typowego obiektu występującego

na miejscu zdarzenia, ponieważ katalog znaków dostępny w oprogramowaniu Faro Zone 3D Advanced jest niezgodny ze szczegółowymi warunkami technicznymi stawianymi znakom drogowym zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach.

Zdaniem odwołującego, oprogramowanie to nie posiada także bazy oznakowania poziomego spełniającej definicję typowego obiektu występującego na miejscu zdarzenia. Dostępne w bazie typy oznakowania są niezgodne z ww. rozporządzeniem Ministra Infrastruktury, zarówno pod względem opisu, jak i geometrii. W tym zakresie odwołujący powołał się na argumentację dotyczącą zarzutu niespełnienia wymogu OSMZ-5.

Odwołujący podał też, że oferowane oprogramowanie nie zawiera bazy słupków drogowych zgodnych z polskimi normami, będących typowym obiektem występującym na miejscu zdarzenia, w tym nie zawiera bazy słupków hektometrych, które wskazywane są często w dokumentacji miejsc zdarzeń drogowych jako punkty SPO (tzw. Stałe Punkty Odniesienia).

Odwołujący wskazał ponadto, że oferowane oprogramowania nie posiada funkcji pozwalającej na możliwość odwzorowania elementu topografii w postaci ubytków stanu nawierzchni odcinków dróg w postaci np. ubytku w nawierzchni (tzw. „dziury”), wobec czego wymaganie dotyczące definiowania topografii terenu nie zostało spełnione.

Według odwołującego, oferowane oprogramowanie nie posiada funkcjonalności polegającej na możliwości rozkładu osób / ładunku w / na pojeździe, albowiem zapewnia ono wyłącznie możliwość dodania sylwetki ciała w pojeździe, natomiast brak jest informacji w instrukcji użytkownika o możliwości dodania ładunku.

II. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia TPI podczas, gdy TPI w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło wprowadzające w błąd zamawiającego informacje (zarzut nr 2).

Odwołujący wskazał, że wykonawca TPI potwierdził, że oferowane dostawy spełniają wszystkie wymagania określone przez zamawiającego.

Po pierwsze, wykonawca ten potwierdził, że bezpłatna aktualizacja oprogramowania, znaków drogowych i biblioteki obiektów poprzez ich dostosowanie do obowiązujących przepisów prawa przez okres 6 lat od daty odbioru, będzie realizowana przez wykonawcę, pomimo, że nie ma on uprawnień do świadczenia usług aktualizacji oprogramowania.

Po drugie, odwołujący wskazał, że wykonawca TPI wraz z ofertą przedłożył opis urządzeń rzekomo potwierdzający wszystkie techniczno-użytkowe wymagania zamawiającego wyszczególnione w specyfikacji technicznej urządzenia zgodnie z Rozdz. VII ust. 2 pkt 2.1. SIWZ, z którego wynika, iż w celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego - wykonawca składa wraz z ofertą opis urządzenia (karty katalogowe, prospekty, itd.) potwierdzający wszystkie techniczno-użytkowe wymagania zamawiającego. Wykonawca TPI do oferty załączył plik nazwany Karty katalogowe BES. W dokumencie zatytułowanym Karty katalogowe BES do kart katalogowych publikowanych przez producentów urządzeń / oprogramowań wykonawca TPI dodał informacje, stanowiące powtórzenie postanowień dokumentacji przetargowej, które miały potwierdzać, że dostawy spełniają wymagania postawione przez zamawiającego i które miały sprawiać wrażenie, że są dokumentami pochodzącymi od producenta, a w rzeczywistości zostały przygotowane przez TPI i stanowią wyłącznie oświadczenie TPI, że dostawy spełniają postawione przez zamawiającego wymagania techniczne. Odwołujący podkreślił, że różnice między kartami katalogowymi udostępnianymi przez producenta, a kartami katalogowymi przygotowanymi na potrzeby przedmiotowego postępowania są widoczne gołym okiem. Przykładowo do karty katalogowej tachimetru Topcon składającej się z 4 stron TPI dołożył dwie kolejne strony z wymaganiami, które zostały wprost przeniesione z pkt 4 OPZ. W dalszej kolejności do karty katalogowej oprogramowania Faro Zone 3D Advanced składającej się z 2 stron TPI wstawił dwie kolejne strony dodając do karty katalogowej oferowanego oprogramowania wymagania z OPZ.

