

WYROK
z dnia 5 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Ewa Kisiel
Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 05.11.2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2019 r. przez wykonawcę **K. R., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K. R. z siedzibą w Warszawie ul. Kasjopei 71, 01-934 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław**

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego EUTRA K. R. ul. Kasjopei 71, 01-934 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
3. Zasada od odwołującego EUTRA K. R. ul. Kasjopei 71, 01-934 Warszawa na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław, kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z dnia 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław, dalej zwana „Zamawiającym” prowadzi postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przeprowadzenie w ramach Generalnego Pomiaru Ruchu 2020, bezpośrednich pomiarów ruchu drogowego, na odcinkach pomiarowych dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu”. Nr postępowania GDDKiA.O.WR.D~3.2413.161.2019.

Zamawiający dokonał podziału zamówienia na części i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na każdą z części. Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca EUTRA K. R. z siedzibą w Warszawie ul. Kasjopei 71, 01-934 Warszawa, dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum firm VIA VISTULA i IMS, jako nie odpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co jest niezgodne z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzucił również zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy OUTWORKING S.A., której Zamawiający przyznał drugą w kolejności największą liczbę punktów w częściach 1, 4, 5 i 7, jako nie odpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co jest niezgodne z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum firm VIA VISTULA i IMS i unieważnienia czynności wyboru Konsorcjum firm VIA VISTULA i IMS jako wykonawcy Zamówienia. Wniósł także o dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1, 4, 5, 7 i 8 przedmiotowego Zamówienia. Odnosząc się do kwestii dowodowych wniósł o przeprowadzenie dowodu z :

- ogłoszenia o przetargu;
- SIWZ;
- oferty Konsorcjum firm VIA VI STU LA i IMS z próbkami filmów;
- oferty wykonawcy OUTWORKING SA. z próbkami filmów;
- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, część 1;
- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, część 4;
- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, część 5;

- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, część 7;
- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, część 8.

Wskazał, że przeprowadzenie dowodów z ww. dokumentów ma nastąpić na okoliczność, iż przedstawione oferty nie odpowiadają treści SIWZ.

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż złożył ofertę w omawianym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w przypadku odrzucenia kwestionowanej przez Odwołującego oferty, a w przypadku Części 1, 4, 5 i 7 także oferty wykonawcy OUTWORKING SA, to oferta Odwołującego w przypadku Części 1,4, 5, 7 i 8 Zamówienia byłaby najkorzystniejsza.

Wskazał, że w tomie I SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców) w punkcie 14.5 Zamawiający ustalił, że ofertę stanowią m.in. (podpunkt 3) próbki nagrań wideo, o których mowa w Kryterium oceny ofert „Jakość - nagranie wideo” -pkt 19.1.2. Przywołany punkt 19.1.2 formułuje natomiast (w podpunkcie 1) m.in. następujące minimalne wymagania w zakresie próbek nagrań:

„... Próbki nagrań wideo powinny mieć długość 10-15 minut każda i być zarejestrowane przy drodze i prezentować ruch pojazdów w przekroju jezdni, w różnych warunkach oświetleniowych, przede wszystkim w nocy (ze sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment włączenia/wyłączenia oświetlenia) (...) i spełniać wymagania dotyczące jakości obrazu i technologii wykonania pomiaru określone w „Instrukcji GPR 2020”. Wystarczające jest przedstawienie próbek nagrań zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego. Wyjątek stanowi sytuacja (...) gdy Wykonawca pomiarów chce prowadzić pomiar na drogach dwujezdniowych z wykorzystaniem jednej kamery, wówczas próbki nagrań powinny być zarejestrowane również dla przekroju dwujezdniowego...”

Ponadto w punkcie IV.3.e tomu II SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia), Zamawiający *„... wymaga by Wykonawca pomiarów dostarczył wraz z ofertą próbki nagrań spełniające wymagania określone w „Instrukcji GPR 2020”, które będą podlegać ocenie przez Zamawiającego. Próbki nagrań muszą umożliwiać zarejestrowanie wszystkich pojazdów przejeżdżających przez przekrój pomiarowy (m.in. eliminacja zjawiska zasłaniania się pojazdów na drogach dwujezdniowych) oraz pozawalać na ich jednoznaczne zakwalifikowanie do jednej z wymaganych kategorii pojazdów, niezależnie od warunków oświetleniowych...”*

Z powyższych zapisów wynika, że Wykonawca powinien przedstawić co najmniej następujące próbki prezentujące ruch pojazdów:

- a) w nocy ze sztucznym oświetleniem w przekroju jednojezdniowym,
- b) w nocy bez sztucznego oświetlenia w przekroju jednojezdniowym,

c) włączenie lub wyłączenie oświetlenia w przekroju jednojezdniowym (okres przejściowy - wieczorem lub rano).

