

**WYROK**

**z dnia 24 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu: 16, 21 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 27 grudnia 2013 r. przez wykonawcę: Megmar Logistics Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowego Instytut Badawczy z Warszawy

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień pkt VI, ppkt 2 SIWZ opisu przedmiotu zamówienia (specyfikacji technicznej), w ten sposób, iż słowa „certyfikatem wydanym przed złożeniem ofert” zastąpić słowami „certyfikatem wydanym nie później niż na dzień zawarcia umowy”. Ponadto nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w pozostałych postanowieniach SIWZ wraz z załącznikami.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowego Instytut Badawczy z Warszawy i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę: Megmar Logistics Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2) zasądza od Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowego Instytutu Badawczego z Warszawy kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy

sześćset złotych zero groszy) na rzecz Megmar Logistics Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowy Instytut Badawczy z Warszawy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: *„Projekt, dostawa, instalacja i uruchomienie operacyjne automatycznych systemów pomiarowych parametrów meteorologicznych AWOS na potrzeby meteorologicznej osłony lotnictwa cywilnego na lotniskach w Katowicach, Krakowie, Wrocławiu, Rzeszowie, Łodzi, Szczecinie i Gdańsku oraz automatycznych systemów stanu nawierzchni drogi startowej Ice-alert dla portów lotniczych w Katowicach, Rzeszowie, Łodzi i Szczecinie”*.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 18 grudnia 2013 r., zaś w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 grudnia 2013 r.

Wykonawca Megmar Logistics Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 27 grudnia 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podważając czynność Zamawiającego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp t.j. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. poprzez takie sformułowanie wymagań opisu przedmiotu zamówienia, przy których spełnieniu możliwy jest udział tylko jednego wykonawcy.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o: 1) uwzględnienie odwołania w całości; 2) nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez zmianę lub usunięcie z niej zapisów naruszających wskazane przepisy ustawy Pzp, 3) Zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

W ocenie Odwołującego SIWZ zawiera postanowienia naruszające przepisy ustawy Pzp, których brzmienie prowadzi do zablokowania możliwości udziału w postępowaniu innych konkurencyjnych wykonawców i tym samym, w celu zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania, niezbędne jest dokonanie stosownych modyfikacji przedmiotowych postanowień tejże specyfikacji. Dla poprawnego działania systemu Zamawiający wymaga dostarczenia czujnika aktywnego i pasywnego jednego producenta. Takie rozwiązanie – w ocenie Odwołującego - może zapewnić funkcjonalność systemu, ale wcale go nie warunkuje. Aby zastosowany system był wysoce funkcjonalny i sprawdzony konieczne jest zastosowanie czujników, które będą ze sobą współpracowały. Ich wzajemne oddziaływanie nie zależy jednak od tego, od jakiego producenta pochodzą, lecz od systemu, który czujnikami zarządza. Dlatego tworzone są systemy otwarte, które umożliwiają wspólną pracę czujników pochodzących od zupełnie różnych producentów. Z punktu widzenia użytkownika nie ma bowiem znaczenia, kto wytwarza dany sensor, lecz czy daje on właściwe wyniki pomiarów. Dobrze zaprojektowany system ostrzegania o oblodzeniu jest systemem otwartym i pozwala na pracę czujników różnych producentów, zapewniając wysoką funkcjonalność systemu. Co więcej rozwiązanie, które umożliwia instalacje czujników aktywnego i pasywnego różnych producentów daje możliwość ich dowolnej zmiany, nie wymuszając kooperowania wyłącznie z jednym dostawcą przez cały okres użytkowania systemu. Jak podkreślił Odwołujący na wielu europejskich lotniskach od dawna działają już systemy wykorzystujące czujniki aktywny i pasywny wytwarzane przez różnych producentów. Rozwiązanie takie jest zatem sprawdzone, w pełni funkcjonujące i sprawne. Ponadto Zamawiający wymaga, aby „dostarczony został certyfikat wystawiony przez akredytowany, podmiot badawczy drogownictwa”. Oznacza to w ocenie Odwołującego, że nie jest możliwe dostarczenie certyfikatu potwierdzające zgodność z normą wydanego przez jakikolwiek inny akredytowany i uznany podmiot badawczy. Z uwagi na fakt, że czujnik nie będzie używany w drogownictwie, zapis Zamawiającego nie jest – według Odwołującego - zasadny w najmniejszym stopniu. Dodatkowo dostarczenie certyfikatu na zgodność z normą przed terminem składania ofert również nie jest zasadne. Zamawiający wymaga, aby certyfikat na zgodność z normą został przygotowany w bardzo szczegółowy sposób i przedstawiony Zamawiającemu jeszcze przed terminem złożenia ofert. Biorąc pod uwagę krótki czas na złożenia ofert oraz długi czas prób i przygotowywania dokumentów przez laboratoria, nie jest możliwe przygotowanie przeprowadzenie testów i przygotowanie certyfikatu w tak krótkim czasie. Zamawiający zatem w ocenie Odwołującego dopuszcza więc do postępowania jedynie tych oferentów, którzy przedstawiony i ściśle opisany dokument już posiadają. Zgodnie z praktyką zamówień publicznych wymagany przez Zamawiającego dokument powinien zostać dostarczony na etapie dostawy sprzętu, a nie przed terminem składania ofert. Ponadto wymagane jest aby czujnik aktywny i pasywny był nie wyższy niż 4 cm. Z