Po trzecie, odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdz. XIV ust. 1 SIWZ zamawiający jako kryterium oceny ofert przyjął między innymi „Długość trwania instruktażu”. Za skrócenie okresu trwania instruktażu do 3 miesięcy wykonawca mógł otrzymać 10 punktów. Według Rozdz. V ust. 1 pkt 1.2 i ust. 2 pkt 2.2. SIWZ w ramach zamówienia podstawowego wykonawca ma wykonać instruktaż dla 280 funkcjonariuszy, natomiast w przypadku skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji wykonawca ma przeprowadzić dodatkowo instruktaż dla kolejnych 28 funkcjonariuszy. Z kolei w pkt 6.2. OPZ wskazano, że zamawiający dopuszcza do maksymalnie trzech szkoleń odbywających się w tym samym tygodniu, a ponadto określono, że instruktaż będzie przeprowadzony w grupach maksimum 8 osobowych i obejmował będzie 5 dni roboczych/40 godzin. Tym samym, łączna liczba funkcjonariuszy do przeszkolenia stanowi liczbę 308 funkcjonariuszy. Jeżeli 308 podzieli się przez 8 (maksymalna liczba osób w ramach jednej grupy) uzyskuje się liczbę 38,5, a zatem w zaokrągleniu instruktaż będzie przeprowadzany dla 39 grup. Jeżeli w ciągu tygodnia mogą być przeszkolone

maksymalnie 3 grupy, to wykonawca potrzebuje minimum 13 tygodni na przeprowadzenie szkoleń, a wziąć należy też pod uwagę, że nie każdy tydzień kalendarzowy będzie tygodniem szkoleniowym, w szczególności, że zarówno w listopadzie, jak i w grudniu, a następnie w styczniu jest wiele dni świątecznych (oprócz niedziel), a zatem minimalny, ale rzeczywisty, okres szkolenia dodatkowo się wydłuży.

W ocenie odwołującego powyższe wymogi w zakresie szkoleń prowadzą do wniosku, że wykonawca obiektywnie nie jest w stanie wykonać instruktażu zgodnie z Rozdz. V ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 2.2. SIWZ w zw. z pkt 6.2 OPZ w terminie 3 miesięcy od dnia podpisania umowy, a tymczasem TPI zadeklarował realizację instruktażu w 3 miesiące od dnia podpisania umowy.

Zdaniem odwołującego, powyżej przedstawione okoliczności potwierdzają, że wykonawca TPI w zakresie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego oraz w zakresie kryterium oceny ofert przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego. Przedkładane przez TPI informacje, dotyczyły spełnienia przez oferowane dostawy wymogów postawionych przez zamawiającego oraz kryteriów oceny ofert, a zatem miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie TPI miało świadomość tego, iż wprowadza w błąd zamawiającego.

Ponadto, odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2017 roku (sygn. akt: KIO 1004/17), w którym Izba wskazała na przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W dalszej kolejności odwołujący przedstawił rozważania dotyczące winy (umyślnej i nieumyślnej), jak również odniósł się do kwestii należytej staranności.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że nie ma wątpliwości, że wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia z postępowania TPI na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, bowiem przedstawił on informacje wprowadzające w błąd zamawiającego (w zakresie samodzielnej realizacji usług aktualizacji oprogramowania, w zakresie przedłożonych kart katalogowych, w zakresie przeprowadzenia instruktażu), a informacje te miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (spełnienie wymagań przedmiotowych; kryterium oceny ofert), zaś przedstawienie tych informacji było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający w dniu 16 października 2020 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania.

W dniu 19 października 2020 roku wykonawca TPI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „przystępującym” bądź „TPI”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Pzp i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w charakterze uczestnika postępowania.

W dniu 5 listopada 2020 roku przystępujący – drogą elektroniczną – przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pisemne stanowisko w sprawie (pismo o tożsamej treści w formie pisemnej przystępujący złożył na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 listopada 2020 roku). Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Ponadto, także w dniu 6 listopada 2020 roku na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego odwołujący złożył dodatkowe pismo wraz z dowodami.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz świadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), oferty wykonawcy TPI,

wyjaśnień treści oferty, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 października 2020 r.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody przedstawione przez odwołującego i przystępującego w odwołaniu oraz w pismach procesowych.

Ponadto, Izba przeprowadziła w trakcie rozprawy dowód w postaci prezentacji na rzutniku filmów dotyczących oprogramowania Faro Zone 3D w wersji próbnej, a znajdujących się na płycie dołączonej do pisma procesowego odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 listopada 2020 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest: Dostawa przenośnych urządzeń do laserowego pomiaru punktów w przestrzeni (tachimetrów) – pomiaru odległości i trójwymiarowego odwzorowywania miejsca zdarzenia drogowego z możliwością opcji.

Zgodnie z Rozdziałem VII ust. 2 pkt 2.1. SIWZ: *„W celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego – Wykonawca składa wraz z ofertą:*

- 2.1. opis urządzenia (karty katalogowe, prospekty, itd.), potwierdzający wszystkie techniczno-użytkowe wymagania Zamawiającego, wyszczególnione w Specyfikacji technicznej urządzenia”.*

Zgodnie z Rozdziałem XIV ust. 1 SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert było K3- Długość trwania instruktażu (waga – 10%) – maksymalnie 10 pkt, przy czym:

5 miesięcy (termin maksymalny) – 0 pkt;

4 miesiące – 5 pkt;

3 miesiące – 10 punktów.

Jednocześnie wykonawcy mieli określić długość trwania instruktażu w pełnych miesiącach.