Nadto jeżeli Wykonawca zamierza wykonywać pomiary na drogach dwujezdniowych za pomocą jednej kamery powinien przedstawić powyższe trzy rodzaje nagrań również dla przekroju dwujezdniowego.

Stwierdził, że wybrany Wykonawca - Konsorcjum firm VIA VISTULA i IMS - w „Oświadczeniu o spełnieniu wymagań przez urządzenia wideorejestracji i nagrania zgłoszone w Ofercie” zadeklarował, że będzie prowadził na drogach dwujezdniowych pomiar z wykorzystaniem jednej kamery przy zachowaniu pełnej widoczności i czytelności wszystkich pasów ruchu pozwalającej na zarejestrowanie wszystkich pojazdów w przekroju pomiarowym i ich jednoznaczne zakwalifikowanie do jednej z kategorii. Powinien zatem załączyć wyżej wymienione trzy rodzaje próbek nie tylko dla przekroju jednojezdniowego ale także dla przekroju dwujezdniowego.

Wskazał, że wybrany wykonawca - Konsorcjum firm VIA VISTULA i IMS - przedstawił w ofercie siedem następujących próbek nagrań:

próbka nr 1 - przedstawiająca moment włączenia latarni w przekroju jednojezdniowym;

próbka nr 2 - przedstawiająca warunki nocne bez oświetlenia w przekroju jednojezdniowym;

próbka nr 3 - przedstawiająca warunki nocne lub wczesno poranne z oświetleniem sztucznym na drodze w przekroju dwujezdniowym;

próbka nr 4 - przedstawiająca warunki dzienne lub przejściowe (zachód słońca) przy bardzo dobrym oświetleniu naturalnym w przekroju dwujezdniowym;

próbka nr 5 - przedstawiająca warunki przejściowe lub wieczorne ze sztucznym oświetleniem w przekroju dwujezdniowym;

próbka nr 6 - przedstawiająca warunki dzienne lub przejściowe (wschód słońca) przy bardzo dobrym oświetleniu naturalnym i dodatkowym oświetleniu przy jezdniach lokalnych w przekroju dwujezdniowym;

próbka nr 7 - przedstawiająca warunki nocne ze sztucznym oświetleniem w przekroju jednojezdniowym.

Żadna z wymienionych próbek nie zawiera nagrania w nocy bez sztucznego oświetlenia w przekroju dwujezdniowym. Do tej kategorii z pewnością nie można zaliczyć nagrań w okresie wschodu lub zachodu słońca. W okresie bowiem co najmniej godziny po zachodzie i co najmniej godziny przed wschodem słońca panują warunki przejściowe (półmrok), co nie wystarcza do stwierdzenia, że Wykonawca zapewni pełną widoczność, czytelność i rozpoznawalność kategorii wszystkich pojazdów w całkowitej ciemności, czyli w nocy bez sztucznego oświetlenia. Oczywiście jest, że w świetle celu, jakiemu ma służyć zastosowanie

rejestracji wideo w Generalnym Pomiarze Ruchu, pojęcie „noc bez sztucznego oświetlenia” oznacza warunki całkowitej ciemności, a więc najgorsze warunki oświetleniowe, mogące wystąpić w punkcie pomiarowym. Interpretację tą zdaniem Odwołującego potwierdzają zapisy zatwierdzonych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad i obowiązujących w niniejszym postępowaniu „Wytycznych GPR 2020” (Część 3, punkty 12.3 i 12.4), gdzie oprócz punktów nieoświetlonych zwraca się także uwagę na możliwość wystąpienia awarii oświetlenia i konieczność zapewnienia na tę okoliczność technologii gwarantujących poprawne wykonanie pomiaru także w takich warunkach. Udowodnieniu dysponowania taką technologią - co oczywiste - służyć miał wymóg przedstawienia nagrań w nocy, bez sztucznego oświetlenia, czyli w całkowitej ciemności, a w przypadku Wykonawców deklarujących wykonanie pomiaru na drogach dwujezdniowych za pomocą jednej kamery - konieczność wykazania, że w tych warunkach obraz zapewnia rozpoznawalność kategorii pojazdów także na drogach dwujezdniowych (np. zasięg oświetlaczy podczerwieni).