uwagi na technologię, jaka jest używana do instalacji czujników oraz wymogów postawionych przez Zamawiającego dotyczących wykonania otworów inspekcyjnych oraz konieczności wykorzystania istniejącego ruraru na lotniskach, zapis ten w ocenie Odwołującego nie ma żadnego znaczenia. Ingerencja w nawierzchnię przy instalacji czujników jest taka sama lub mniejsza niż przy instalacji świateł drogi startowej. Jeśli zatem wysokość czujnika będzie większa niż 4 cm, nie wpłynie ona w żaden sposób na działanie systemu i ingerencję w drogę startową. Dodatkowo również Odwołujący nie zgadza się z wymaganiem Zamawiającego aby, element aktywny był w czujniku pasywnym. Czujnik aktywny i pasywny instalowane są razem w każdym klastrze, aby się uzupełniały. Czujnik aktywny jest odpowiedzialny za wyznaczanie temperatury zamarzania cieczy na nawierzchni w sposób aktywny (element Peltiera). Nie ma więc – w ocenie Odwołującego - potrzeby, aby czujnik pasywny posiadał ogniwo aktywne. Jeśli Zamawiający nie jest pewien czy podawane z czujnika aktywnego wartości są właściwe, powinien wymagać zabezpieczenia co najmniej 3 czujników aktywnych w każdym klastrze. Odwołujący nie zgodził się również z wymaganiami Zamawiającego co do generowania automatycznych alarmów przez stację sterującą czujnikami. Według Odwołującego z punktu widzenia właściwego działania systemu nie ma znaczenia czy alarmy generowane są w stacji sterującej czujnikami. Taka stacja wymaga bowiem odpowiedniego oprogramowania, a dla działania system nie ma znaczenia czy to oprogramowanie znajduje się w stacji czy też np. na serwerze. Jeśli Zamawiający chce rozwiązania bezpieczniejszego powinien wymagać generowania alarmów przez system informatyczny.

Odwołujący zaznaczył, iż w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym postanowienia zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia rażąco naruszają zasady uczciwej konkurencji. Podstawowym warunkiem udzielania zamówień publicznych jest formułowanie wymogów niezbędnych do udziału w postępowaniu w sposób adekwatny do rzeczywistych potrzeb niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający, w niniejszym postępowaniu, nie dostosował SIWZ do ww. norm i tym samym postępowanie przez niego prowadzone nie może dalej toczyć się w oparciu o aktualne brzmienie SIWZ, gdyż naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji.

Postanowienia SIWZ - co do opisu przedmiotu zamówienia i wymagań Zamawiającego - stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Megmar Logistics Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz**

**postanowienia SIWZ, - jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie niniejszego odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 30 grudnia 2013 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 3 stycznia 2014 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Integra K. Sp. z o.o. z Gdyni.

Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Integra K. Sp. z o.o. z Gdyni, z uwagi na przekroczenie terminu wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest: *„Projekt, dostawa, instalacja i uruchomienie operacyjne automatycznych systemów pomiarowych parametrów meteorologicznych AWOS na potrzeby meteorologicznej osłony lotnictwa cywilnego na lotniskach w Katowicach, Krakowie, Wrocławiu, Rzeszowie, Łodzi, Szczecinie i Gdańsku oraz automatycznych systemów stanu nawierzchni drogi startowej Ice-alert dla portów lotniczych w Katowicach, Rzeszowie, Łodzi i Szczecinie”.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ponadto Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Opis przedmiotu zamówienia (specyfikacja techniczna):

Pkt VI Wymagania ogólne dla systemu stanu nawierzchni drogi startowej Ice-alert; ppkt 2 Wymagania dla aktywnych czujników stanu nawierzchni:

- Spełnienie normy musi być udokumentowane certyfikatem wydanym przed złożeniem ofert, przez właściwy europejski (UE) akredytowany (certyfikowany) podmiot badawczy drogownictwa na podstawie przeprowadzonych niezależnych badań i testów.
- Certyfikat musi także jednoznacznie stwierdzać, że czujnik wklejony w nawierzchnię osiąga dokładności, co najmniej takie jakie są wymagane normą oraz że procedura badawcza będąca podstawą wydania certyfikatu była tożsama z procedurami badawczymi wymaganymi przez standard PD CEN/TS 15518:4:2013 dla mierzonej temperatury zamarzania.
- Czujnik ze względu na minimalizację ingerencji w nawierzchnię nie powinien być wyższy niż 4 cm (+/-5%).

Pkt VI Wymagania ogólne dla systemu stanu nawierzchni drogi startowej Ice-alert; ppkt 3 Wymagania dla pasywnych czujników stanu nawierzchni

- Ponieważ rozwiązanie musi być wysoce funkcjonalne i sprawdzone dopuszcza się wyłącznie zastosowanie w każdej parze kompatybilnych (jednego producenta), czujnika pasywnego i aktywnego.
- Czujnik ze względu na minimalizację ingerencji w nawierzchnię nie powinien być wyższy niż 4cm (+/-5%).

Pkt VI Wymagania ogólne dla systemu stanu nawierzchni drogi startowej Ice-alert; ppkt 2 Wymagania dla aktywnych czujników stanu nawierzchni; ppkt 4 „Wymagania dla stacji sterowania czujnikami nawierzchni”: Przynajmniej jedna stacja sterująca czujnikami nawierzchni musi posiadać, co najmniej poniższą charakterystykę:

f ) bezpośrednio generowanie w stacji następujących alarmów:

- warunki zimowe - aktywowany, gdy nawierzchnia staje się mokra, a temperatura powietrza lub nawierzchni spada poniżej 0 °C (alarm poziomu 1);
- niebezpieczeństwo pojawienia się lodu - aktywowany, gdy różnica temperatur pomiędzy temperaturą nawierzchni a temperaturą zamarzania roztworu wodnego obecnego na nawierzchni jest równa lub mniejsza 2 °C (alarm poziomu 2)
- obecność lodu na nawierzchni - aktywowany, gdy struktury lodu pojawiają się na nawierzchni z rozróżnieniem na lód, gołoledź, szron, zmrożony śnieg (alarm poziomu 3);

- wilgotność albo mokra nawierzchnia - aktywowany po wykryciu wilgoci z rozróżnieniem pomiędzy co najmniej czterema stanami nawierzchni;
- konieczność interwencji w stacji lub sensorze (alarm auto - diagnostyczny).
- Nie dopuszcza się rozwiązań, gdzie powyższe alarmy są generowane poza stacją np. w systemie informatycznym. W przypadku wygenerowania alarmu stacja musi automatycznie wysłać informację do systemu informatycznego.
- Stacja musi mieć możliwość przeprowadzania regularnej auto - diagnostyki i testów wszystkich podłączonych czujników oraz generowania alarmów w przypadku wykrycia nieprawidłowości.
- Stacja musi zapewniać ewentualną, przyszłą integrację z systemami spryskującymi dla zapobiegania gołoledzi. Stacja musi mieć stopień ochrony minimum IP 55.