Zamawiający w Załączniku nr 3 do SIWZ – *Opis przedmiotu zamówienia* – w pkt 4.2. opisał *Wymagania minimalne dla oprogramowania do szkicu miejsca zdarzenia (OSMZ)*, w tym:

OSMZ-2 – wspomaganie rysowania szkicu sytuacyjnego;

OSMZ-3 – ewidencjonowanie obiektów i śladów z miejsca zdarzenia w sposób pozwalający na odwzorowanie miejsca zdarzenia;

OSMZ-4 – wspomaganie szkicowania odcinków dróg: prostych, zakrętów, skrzyżowań poprzez

wstawianie gotowych elementów z możliwością edycji ich geometrii i z zachowaniem ciągłości

połączeń pomiędzy odcinakami;

OSMZ-5 - wspomaganie szkicowania odcinków dróg zawierających pasy ruchu, pobocza, oznakowanie poziome i pionowe;

OSMZ-7 – wspomaganie automatycznego połączenia szkicowanych odcinków dróg i skrzyżowań z zachowaniem ciągłości odwzorowywanego miejsca zdarzenia drogowego;

OSMZ-11 – rysowania odcinków dróg wg zadanych parametrów x y lub promienia;

OSMZ-17 – nanoszenia pionowych znaków drogowych w postaci wektorowej;

OSMZ-18 – wybór rodzaju nawierzchni, stanu nawierzchni oraz nachylenia odcinka drogi;

OSMZ-19 – skatalogowana baza obiektów zawierająca m.in.: pojazdów widzianych z góry z uwzględnieniem wymiarów zewnętrznych pojazdów oraz typu sylwetek najczęściej

poruszających się po polskich drogach oraz znaków drogowych: poziomych i pionowych;

OSMZ-37 – bezpłatna aktualizacja oprogramowania, znaków drogowych i biblioteki obiektów poprzez ich dostosowanie do obowiązujących przepisów prawa przez okres 6 lat od daty odbioru, realizowana przez Wykonawcę.

Z kolei w pkt 4.3. OPZ zamawiający wskazał, że oprogramowanie do symulacji ruchu i zderzeń pojazdów z wykorzystaniem wcześniej przeprowadzonych pomiarów musi spełniać poniższe wymagania minimalne (OSRZ):

OSRZ – 1: tworzenie symulacji na podstawie planu sytuacyjnego, umożliwiające:

- uruchomienie symulacji zdarzenia drogowego w formie animacji 3d służącej do poglądowego odwzorowania następujących po sobie zdarzeń z udziałem obiektów zinwentaryzowanych na miejscu wypadku drogowego;
- wizualizację prawdopodobnego zachowania pojazdów jedno i wielocłonowych;
- prezentację jazdy po zdefiniowanym torze;
- zdefiniowanie prędkości ruchu obiektów i odtwarzania przygotowanej symulacji zdarzenia drogowego;
- zdefiniowanie zderzeń pojazdów z: uczestnikami ruchu, znakami, drzewami i innymi przeszkodami;
- obserwację symulacji 3d z różnych kamer;
- wytworzenie raportu z symulacji w formie wydruku z zdefiniowanym opisem.

OSRZ – 2: w obszarze tworzenia planu sytuacyjnego musi posiadać funkcjonalności:

- rozkładu osób/ładunku w/na pojeździe,
- bazy obiektów: pojazdów z uwzględnieniem ich parametrów technicznych, znaków, sylwetek osób, typowych obiektów występujących w miejscach zdarzeń drogowych,

- definiowania ruchu obiektów np. skręcania, zrzucania, przyspieszania, hamowania, itp.,
- nanoszenia śladów związanych ze zdarzeniem, np. śladu hamowania,
- definiowania odcinków dróg i skrzyżowań oraz topografii terenu,
- nanoszenia z bazy obiektów: znaków drogowych poziomych i pionowych, sygnałów świetlnych, pojazdów,
- pracy na warstwach,
- współpracy z oprogramowaniem do szkicu miejsca zdarzenia w zakresie importu opracowanego projektu,
- importu zarejestrowanych punktów pomiarowych i ich nazw.

W załączniku nr 1 do Formularza ofertowego wykonawcy mieli podać *Szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia*, zgodnie ze wskazanymi tabelami dot. wymagań minimalnych, a także podać producenta i model urządzenia w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia.

Wykonawca TPI zaoferował: Zestaw Tachimetr Topcon OS-105 z oprogramowaniem Faro Zone 3D Advanced wraz z akcesoriami. Ponadto, oświadczył, że czas trwania instruktażu nie będzie przekraczał 3 miesięcy. W załączniku nr 1 do Formularza ofertowego potwierdził zgodność z wymaganiami OPZ oraz wskazał zaoferowane wartości w tych pozycjach, gdzie było to wymagane. Do oferty wykonawca TPI załączył karty katalogowe.

Izba zważyła, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Izba uznała, że częściowo potwierdziły się zarzuty odwołania, tj. zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy TPI na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, a opisane w pkt 1 lit. a) – h) oraz lit. j) odwołania.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Określona tym przepisem przesłanka odrzucenia oferty znajduje zastosowanie w przypadku merytorycznej niezgodności zaoferowanego świadczenia lub sposobu jego wykonania z wymaganiami wynikającymi z SIWZ.