Stwierdził, że przedstawiona przez Konsorcjum firm V1A VISTULA i IMS próbka nr 4 przedstawia nagranie na drodze nieposiadającej sztucznego oświetlenia, ale nie przedstawia nocy lecz okres zachodu słońca (zachód ten widać zresztą na nagraniu), charakteryzujący się znakomitym oświetleniem naturalnym. W próbce nr 6 mamy sytuację analogiczną, tylko dotyczącą okresu wschodu słońca, z dodatkowym doświetleniem przez latarnie znajdujące się przy jezdni lokalnej. Nie ulega wątpliwości, że żadna z tych próbek nie zawiera nagrania w całkowitej ciemności bez sztucznego oświetlenia. Dla wskazania, co oznaczałyby takie warunki, można posłużyć się przykładem początku nagrania zawartego w próbce nr 2 tego samego Wykonawcy, tyle że na drodze jednojezdniowej, choć i tu - ze względu na bliski czas pozostający do wschodu słońca (ok. pół godziny) - też prawdopodobnie nie było całkowitej ciemności.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdził, że oferta Konsorcjum firm VIA VISTULA i IMS nie spełnia wymogów w zakresie przedstawiania wymaganych nagrań wideo, który to brak nie może być konwalidowany na dalszym etapie postępowania. Brak ten powinien skutkować obligatoryjnym odrzuceniem oferty jako niespełniającej wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Podał, że wytyczne GPR 2020 zostały sformułowane m.in. w celu zweryfikowania na podstawie próbek nagrań, czy Wykonawca składający ofertę będzie w stanie wykonać pomiary w planowanym przez GDDKiA zakresie w różnych warunkach oświetleniowych i atmosferycznych. Podkreślił, że w takiej sytuacji nie sposób uznać, że przedstawione przez Konsorcjum firm VIA VISTULA i IMS w jego ofercie próbki nagrań spełniają wskazany cel.

Odnosząc się do zasadności sklasyfikowania oferty wykonawcy OUTWORKING S.A., która uzyskała największą po Konsorcjum firm VIA ViSTULA i IMS liczbę punktów w zakresie Części 1,4, 5 i 7 przedmiotowego zamówienia, podał, że oferta ta także nie spełnia warunków SIWZ i powinna zostać odrzucona przed ewentualnym jej wyborem. Wykonawca OUTWORKING S.A. w „Oświadczeniu o spełnieniu wymagań przez urządzenia wideorejestracji i nagrania zgłoszone w Ofercie” zadeklarował, że będzie prowadził na drogach dwujezdniowych pomiar z wykorzystaniem co najmniej dwóch kamer, po jednej na każdy kierunek ruchu. Wystarczyło zatem, aby załączył wymienione wcześniej trzy rodzaje próbek jedynie dla przekroju jednojezdniowego.

Zauważył, że z przytoczonych wcześniej zapisów SIWZ wynika, że Wykonawca powinien przedstawić nie jedną, a co najmniej dwie próbki nagrań (sugeruje to użycie liczby mnogiej w opisie), z których każda ma długość co najmniej 10 minut. Wykonawca OUTWORKING S.A. przedstawił tylko jedną próbkę, co jest niezgodne z wymaganiami SIWZ. Próbką ta zawiera nagranie z przekroju jednojezdniowego w okresie zachodu słońca, a więc w warunkach przejściowych. Prawdopodobnie (trudno jest to jednoznacznie ocenić, bo nie są widoczne oprawy latarni oświetleniowych) zawiera moment włączenia oświetlenia. Z uwagi na okres nagrania nie zawiera ona nocy, a w okresie półmroku zawiera nagranie ze sztucznym oświetleniem. W żadnym razie nie zawiera natomiast nagrania w nocy bez sztucznego oświetlenia. Ponadto jakość nagrania jest niska, co w niektórych przypadkach uniemożliwia rozpoznanie kategorii pojazdów, m.in. ze względu na rozmyty obraz.

Przykładowo:

- o godz. 17:51:05 pojazdu jadącego z przeciwka nie sposób przyporządkować do jednej z kategorii: osobowe/lekkie ciężarowe, z uwagi na nieczytelny zakres przeszklenia boku pojazdu;
- o godz. 17:52:02 w samochodzie ciężarowym jadącym z przeciwka nie da się określić liczby osi, co jest niezbędne przy pomiarze dodatkowym;
- o godz. 17:58:41 w samochodzie ciężarowym jadącym pasem bliżej kamery nie byłoby możliwości określenia liczby osi (niezależnie od warunków oświetleniowych, bo są one zasłonięte przez nadwozie pojazdu), co jest niezbędne przy pomiarze dodatkowym.