Zamawiający w dniu 3 stycznia 2014 r. dokonał modyfikacji postanowień SIWZ, zaś w terminie 10 i 14 stycznia 2014 r. udzielał odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania.

**Mając powyższe na względzie Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Zarzut Odwołującego dotyczący postanowień SIWZ w zakresie wymogów dostarczenia czujnika aktywnego i pasywnego jednego producenta, czujnika aktywnego i pasywnego nie wyższego niż 4 cm, elementu aktywnego w czujniku pasywnym oraz generowania automatycznych alarmów przez stację sterującą czujnikami, - czym w ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 art. 7 ustawy Pzp, - w zaistniałym stanie faktycznym należy uznać za niezasadny. Wobec cofnięcia przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, powyższy zarzut nie był przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbą Odwoławczą.

Zgodnie z art. 29 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W tym zakresie ustawa wprowadza zakaz, iż opisu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp).

Izba przychyliła się do stanowiska wyrażonego przez Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 22 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 25/08, z którego wynika, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspakajał jego potrzeby. Jak wskazał Sąd Okręgowy sama okoliczność, że opis zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez skarżącego nie wskazuje na naruszenie



zasad udzielania zamówień publicznych. Jednocześnie jednak Zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: „*Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy*”.

Izba podziela pogląd Odwołującego, że dla stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarcza wprawdzie zaistnienie możliwości utrudnienia konkurencji. Jednakże wykazanie możliwości naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuując w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na Zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontradyktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp), a i brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie uprawnia do takiego wniosku. Z drugiej jednak strony Zamawiający winien jednak przekonać Izbę, że dany parametr znajduje uzasadnienie w jego potrzebach. Tylko bowiem Zamawiający wie, jaki konkretnie efekt zamierza osiągnąć w drodze zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 54/12).

W ocenie Izby Odwołujący, który poprzestał jedynie na swych twierdzeniach, nie wykazał zaistnienia możliwości utrudnienia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Co do wymogu dostarczenia czujnika aktywnego i pasywnego jednego producenta Zamawiający wyjaśnił, że celem tak postawionego wymogu dla każdego z systemów było zapewnienie pełnej kompatybilności technicznej i funkcjonalnej systemu, tj. by czujniki nie tylko spełniły postawione wymagania techniczno-formalne (np. dokładność, zakres i rozdzielczość pomiaru), ale także by zapewnione było pełne wykorzystanie generowanych przez nie sygnałów i parametrów. Komplementarna para czujników oznacza, że są one wzajemnie ze sobą kompatybilne i całkowicie wyeliminowane zostało prawdopodobieństwo uchybów i błędów pomiarowych związanych z zastosowaniem czujników różnych producentów. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko powołał się na kompatybilność techniczną, funkcjonalną, technologię komunikacyjną, wskazując jednocześnie na

bezpieczeństwo takiego rozwiązania. Zamawiający wskazał dodatkowo, że wymóg dostarczenia obu czujników stanu nawierzchni od jednego producenta dla danego systemu jest szczególnie uzasadniony i nie ogranicza konkurencji. Jak wskazał Zamawiający – co również zostało potwierdzone przez broszury złożone przez Odwołującego - istnieje wiele przykładów europejskich firm producentów oferujących jednocześnie różne czujniki aktywne i pasywne, i można tu wymienić następujące firmy:

- 1) Vaisala: DRP110 (aktywny), FP 2000 (pasywny);
- 2) Boschung: ARCTIS (aktywny), BOSO (pasywny);
- 3) Lufft: ARS 31 (aktywny), I RS 31 (pasywny)
- 4) Frindlay Irvine: DRSS (aktywny), APSS (pasywny), SSFI (pasywny);
- 5) ASFT: Frensor (aktywny), Surface temperature sensor (pasywny), Frod Ground frost sensor (pasywny).