Tytułem wstępu należy wskazać, że Izba przy rozstrzygnięciu niniejszej sprawy wzięła pod uwagę przede wszystkim to, że odwołujący podjął inicjatywę dowodową

i przeprowadził dowody (w tym m.in. w postaci zrzutów ekranów wykonanych w trakcie użytkowania wersji próbnej oprogramowania Faro Zone 3D Advanced, prezentacji filmów w zakresie użytkowania oprogramowania, wyciągu z instrukcji użytkownika oprogramowania) potwierdzające, że oferta wykonawcy TPI Sp. z o.o. nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie szczegółowo opisanym w pkt 1 litera od a) do h) oraz j) odwołania. Odwołujący, jak sam stwierdził, dokonał weryfikacji zgodności oferowanego przez przystępującego oprogramowania z postanowieniami SIWZ przy użyciu oprogramowania Faro Zone 3D Advanced w wersji próbnej, dostępnej na stronie producenta Faro Technologies Inc., a także w oparciu o instrukcję użytkownika oprogramowania. Co istotne, odwołujący podał źródła, z których pochodzą przedłożone przez niego dowody.

Z kolei zamawiający i przystępujący pozostali bierni w zakresie inicjatywy dowodowej i nie przedstawili dowodów, które pozwalałyby zanegować twierdzenia odwołującego.

Przystępujący – wykonawca TPI – jedynie argumentował, że twierdzenia i dowody przedstawione przez odwołującego są nieadekwatne, albowiem dotyczą innej wersji oprogramowania, niż on zaoferował, tj. nie dotyczą wersji oprogramowania Faro Zone 3D Advanced wersja 2021, a odwołujący oparł stawiane zarzuty o oprogramowanie Faro Zone 3D Advanced wersja 2019 lub 2020 udostępnione w sieci Internet oraz materiały reklamowe.

Tymczasem, ani z treści oferty, ani ze złożonych przez wykonawcę TPI wyjaśnień treści oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia, nie wynika jaką wersję on zaoferował, w szczególności nie wynika, że zaoferował wersję oprogramowania 2021. Jego twierdzenia w tym zakresie są gołosłowne.

Co więcej, z twierdzeń odwołującego (niekwestionowanych przez przystępującego) wynika, że na stronach producenta oprogramowania w dniu 16 października 2020 roku, opublikowano dopiero wersję oprogramowania z 2020 roku. Na tych stronach nie jest dostępna wersja z 2021 roku, która miałaby być zaoferowana przez przystępującego. Przystępujący w żaden sposób nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, że dysponuje wersją oprogramowania z 2021, że jest ona w ogóle dostępna, a co więcej nie uprawdopodobnił, że jej funkcjonalności tak istotnie różnią się od funkcjonalności poprzednich wersji oprogramowania, że pozwalają na zaoferowanie produktu spełniającego wymagania zamawiającego, opisane w OPZ. Przystępujący w tym zakresie przedstawił jedynie własne zrzuty ekranu w złożonym przez siebie piśmie procesowym, które miałyby się odnosić do zaoferowanej wersji oprogramowania z 2021. Izba zauważa, że przedstawione przez przystępującego zrzuty ekranu nie mają żadnego oznaczenia potwierdzającego, iż dotyczą one oprogramowania Faro Zone 3D Advanced

w wersji 2021. Nie zostało wykazane ich źródło pochodzenia. Powyższe jest szczególnie istotne w sytuacji, gdy brak jest jakichkolwiek dowodów na istnienie czy też dostępność wersji 2021.

Ponadto, przystępujący nawet nie kwestionował tego, że poprzednie wersje oprogramowania (sprzed wersji z 2021) nie spełniają wymagań opisanych w SIWZ, a powoływanych przez odwołującego.

Dodatkowo, przystępujący kwestionował dowody z prezentacji filmów dotyczących oprogramowania Faro Zone 3d Advanced przeprowadzone na rozprawie, wskazując, że odwołujący dokonał tego w sposób manipulacyjny i niewłaściwy np. wprowadzając absurdalne dane (np. co do prędkości – 500km/h), by pokazać to co chce, co też uniemożliwia zaprezentowanie właściwego działania oprogramowania.

Odnosząc się do tak przedstawionych twierdzeń należy wskazać, że przystępujący nie wnioskował o dokonanie prezentacji oferowanego przez niego oprogramowania w wersji 2021, czy choćby w odpowiedzi na sposób prezentacji odwołującego, nie pokazał w jaki sposób należy użyć tego oprogramowania, żeby prezentacja oddawała rzeczywisty przebieg zdarzenia, a nie odrealniony (np. przejeżdżanie przez inne obiekty i jednoczesne zachowanie dalszego toru jazdy itd.). Tym samym przystępujący, poza gołosłownym twierdzeniem, że oferuje wersję oprogramowania 2021, nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenia istnienia i dostępności tej wersji oraz żadnych dowodów mogących zanegować dowody i twierdzenia odwołującego.

Odnosząc się natomiast do poszczególnych zarzutów Izba stwierdziła, co następuje.