Stwierdził, że wystąpienie chociażby jednego z opisanych powyżej braków (tylko jedna próbka filmu, brak nagrania w nocy przy braku sztucznego oświetlenia, brak możliwości przyporządkowania pojazdu do wymaganych kategorii) powinno skutkować stwierdzeniem, że oferta nie spełnia wymogów w zakresie przedstawiania wymaganych nagrań wideo, który to brak nie może być konwalidowany na dalszym etapie postępowania. Brak ten powinien

skutkować obligatoryjnym odrzuceniem oferty jako niespełniającej wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości ponieważ jego zdaniem zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Na wstępie odniósł się do treści podniesionych przez Odwołującego żądań tj. o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia dokonanych przez Zamawiającego czynności polegających na wyborze oferty Konsorcjum N/IA VISTUI_A i IMS jako najkorzystniejszą;
- 2) odrzucenia oferty Konsorcjum VIA N/ISTULA i IMS;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu

Stwierdził, że przy tak postawionych wnioskach odwołanie nie spełnia przesłanek odwoławczych, jakie postawione zostały w art. 179 ust. 1 Pzp., jako że Odwołujący nie ma interesu prawnego w rozpoznaniu odwołania, gdyż nawet na skutek jego uwzględnienia przez Izbę, oferta Odwołującego nie będzie ofertą najkorzystniejszą.

Legitymowanie się przez wykonawcę wnoszącego odwołanie interesem w uzyskaniu danego zamówienia oznacza stan, w którym ma on lub miał realną szansę na uzyskanie danego zamówienia, zaprzeczoną niezgodnymi z przepisami czynnościami zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których zamawiający jest zobowiązany. Interes ten - w przeważającej części orzecznictwa - interpretowany jest wąsko jako interes w uzyskaniu zamówienia, które ma zostać udzielone w wyniku przeprowadzenia postępowania, w którym wnoszone jest odwołanie. W świetle tego poglądu niedopuszczalne jest żądanie unieważnienia postępowania i powoływanie się na interes w uzyskaniu ewentualnego zamówienia, udzielanego w kolejnym postępowaniu. Nawiązując do niezasadności zarzutów postawionych względem oferty wykonawcy OUTWORKING S.A. w Poznaniu podkreślił, że Odwołujący co prawda w *petitum* odwołania stawia zarzuty pod kątem oceny przez Zamawiającego także oferty złożonej przez tegoż wykonawcę, jednakże w żaden sposób nie wnioskuje o podjęcie jakichkolwiek czynności względem tej oferty, w szczególności nie wnosi o jej odrzucenie. Tym samym, nawet przy pełnym uwzględnieniu odwołania Odwołującego, nie zostanie mu udzielone zamówienie publiczne, jako że jego oferta nie będzie nadal ofertą najkorzystniejszą. Tym samym, Odwołujący nie wykazał przy wnoszeniu odwołania interesu prawnego rozumianego zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum VIA VISTULA i IMS, stwierdził, że brak jest podstaw by uznać zasadność stawianych przez Odwołującego zarzutów.

Odwołujący, przy uwzględnieniu pisma przygotowawczego Odwołującego z dnia 30 października 2019 r., ofercie Konsorcjum VIA VISTULA i IMS stawia zarzut, iż *oferta nie zawiera próbek nagrania w nocy bez sztucznego oświetlenia w przekroju dwujezdniowym i momentu włączenia lub wyłączenia oświetlenia w przekroju dwujezdniowym (okres przejściowy - wieczorem lub rano)*, tj zarzutu dotyczącego kryterium poza cenowej oceny ofert. Wskazał, że Odwołujący na stronie 5 swojego odwołania przedstawił przyjętą przez siebie definicję *nocy* i określa to następująco: *w całkowitej ciemności, czyli nocy oraz „noc bez sztucznego oświetlenia”, czyli w całkowitej ciemności*. Odwołujący powtarza to twierdzenie w swoim odwołaniu wielokrotnie, utożsamia pojęcie *nocy* ze stanem *całkowitej ciemności*. I słusznie, zdaniem Zamawiającego Odwołujący miał prawo przyjąć takie rozumienie *nocy*, jako oczywiście niesprzeczne z zapisami SIWZ. Jednakże można mieć wątpliwość jak rozumieć określenie *całkowita ciemność*, bo to pojęcie jest pojęciem niezdefiniowanym - od jakiej wartości luksów Odwołujący mamy już do czynienia z *całkowitą ciemnością*, a przy jakiej wartości luksów z takim stanem do czynienia nie mamy. Odwołujący nie podał jakichkolwiek obiektywnych kryteriów, jakimi można by ocenić istnienie lub nie *całkowitej ciemności*. Zauważył także, że wbrew temu co w swoim odwołaniu zdaje się sugerować Odwołujący, w jakimkolwiek dokumencie opisującym przedmiot postępowania, a stanowiącym składową SIWZ, Zamawiający niestety nie podał definicji *nocy*, a już na pewno nie zdefiniował tejże, jako *stan całkowitej ciemności*. Brak zawarcia przez Zamawiającego w SIWZ definicji *nocy*, sprawił, że zamawiający dokonując oceny wszystkich złożonych prawidłowo ofert wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musiał działać przy ocenie spełnienia lub niespełnienia warunków z kryterium pozacenowego, o którym mowa w 19.1.2. IDW, w zgodności i z zachowaniem norm, które ustanowione zostały w art. 7 ust. 1 Pzp oraz w art. 29 ust. 1 Pzp.