Zatem wobec przedstawionej argumentacji Krajowa Izba Odwoławcza za nietrafiony uznała zarzut ograniczenia ilości potencjalnych oferentów, jacy mogliby przystąpić do przetargu, ze względu na warunek dotyczący produkcji czujników aktywnych i pasywnych przez jednego producenta.

Co do zarzutu dotyczącego wymogu postawionego wobec czujnika aktywnego i pasywnego nie wyższego niż 4 cm, Izba uznała że również w tym przypadku nie zostało wykazane zaistnienie możliwości utrudnienia konkurencji. Należy pamiętać, że skorzystanie przez Zamawiającego z jednej z istniejących metod wykonania zamówienia (sposobu jego wykonania) nie może być uznane za ograniczenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia uprawniony był – co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym - do wyboru metody wykonania zamówienia stosownie do swoich potrzeb opisanych w SIWZ. Uzasadnione wydało się zatem stanowisko Zamawiającego co do minimalnej ingerencji w nawierzchnię ze względu na to, że instalacja czujników miała się odbywać na drogach startowych, głównie starszych, pokrytych również nawierzchnią bitumiczną. W przypadku nawierzchni asfaltowych wierzchnia warstwa bitumiczna, tzw. warstwa ścieralna, ma zazwyczaj grubość ok. 4-5 cm. Głębiej położona warstwa - zwana warstwą wiążącą - powinna mieć grubość ok. 10 cm. W przypadku starszych dróg bitumicznych może dochodzić do degradacji nawierzchni np. w postaci częściowego odspajania się obu warstw. Ingerencja w nawierzchnię asfaltową polegająca na przecięciu spoiny warstwy ścieralnej z warstwą wiążącą może powodować zwiększoną penetrację wilgoci i w okresie mrozów rozsadzanie poszczególnych warstw nawierzchni. Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza za nietrafiony uznała zarzut ograniczenia

konkurencji, ze względu na wymaganie postawione wobec czujnika aktywnego i pasywnego nie wyższego niż 4 cm.

Co do zarzutu dotyczącego elementu aktywnego w czujniku pasywnym jak wskazano czujnik pasywny z wbudowanym pomocniczym elementem aktywnym tzw. ogniwnem Peltiera służącym do zmiany temperatury nawierzchni ma zapewnić redundancję na wypadek awarii głównego czujnika aktywnego. Jak słusznie zauważył Zamawiający wysoka jakość pomiaru nie wyklucza potencjalnego ryzyka uszkodzenia tego kluczowego i wrażliwego elementu systemu. W przypadku awarii czujnika aktywnego Zamawiający oczekuje takiego działania czujnika pasywnego (redundantnego), które podtrzyma prawidłowe działanie systemu do czasu wymiany uszkodzonego czujnika. Funkcję taką spełniają czujniki pasywne z wbudowanym elementem aktywnym. Brak redundancji może powodować czasowy brak danych i alarmów dla odbiorców a tym samym niemożność zagwarantowania danych, koniecznych dla funkcjonowania portu lotniczego. Ponadto - niezależnie od nazewnictwa – na rynku występuje wiele czujników, które posiadają obok elementu pasywnego element aktywny. Zamawiający tym samym wskazał na następujące firmy, jak np.: Boschung: BOSO, Vaisala:DRP110, Frindlay Irvine: Demountable Runway Surface Sensor (DRSS), Lufft: ARS 31 Pro UMB. Zatem również za nietrafny uznano zarzut ograniczenia konkurencji, ze względu na wymaganie co do elementu aktywnego w czujniku pasywnym.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ograniczenia konkurencji dotyczących wymogów generowania automatycznych alarmów Izba wzięła pod rozwagę argumentację Zamawiającego, że wymóg ten został postawiony ponieważ alarmy mają powstawać z pierwotnych, surowych danych zebranych z czujników tak, by minimalizować ryzyko błędów będących wynikiem przetwarzania. Parametry, które docelowo są odczytywane jako np. wartość wyrażona w procentach czy stopniach celsjusza w pierwotnej postaci są pewnymi stanami elektrycznymi, które dopiero dalej są interpretowane. Zamawiający wskazał również, że generowanie alarmów w stacjach pełni także funkcję redundancyjną, która jest szeroko wymagana w obu systemach, umożliwiającą w przypadku awarii lokalnego systemu informatycznego, czasowe przekazywanie danych i alarmów do innego „zewnętrznego” systemu informatycznego przy pełnym podtrzymaniu dostawy wymaganych danych i alarmów użytkownikom. Wobec powyższego za nietrafny uznano zarzut ograniczenia konkurencji, ze względu na wymaganie co do generowania automatycznych alarmów.