Ad. Zarzutu nr 1 a):

Izba w zakresie powyższego zarzutu podzieliła stanowisko odwołującego, iż TPI zaoferowało oprogramowanie Faro Zone 3D Advanced, które nie jest oprogramowaniem do symulacji ruchu i zdarzeń pojazdów i które nie umożliwia stworzenia symulacji, a tym samym nie spełnia wymagań, o którym mowa w pkt 4.3. OPZ, ponieważ zaoferowane przez TPI oprogramowanie posiada jedynie funkcjonalność w zakresie tworzenia animacji. Symulacja, jak odwołujący wskazywał za słownikiem języka polskiego, umożliwia odtwarzanie warunków charakterystycznych dla danego zjawiska lub obiektu przy użyciu modelu. Stanowisko odwołującego zostało poparte w tym zakresie zrzutami ekranu, filmami, czy choćby wnioskami płynącymi z lektury instrukcji użytkownika oprogramowania. Przykładowo wskazać należy, że w trakcie korzystania z tego oprogramowania widać uchwyty, których przemieszczanie przez użytkownika definiuje przebieg ruchu (animację), a nie wbudowane w program reguły, które określałyby jak pojazd powinien się

przemieszczać, przy określonych danych (czyli nie tworzą symulacji danego zdarzenia).

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że uproszone kalkulatory „Analiza poślizgu”, „Prędkość krytyczna”, „Opcje pędu” nie przesądzają o tym, że jest to w istocie oprogramowanie do tworzenia symulacji. Przystępujący odwoływał się też do „stref zgniotu”, „analizy kryminalistycznej rozbryzgu krwi”, „analizy trajektorii pocisku” – moduły te jak i wcześniej wskazane narzędzia symulacji pędu i poślizgu są zdaniem przystępującego potwierdzeniem, iż oprogramowanie służy tworzeniu symulacji.

Biorąc jednak pod uwagę prezentację przedstawioną przez odwołującego (filmy), jak i wnioski płynące z instrukcji użytkownika (możliwość wprowadzenia symulacji, wykonanej jednak w zewnętrznym, dodatkowym oprogramowaniu (Virtual CRASH, PC CRASH lub HVE), jak również wyjaśnienia przystępującego odnośnie oferowanej wersji oprogramowania 2021 Izba uznała, że odwołujący wykazał, że oprogramowanie oferowane przez przystępującego nie jest oprogramowaniem służącym do tworzenia symulacji pozwalającej na rekonstrukcję rzeczywistego przebiegu zdarzeń drogowych.

Ad. Zarzutu nr 1 b):

Odnosząc się do twierdzeń i dowodów odwołującego w tym zakresie przystępujący podkreślał, że w zaoferowanym przez niego oprogramowaniu Faro Zone 3D Advanced wersja 2021 jest możliwe łączenie między odcinkami w taki sposób, aby zapewnić ciągłość połączeń dla wstawianych gotowych elementów. Jednocześnie przystępujący powołał się na zrzuty ekranu zaprezentowane w piśmie procesowym.

Jak już to powyżej zostało wskazane, ani z oferty przystępującego, ani ze złożonych przez niego wyjaśnień do treści oferty nie wynika, że zaoferował on oprogramowanie Faro Zone 3D Advanced wersja 2021.

Izba zauważa, że przedstawione przez przystępującego zrzuty ekranu trudno uznać za miarodajne – nie wiadomo jakiego oprogramowania one dotyczą, źródło ich pochodzenia jest wątpliwe, tym bardziej, że jak zostało wskazane powyżej, wątpliwa jest sama dostępność oprogramowania Faro Zone 3D Advanced w wersji 2021, czego przystępujący w żaden sposób nie udowodnił.

Z kolei odwołujący zaprezentował w trakcie rozprawy film, dotyczący oprogramowania oferowanego przez przystępującego, pochodzący z serwisu YouTube na okoliczność braku możliwości łączenia między odcinkami, tak, aby zapewnić ciągłość połączeń. Dowód odwołującego nie został zatem zanegowany przez przystępującego żadnym innym dowodem.

Ad. Zarzutu nr 1 c):

Przystępujący wskazywał, że oprogramowanie Faro Zone 3D Advanced wersja 2021 oferowane przez niego posiada dedykowaną bibliotekę wektorową, czyli taką,

która nie zmienia jakości wraz ze zmianą rozdzielczości. Bez względu na powiększenie, obraz zachowuje niezmienną jakość. Ponadto, posiada import znaków w postaci wektorowej (format SIGN). Powołał się przy tym na przedstawione zrzuty ekranu.

Stanowisko Izby wobec ww. twierdzeń przystępującego zostało wskazane już wyżej – wobec braku jakichkolwiek dowodów na istnienie i dostępność wersji 2021, bezpodstawne jest powoływanie się na oprogramowanie Faro Zone 3D Advanced w tej wersji, w okolicznościach powyżej przedstawionych.