Na poparcie powyższego stanowiska wskazał na orzeczenie KIO 157/19 z dnia 15 lutego 2019 r. w którym Izba stwierdziła, iż: *W przypadku uznania, że warunek udziału w postępowaniu został sformułowany na tyle nieprecyzyjnie (lub wieloznacznie), że możliwa jest (z uwzględnieniem celu, jakiemu ten warunek ma służyć) jego różna interpretacja - to powstała wątpliwość powinna zostać rozstrzygnięta na korzyść wykonawcy. Wówczas uznaje się warunek za spełniony nawet wtedy, gdy taka interpretacja może prowadzić w danym postępowaniu do obniżenia wymagań.*

Stwierdził, że w związku z brakiem w SIWZ definicji „nocy”, dla zachowania zgodności z prawem i poszanowania w szczególności przepisów art. 7 ust. 1 Pzp. oraz w art. 29 ust. 1 Pzp. Zamawiający uznał za prawidłową każdą ofertę wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, który dla

konstruowania swojej oferty przyjął takie rozumienie nocy, które znajdowało racjonalne wytłumaczenie, i które wskazywało, że wykonawca mógł mieć uzasadnione podstawy do rozumienia pojęcia nocy w dany sposób.

Podkreślił, że Zamawiający przyjął dla oceny spełnienia warunków pozacenowych o których mowa w 19.1.2. IDW dwa – jego zdaniem uzasadnione, racjonalne i niesprzeczne z SIWZ nurty interpretacyjne pojęcia *nocy*, którymi kierował się w toku oceny złożonych ofert

- po pierwsze, Zamawiający przyjął w ocenie istnienia *nocy* rozumienie potoczne, słownikowe. Zgodnie z definicją *nocy*, jaka znajduje się w Słowniku Języka Polskiego PWN, *noc* to *czas od zachodu do wschodu słońca, kiedy jest ciemno na dworze*, przy czym ponieważ kryterium *jest ciemno* jest nieostre i subiektywne, Zamawiający poprzestał na kryteriach obiektywnych, tj. *noc to czas od zachodu do wschodu słońca*, a posiłkując się też definicją *nocy astronomicznej* jako *pory doby, podczas której Słońce znajduje się co najmniej 18° pod horyzontem* Zamawiający uznał, że okres od zachodu do wschodu Słońca w ujęciu astronomicznym spełnia kryterium *nocy* na potrzeby przedmiotowego postępowania.
- po drugie, Zamawiający uznał za zgodne z warunkami postępowania i zgodne z SIWZ rozumienie *nocy*, jakie wynika z technicznych warunków sprzętu pomiarowego i przechodzenia takiegoż urządzenia pomiędzy trybami rejestracji dzień/noc. Urządzenia wykorzystywane do rejestracji natężenia ruchu mają automatyczną funkcję przełączania pomiędzy trybami nagrywania dzień/noc, co charakteryzuje się wizualnie zmianą chromatyki obrazu rejestrowanego z kolorowego na quasi-noktowizyjny. Przełączanie pomiędzy tymi trybami jest warunkowane czasem lub natężeniem światła. Zamawiający przyjął, że *noc* w rozumieniu SIWZ to także okres od przełączenia się urządzenia rejestrującego w tryb nocny do ponownego przełączenia się urządzenia w tryb dzienny.

Przechodząc do analizy próbek przedstawionych do oferty przez Konsorcjum VIA VISTULA i IMS Zamawiający uznał, iż:

- 1) próbka filmu nr 4 spełnia warunek zarejestrowania w nocy bez sztucznego oświetlenia: próbka została zarejestrowana na dwujezdniowym odcinku w dniu 31 maja 2017 r. i obejmuje godz. 21:00 - 21:15, zaś zachód słońca w tym dniu nastąpił o godzinie 20:46, więc całe nagranie należy zaliczyć do nagrania w okresie nocnym bez oświetlenia.
- 2) próbka filmu nr 6 spełnia warunek zarejestrowania w nocy, ze sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment wyłączenia oświetlenia ulicznego: próbka została zarejestrowana na dwujezdniowym odcinku w dniu 20 września 2017 r. i obejmuje godziny 6:00 - 6:15, w tym dniu wschód słońca nastąpił o godzinie 6:19, natomiast światła zostały wyłączone o godzinie 6:04:54, tak więc nagranie zarejestrowało pomiar w nocy, ze sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment wyłączenia oświetlenia ulicznego.