Ad. Zarzutu nr 1 d):

W tym przypadku również przystępujący wskazywał, że zarzut odwołującego nie jest oparty o funkcjonalności zawarte w zaoferowanym oprogramowaniu Faro Zone 3D Advanced, w którym użytkownik ma możliwość wyboru europejskiej bazy danych. Baza „Europa” zawiera bazę pojazdów zgodnie z wymogiem OSMZ-19 wraz z typem sylwetki, obrysem sylwetki oraz opcjonalną możliwością ich zmiany na domyślne typy nadwozia. Przystępujący powołał się też na zrzut ekranu przedstawiony w piśmie procesowym.

W tym przypadku zachodzi zatem analogiczna jak wyżej sytuacja – przystępujący powołuje się na oferowanie oprogramowanie Faro Zone 3D Advanced wersja 2021 dopiero na etapie postępowania odwoławczego, nie uprawdopodobniając przy tym jego istnienia i dostępności oraz, że jest w jego posiadaniu.

Ad. Zarzutu nr 1 e):

Przystępujący w swojej argumentacji powołał się na zaoferowanie oprogramowania Faro Zone 3D Advanced wersja 2021 oraz, że ma ono możliwość użycia dedykowanych profili, pozwalających na otrzymanie wystandaryzowanego wymiaru linii. Z kolei symbole znaków poziomych, według przystępującego, można dodawać z biblioteki symboli, jak i poprzez funkcję oznaczania pasa drogowego. Również w tym zakresie przystępujący odwołał się do własnych zrzutów ekranu, zamieszczonych w piśmie procesowym.

Przedstawione przez odwołującego dowody potwierdzają natomiast brak możliwości nanoszenia symboli, umożliwiających rysowanie znaków poziomych. Izba podtrzymuje w tym zakresie stanowisko, zgodnie z którym przystępujący nie uwiarygodnił istnienia, dostępności i posiadania oprogramowania Faro Zone 3D Advanced w wersji 2021.

Ad. Zarzutu nr 1 f):

Przystępujący wskazał, że wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający postawił wymóg zapewnienia odpowiedniej biblioteki pozwalającej na wybór nachylenia odcinka drogi, a nie zapewnienia narzędzia do wyboru nachylenia/pochylenia drogi. Podkreślił, że oferowane przez niego oprogramowanie posiada funkcję wyboru stanu

nawierzchni oraz nachylenia oraz, że moduł ten jest nieodłącznym elementem oprogramowania wersji 2021. Dodał, że wymagania OSMZ-18 i OSMZ-3 należy rozpatrywać oddzielnie. Przedstawił zrzut ekranu na potwierdzenie swojego stanowiska.

Stanowisko Izby pozostaje jak wyżej. Przystępujący powołuje się na wersję 2021, co do której nie uprawdopodobnił nawet jej istnienia. Nie uprawdopodobnił, że została stworzona i ma już do niej dostęp.

Tymczasem, z dowodów przeprowadzonych przez odwołującego wynika, że nawet dobór nawierzchni jest iluzoryczny i nie zmienia warunków rekonstrukcji.

Ad. Zarzutu nr 1 g):

Przystępujący podał, że również w tym zakresie odwołujący odniósł się do starszych wersji oprogramowania, które nie posiadały funkcjonalności OSMZ-11, a oferowane w wersji 2021 już posiada. Ponownie przedstawił zrzuty ekranu.

Stanowisko Izby odnośnie twierdzeń i dowodów przystępującego (w postaci zrzutów ekranu) zostaje podtrzymane jak wskazano wyżej.

Odwołujący natomiast dodatkowo zaprezentował podczas rozprawy film obrazujący narzędzie do rysowania odcinków dróg i potwierdzający niespełnianie przez oprogramowanie przystępującego wymagań SIWZ.

Ad. Zarzutu 1 h):

Przystępujący podkreślił, że składając ofertę zadeklarował, że samodzielnie będzie świadczyć usługi aktualizacji w zakresie oprogramowania do szkicu miejsca zdarzenia. Jednocześnie wskazał, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczności podnoszone w przedmiotowym zarzucie. Przystępujący wreszcie wskazał, że nie trzeba posiadać autorskich praw majątkowych do oprogramowania, aby mieć uprawnienie do jego aktualizacji. Zapewnił, że będzie dostosowywał oprogramowanie do zmian obowiązujących w Polsce przepisów prawa. Zauważył, że Odwołujący w szczególności nie wykazał, że Przystępujący nie dysponuje licencją z polem eksploatacji do modyfikacji.

Niewątpliwie zawsze utrudnione jest przeprowadzenie negatywnego dowodu, tak jak w tym przypadku domaga się przystępujący – aby odwołujący wykazał, że przystępujący nie dysponuje licencją uprawniającą go do przeprowadzenia modyfikacji w oprogramowaniu Faro Zone 3D Advanced wersja 2021. Niemniej jednak należy uznać, że odwołujący przynajmniej podjął inicjatywę dowodową w tym zakresie przedstawiając umowę licencyjną producenta Faro Technologies Inc., z tym zastrzeżeniem, iż jest to licencja dla użytkownika, a nie dystrybutora, w której wskazano, że: *„Użytkownik nie może modyfikować, dostosowywać, tłumaczyć kodu, dokonywać inżynierii wstecznej,*

dekompilować, dezasemblować ani w inny sposób próbować tworzyć dzieł pochodnych z Licencjonowanego oprogramowania, ani w inny sposób zmieniać Licencjonowanego oprogramowania ani odkrywać jego kodu źródłowego”.

Przystępujący natomiast nie uprawdopodobnił w żaden sposób, iż będzie uprawniony do przeprowadzenia aktualizacji oprogramowania w wymaganym zakresie albo np., że taką aktualizację zapewni producent. Tym samym twierdzenia odwołującego nie zostały obalone.

Ad. Zarzutu 1 j):

Przystępujący podnosił, że zaoferowane przez niego oprogramowanie posiada funkcje swobodnego rozkładu osób/ładunków i łączenia ich z pojazdem poprzez zablokowanie wspólnego położenia. Oprogramowanie – według przystępującego – posiada też bazę obiektów z uwzględnieniem ich parametrów technicznych, jest możliwość też pozycjonowania samochodu na widoku z góry. Podkreślił, że oferowane oprogramowanie Faro Zone 3D Advanced wersja 2021 posiada bazę typowych sygnalizatorów świetlnych (w tym tych, których brak zarzucał odwołujący). Przystępujący powołał się na kolejne zrzuty ekranu.

W tym zakresie argumentacja Izby jest analogiczna jak wyżej (w odniesieniu do zarzutów opisanych w pkt 1 lit. a – g) przede wszystkim w odniesieniu do twierdzeń o oferowanej wersji oprogramowania. Z dowodów przedstawionych przez odwołującego, wynika natomiast, że oprogramowanie nie posiada odpowiedniej bazy pojazdów, czy sygnalizatorów, natomiast dostępne w bazie oznakowania są niezgodne z przepisami.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Natomiast w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp opisany w pkt 1 lit. i) odwołania.

W pkt 1 lit. i) odwołania odwołujący podnosił, że zaoferowane przez przystępującego urządzenie pomiarowe typu tachimetr nie umożliwia wykonania pomiarów obiektów i śladów na miejscu zdarzenia w sposób szybki, czego wymagał zamawiający.

Przystępujący zaoferował urządzenie: Tachimetr Topcon OS-105.

Izba oddalając ten zarzut miała na uwadze fakt, iż zamawiający nie zdefiniował w SIWZ pojęcia „wykonanie pomiaru w sposób szybki”. Ponadto, odwołujący wskazywał na długi okres przygotowania urządzenia do pomiaru, przy czym twierdził, że sam pomiar jest szybki. Z drugiej strony nie określił też czasu przygotowania do pomiaru.

Z kolei przystępujący wskazywał na znajdujący się na obudowie przycisk

szybkiego pomiaru, pozwalający na realizację pomiaru jednocześnie celując i patrząc na obiekt mierzony.

Niezależnie od powyższego, stwierdzić należy, iż wobec braku precyzyjnych postanowień specyfikacji w tym zakresie nie sposób czynić zarzut, którego konsekwencją miałyby być odrzucenie oferty wykonawcy. Dlatego zarzut ten został oddalony.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zastosowanie powyższego przepisu jako podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia wymaga kumulatywnego wykazania przesłanek w nim określonych, a mianowicie:

- 1) ustalenia, iż wykonawca przedstawił informacje niezgodne z rzeczywistością, wprowadzające w błąd zamawiającego;
- 2) przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (wina nieумыślna);
- 3) przedstawione informacje mają lub mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp podlega oddaleniu.

Przed wszystkim stwierdzić należy, że odwołujący nie wykazał wszystkich przesłanek, których ziszczenie się powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy TPI z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 odwołujący podnosił w trzech aspektach.

Po pierwsze, w zakresie przedstawienia informacji dotyczących potwierdzenia spełnienia przez dostawę określonych przez zamawiającego wymagań. Odwołujący podnosił, że wykonawca TPI do oferty załączył dokumenty zatytułowane Karty katalogowe BES, w których do kart katalogowych publikowanych przez producentów dodał informacje, stanowiące powtórzenie postanowień dokumentacji przetargowej, które miały potwierdzać, że dostawy spełniają wymagania postawione przez zamawiającego (zgodnie z Rozdz. VII ust. 2 pkt 2.1. SIWZ), i które miały sprawiać wrażenie, że są dokumentami pochodzącymi od producenta, a w rzeczywistości zostały przygotowane przez TPI i stanowią wyłącznie oświadczenie TPI.

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem VII ust. 2 pkt 2.1. SIWZ, w celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego, wykonawca wraz z ofertą miał złożyć opis urządzeń, potwierdzający wszystkie techniczno-użytkowe wymagania zamawiającego, wyszczególnione w Specyfikacji technicznej urządzenia. Zamawiający przy tym przykładowo wskazał na karty katalogowe, czy prospekty.

Podkreślić należy, że zamawiający w ramach wymaganego opisu urządzeń, jedynie przykładowo wymienił karty katalogowe i prospekty, nie przesądzając przy tym, że są to dokumenty bezwzględnie wymagane w tym postępowaniu, nie przesądzając też tego, że opis urządzeń ma np. wynikać z dokumentów pochodzących od producenta, a nie opierać się na oświadczeniu własnym wykonawcy.