W ocenie Zamawiającego obie próbki nagrań spełniają wymogi kryterium „Jakość - nagranie wideo (J)” przedstawione przez Zamawiającego w punkcie 19.1.2. IDW, a tym samym należy uznać zarzuty stawiane przez Odwołującego się ofercie Konsorcjum VIA VISTULA i IMS za całkowicie niezasadne.

Odnosząc się do zarzutów sformułowanych wobec oferty wykonawcy OUTWORKING S.A. w Poznaniu podał, że nie sposób podzielić konstatacji Odwołującego, a tym bardziej uznać zasadność stawianych przez Odwołującego zarzutów.

Odwołujący ofercie Konsorcjum OUTWORKING S.A. w Poznaniu stawia zarzut, iż po pierwsze *powinien przedstawić co najmniej dwie próbki nagrań, z których każda ma długość co najmniej 10 minut, a przedstawił tylko jedną próbkę, co jest niezgodne z wymaganiami SIWZ*; a po drugie, że próbka przedstawiona przez OUTWORKING S.A. *w żadnym razie nie zawiera natomiast nagrania w nocy bez sztucznego oświetlenia*; a po trzecie Odwołujący kwestionuje także jakość nagrania w odniesieniu do wymogów SIWZ.

W ocenie zamawiającego przedstawienie w jednym pliku wideo następujących po sobie próbek, z których każda spełnia wymagania. Sprzeczne z art. 7 ust. 1 Pzp byłoby wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy przedstawili materiał poglądowy w formie próbek wideo, merytorycznie i technicznie, jak i w zakresie długości spełniające warunki SIWZ, a dyskwalifikowane li tylko pod względem montażowym, jako że sztuczne rozdzielanie danego nagrania na więcej miałoby spełniać rzekomo warunki SIWZ. Takie podejście byłoby całkowicie sprzeczne z celem, jaki przyświecał przedstawieniu tychże próbek, a cel ten zdecydowanie nie konkretyzował się na wykazaniu przez wykonawców umiejętnościami montażysty filmowego.

Odnosząc się do drugiej kwestii dotyczącej zarzutu, iż nagranie OUTWORKING S.A. *w żadnym razie nie zawiera nagrania w nocy bez sztucznego oświetlenia* podał, że OUTWORKING S.A. załączyła do swojej oferty nagranie wideo, zawierające 2 próbki materiału wideo, obejmującą pomiar w nocy.

Za niezasadny uznał także zarzut dotyczący jakości nagrania przedstawionego przez OUTWORKING S.A. Jakość nagrania, kwestionowana przez odwołującego, według Zamawiającego była wystarczająca. Zamawiający w SIWZ nie wymagał, aby w próbkach nagrań ocenianych w kryterium „Jakość - nagranie wideo (J)”, możliwe było określenie liczby osi pojazdów ciężarowych. Zadowolająca pozostawała rozpoznawalność pojazdów według tablicy 1 (pkt 5.2.) Instrukcji GPR 2020, która wyszczególnia podział pojazdów na kategorie w pomiarze podstawowym.

Odwołujący w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 05 listopada 2019 roku podtrzymał zarzuty odwołania i stwierdził, że stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie jest niezasadne i nie znajduje oparcia w treści SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołane jest niezasadne i dlatego podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej – odwołania. W tym zakresie wskazać należy, że Zamawiający podniósł zarzut braku występowania po stronie Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania. Stanowisko takie Zamawiający wywodził z faktu, iż Odwołujący nie sformułował wobec oferty wykonawcy OUTWORKING S.A. żądania odrzucenia jego oferty. Tym samym prezentował stanowisko, że nawet w przypadku uwzględnienia odwołania wobec wykonawcy Konsorcjum firm VIA VISTULA i IMS i odrzucenia jego oferty to i tak na pierwszym miejscu – a więc najkorzystniejszą oferta w postępowaniu będzie nadal oferta wykonawcy QUTWORKING S.A., gdyż Zamawiający może utrzymać dotychczasową ocenę tej oferty. Wskazać należy, iż Odwołujący w odpowiedzi na pytanie Izby stwierdził, że żądania odrzucenia oferty tego wykonawcy w odwołaniu wprost nie postawił, jednakże uważa, że w przypadku nakazania Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, Zamawiający biorąc pod uwagę podniesione wobec tej oferty zarzuty powinien uznać, że nie spełnia ona wymagań SIWZ i podlega odrzuceniu, a to spowoduje, że to oferta Odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Izba odnosząc się do powyższych stanowisk na wstępie wskazuje, że niewątpliwym jest, iż zgodnie z treścią art. 180 ust.3 Pzp odwołanie winno zawierać sformułowane żądania. Taka sama potrzeba zawarcia w odwołaniu żądań wynika także z treści art.186 ust.2 i 3 Pzp, gdzie wskazano, że w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego, Zamawiający wykonuje czynności „zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”. Jednakże opierając się na treści art. 192 ust.7 Pzp stwierdzić należy, że Izba może orzekać tylko co do zarzutów podniesionych w odwołaniu. Brak jest wymagania aby orzeczenie uwzględniające zarzut odwołania pokrywało się wprost z postawionym żądaniem.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że Odwołujący na str. 2 odwołania zarzucił Zamawiającemu *”zaniechanie czynności odrzucenia oferty QUTWORKING S.A.”*, z powodu jej niezgodności z treści SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe kwestie Izba uznała, że Odwołujący spełnia przesłanki interesu o których mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp i tym samym posiada legitymację do wniesienia przedmiotowego odwołania.