Tym samym, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oparty tylko na tym, że zostały złożone dokumenty, które zostały w określony sposób przygotowane i sporządzone (także w sytuacji wzorowania tych dokumentów na karty katalogowe), a jednocześnie nie referujący do treści tych dokumentów, nie zasługuje na uwzględnienie. Skoro bowiem zamawiający nie wymagał złożenia dokumentu w formie wyłącznie karty katalogowej, to nawet ewentualne celowe przygotowanie przez przystępującego dokumentu w formie wzorowanej na karcie katalogowej, nie może być uznane za wprowadzenie zamawiającego w błąd, gdyż forma ta nie miała znaczenia dla oceny spełnienia wymogu.

Na marginesie, zwrócić też należy uwagę, że strony wytworzone przez wykonawcę TPI – stanowiące powtórzenie wymagań SIWZ, a które zostały włączone do kart katalogowych i przedstawione jako jeden dokument, nie mogły być inaczej odczytane niż jako oświadczenie własne wykonawcy – skoro powielały w istocie szczegółowe postanowienia SIWZ w tym postępowaniu.

Po drugie, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp odwołujący podnosił w kontekście przedstawienia informacji dotyczących potwierdzenia, że bezpłatna aktualizacja oprogramowania, znaków drogowych i biblioteki obiektów poprzez ich dostosowanie do obowiązujących przepisów prawa przez okres 6 lat od daty odbioru, będzie realizowana przez wykonawcę, pomimo, że nie ma on uprawnień do świadczenia usług aktualizacji oprogramowania.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w tym zakresie. Odnośnie przedstawienia informacji co do zapewnienia bezpłatnej aktualizacji oprogramowania przez wykonawcę odwołujący powołał się na argumentację w zakresie zarzutu związanego z niespełnieniem wymogu, o którym mowa w pkt 4.2. OPZ, oznaczonym jako OSMZ-37 OPZ, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba uwzględniła wprawdzie zarzut naruszenia

przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jednakże przesłanki zastosowania tego przepisu nie są tożsame z przesłankami zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Dlatego też w ocenie Izby uzasadnienie odwołującego, w kontekście wykazania wszystkich przesłanek dla zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest niewystarczające nawet z uwzględnieniem argumentacji odwołującego dotyczącej ogólnych rozważań kwestii winy przy referowaniu zarzutu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Po trzecie, odwołujący podnosił zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w związku z przedstawieniem przez wykonawcę TPI informacji dotyczących zaoferowania wykonania instruktażu w terminie 3 miesięcy od dnia podpisania umowy, pomimo, że wykonawca nie jest w stanie obiektywnie wykonać w tym terminie instruktażu, zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Bezsporne jest, że wykonawca TPI zaoferował, że wykona instruktaż w terminie nie przekraczającym 3 miesięcy. W ocenie odwołującego dotrzymanie tego terminu nie jest realne, m.in. z uwagi na założenia SIWZ w tym zakresie oraz na liczbę dni świątecznych przypadających w dni robocze.

Izba ustaliła, że w zakresie określenia terminu trwania instruktażu wykonawca przedstawił swoją ofertę w sposób jasny i czytelny dla zamawiającego, a ponadto zaoferowany termin –3 miesięcy - posiada ścisły związek z postanowieniami SIWZ, albowiem sam zamawiający ustalając pozacenowe kryterium oceny ofert – „Długość trwania instruktażu” – określił, iż przyzna maksymalną liczbę punktów w tym kryterium (10) za zaoferowanie wykonania instruktażu w ciągu 3 miesięcy. Jednocześnie z SIWZ wynika, że wykonawcy byli zobowiązani podawać czas trwania instruktażu w pełnych miesiącach (maksymalnie 5). W świetle jednoznacznych w tym zakresie wymagań SIWZ oraz faktu, że w chwili składania oferty wykonawcy nie mogą wiedzieć, w których miesiącach zamówienie będzie ostatecznie realizowane (np. czy będą to miesiące z określoną ilością dni wolnych), nie ma podstaw do postawienia przystępującemu zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykluczenia go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Tym samym zarzut w tym zakresie nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i w tym zakresie oddaliła odwołanie.

Mając powyższe na względzie Izba postanowiła częściowo uwzględnić odwołanie, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w oparciu o zarzuty opisane w pkt 1 lit. a) – h) oraz lit. j) odwołania. W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie. W konsekwencji, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

W kontekście rozstrzygnięcia w zakresie kosztów postępowania odwoławczego wyjaśnienia wymaga, iż Izba orzekając o kosztach wzięła pod uwagę okoliczność, że pomimo, oddalenia odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (w oparciu o zarzut opisany w pkt 1 lit. i) odwołania) oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, to pozostałe zarzuty zostały uwzględnione. Ich uwzględnienie spowodowało, że cel odwołującego – a polegający na wyeliminowaniu oferty przystępującego – został osiągnięty. Zatem, uwzględniając zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2 lit. b) w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1) 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 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....