Przechodząc do merytorycznej oceny podniesionych zarzutów wobec ofert obu wykonawców stwierdzić należy, że zasadniczą osią sporu pomiędzy stronami jest kwestia, kiedy należy uznać, iż przedłożona próbka została wykonana w nocy.

Odwołujący w odwołaniu a także piśmie procesowym złożonym na rozprawie podnosił, iż niewątpliwym jest, że Zamawiający w SIWZ nie podał definicji „nocy”, w związku z tym postanowienia SIWZ są nieprecyzyjne. W takiej sytuacji zdaniem Odwołującego zasadnym było posłużenie się potocznym rozumieniem pojęcia „noc”, a więc wtedy kiedy jest ciemno. Jednakże, oba ww. pojęcia są pojęciami nieostrymi, a więc brak jest możliwości jednoznacznego wskazania, kiedy jest tak ciemno, że należy uznać iż mamy noc, albo czy jest noc w sytuacji kiedy nie jest jeszcze/już ciemno. Niewątpliwie potoczne pojęcie nocy kojarzy się z ciemnością, jednakże Zamawiający w SIWZ nie zdefiniował tych pojęć.

Z powszechnie zdefiniowanych pojęć noc jest częścią doby, kiedy słońce znajduje się poniżej linii horyzontu, a więc mamy okres po zachodzie, a przed wschodem słońca. Jednakże powszechnie wiadomym jest, że w szczególności w okresie bezchmurnego nieba jasność danego okresu bezpośrednio przed wschodem, czy po zachodzie słońca nie wykazuje większego zróżnicowania. Niewątpliwie tak nieprecyzyjne postawienie wymagań przez Zamawiającego może rodzić problemy z wyborem oferty zgodnej z oczekiwaniami Zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe określenie „nocy” możliwe było zaprezentowanie próbek wykonanych niemalże przy dziennym oświetleniu. Nadto w takiej sytuacji fakt włączenia, czy wyłączenia oświetlenia ulicznego praktycznie ma bardzo niewielki wpływ na wykazanie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w różnych porach dnia i nocy. SIWZ stawiał wymagania złożenia próbek w określonych porach dnia, natomiast nie wskazywał, co w ramach tej próbki winno zostać wykazane Zamawiającemu i przy jakim natężeniu oświetlenia, np. w luksach.

Izba uznała, że w oparciu o tak ustalone postanowienia SIWZ Zamawiający faktycznie nie miał innej możliwości jak uznać, że każda próbka nagrania wykonana w porze po zachodzie a przed wschodem słońca została wykonana w nocy niezależnie od natężenia jasności oświetlenia w tym okresie. Biorąc to pod uwagę Izba uznała, że w takiej sytuacji oferta wykonawcy konsorcjum VIA VISTULA i IMS jest zgodna w warstwie merytorycznej z

oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ, gdyż wymagana ilość próbek została wykonana w prze nocnej, niekoniecznie wtedy, kiedy można by uznać, że było faktycznie ciemno (por. wyrok KIO z dnia 24.10.2019 roku sygn. KIO 2034/19).

Nadto Izba analizując złożone próbki uznała, że zarówno próbka nr 4 i nr 6 złożona przez Konsorcjum spełniała warunek zarejestrowania ruch pojazdów w nocy bez sztucznego oświetlenia (próbka 4) i w nocy ze sztucznym oświetleniem (próbka nr 6).

Dodać należy także, że na rozprawie Odwołujący postawił dodatkowy zarzut, iż Zamawiający nie ustalał miejsc gdzie wykonywane były próbki, gdyż przyjmował czas wschodu i zachodu słońca wyłącznie według strefy czasowej dla miasta Warszawa w sytuacji, kiedy w zależności od szerokości geograficznej ten czas dla różnych miejsc w Polsce może być zupełnie inny. W tym zakresie Izba uznała, że zarzut ten nie podlega rozpoznaniu, gdyż nie był postawiony w odwołaniu, a nadto to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie, a Odwołujący nie wykazał iż próbki były wykonywane w miejscach i w innej porze niż noc.

Oceniając prezentowaną przez Odwołującego argumentację co do zasadności zarzutów, niewątpliwie należy zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że Odwołujący dla potrzeb tego odwołania z nieostrych i dwuznacznych określeń SIWZ i odpowiedzi na odwołanie dotyczących „nocy” oraz „pojęcia ciemno” wykreował własną treść wymagań, jakie powinny być postawione próbkom. Izba uznała, że sposób interpretacji SIWZ dokonany przez Odwołującego w sposób znaczący odbiegał od tego, co Zamawiający wprost wyartykułował w treści SIWZ.

W odniesieniu do zarzutów wobec oferty wykonawcy OUTWORKING S.A. Odwołujący zarzucał, iż wykonawca ten powinien przedstawić co najmniej dwie próbki nagrań, z których każda ma długość co najmniej 10 minut, a przedstawił tylko jedną próbkę, co jest niezgodne z wymaganiami SIWZ, ponadto próbka przedstawiona przez OUTWORKING S.A. zawierała nagrania w nocy bez sztucznego oświetlenia, a także kwestionował jakość nagrania w odniesieniu do wymogów SIWZ.

Jeśli chodzi o zarzut pierwszy to Odwołujący wskazywał, że wykonawca OUTWORKING S.A. winien przedstawić nie jedną, a co najmniej dwie próbki nagrań z których każda winna być nie krótsza niż 10 min. Izba uznała za prawidłowe stanowisko Zamawiającego w świetle treści SIWZ oraz zawartości załączonego pliku, że przedstawienie kilku próbek w jednym pliku nie może być uznane za sprzeczne z wymaganiami SIWZ. Istotnym w sprawie był fakt przedstawienia próbek o ustalonej długości, natomiast kwestia czy te 10 minutowe sekwencje nagrań video były połączone w jeden plik było kwestią

drugorzędną i na pewno nie niezgodną z SIWZ, gdyż Zamawiający nie zastrzegł, iż każda próbka winna stanowić samodzielny osobny plik.

W zakresie drugiego zarzutu wobec oferty wykonawcy OUTWORKING S.A. Odwołujący zarzucał, że nie zawiera ona nagrania w nocy bez sztucznego oświetlenia to podkreślić należy, że wykonawca ten wraz z oferta przedłożył nagranie video zawierające dwie próbki nagrań obejmującą pomiar w dniu 18 października 2017 r. w godzinach 17:47:35 - 18:10:57, bez i ze sztucznym oświetleniem, w tym moment włączenia oświetlenia ulicznego o godzinie 17:49. Zachód słońca w tym dniu nastąpił o godzinie 17:35, więc zgodnie z przedstawioną definicją *nocy*, nagranie to zawiera pomiar w nocy. Tak więc Izba stwierdziła brak podstaw do uznania tego zarzutu.

Również pomimo nienajlepszej jakości nagrania Izba oddaliła ten zarzut uznając, że niewątpliwie obrazy pojazdów na nich wskazane można jednoznacznie przyporządkować do danej kategorii pojazdów opisanych w pkt 5.2 Tabela 1. Natomiast co do kwestii rozpoznawalności ilości osi w próbkach video to Izba przyjęła za zasadne stanowisko Zamawiającego w tej kwestii, iż Zamawiający w SIWZ, w szczególności w pkt 19.1.2.IDW nie wymagał, aby w próbkach nagrań ocenianych w kryterium „Jakość - nagranie wideo (J)”, możliwe było określenie liczby osi pojazdów ciężarowych. Zadowolająca pozostawała rozpoznawalność pojazdów według tablicy 1 (pkt 5.2.).

Izba uznała, że to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodowy w zakresie podniesionych zarzutów, gdyż to Odwołujący w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania wywodził dla siebie korzystne skutki prawne. Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na wskazywanych dowodach to muszą one być kategorię i wiarygodne. Takich dowodów Odwołujący nie przedstawił.

Izba podkreśla, że ustalona w SIWZ przez Zamawiającego treść wymagań co do składanych wraz z ofertami próbek nie można określić jako ideał pod względem jednoznaczności i klarowności dokonanego opisu. Jednakże treść ta nie została zakwestionowana na odpowiednim etapie przez wykonawców i wiąże w pełni strony postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów prawa wskazanych w odwołaniu, gdyż takie naruszenia nie zostały w sposób bezsporny wykazane przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 1 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący

.....

.....