Ponadto Izba rozstrzygając niniejszą sprawę, wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej z przedłożonych przez Odwołującego dowodów dotyczących firmy Boschung, tj. wydruków ze stron internetowych i prezentacji nie wynika w żaden sposób szczegółowa specyfikacja poszczególnych czujników. Na tej podstawie Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy czujniki tej firmy oraz innych firm spełniają postawione wymogi, czy też ich nie spełniają. Ogólne dane dotyczące przedstawionych czujników firmy Boschung bądź innych firm przywołanych przez Odwołującego umożliwiają jedynie stwierdzenie, że takie czujniki istnieją na rynku i mogą wymogi te spełniać. Stwierdzenie Odwołującego, że jedynie firma Boschung spełnia wymagania Zamawiającego, jest jedynie twierdzeniem Odwołującego, a przywołane broszury (i wskazane w nich parametry) mogą ulec zmianie, mogą być modyfikowane. Zatem na tej podstawie Izba nie jest w stanie stwierdzić, że tylko firma Boschung spełnia wymagania Zamawiającego. Ponadto Odwołujący nie złożył wyraźnych oświadczeń tych firm, że nie są w stanie spełnić oczekiwań Zamawiającego, podmioty te (m. in. np. Vaisala, Luft) również nie przystąpiły do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Dodatkowo również, biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego, twierzącego m. in., że nie ma potrzeby wykonania zamówienia metodą wskazaną przez Zamawiającego należy zauważyć, że Zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia (wybierając jednocześnie metodę realizacji zamówienia) stosownie do swoich potrzeb. Nie można zatem narzucić Zamawiającemu, - aby zamówienie wykonane zostało metodą preferowaną przez Odwołującego, skoro przyjęcie takiego rozwiązania jest uzasadnione potrzebami i wymaganiami Zamawiającego, a jednocześnie jest jedną z kilku metod możliwych do przyjęcia w celu wykonania przedmiotowego zamówienia. Owszem ograniczenie zawarte w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, - wskazuje że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, - jednak nie ma ono charakteru absolutnego, co w konsekwencji oznacza że nie wszyscy wykonawcy będą mogli zaoferować przedmiot zamówienia opisany przez Zamawiającego. Ponadto fakt, iż Odwołujący może jedynie zaproponować przedmiot zamówienia o innych parametrach, wykonany inną metodą niż wymaga tego Zamawiający nie może z góry wskazywać na naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut Odwołującego dotyczący postanowień SIWZ w zakresie wymogów, aby dostarczony został certyfikat - według Odwołujący zbyt szczegółowy w swej treści - wystawiony przez akredytowany, podmiot badawczy drogownictwa w zaistniałym stanie faktycznym należy uznać za niezasadny.

Należy podzielić pogląd wyrażony przez Zamawiającego, iż certyfikat wystawiany przez niezależny publiczny podmiot akredytowany, jest jedynym dokumentem dającym Zamawiającemu gwarancję, że czujnik stanu nawierzchni dokonuje pomiary zgodnie z wymogami normatywnymi. Konieczność sprawdzenia dokładności czujnika aktywnego podyktowana była bezpieczeństwem operacji lotniczych. Na podstawie tego czujnika służby lotniska reagują na zagrożenia np. gołoledź. Niedokładne wskazania czujnika mogą powodować spóźnione a wręcz błędne reakcje. Ponadto przywołana przez Zamawiającego norma PN-EN 15518:3-2011 „*Wyposażenie techniczne w zimowym utrzymaniu dróg - Systemy pogodowej informacji drogowej - Wymagania dotyczące wartości mierzonych przy pomocy sprzętów stacjonarnych*”, której ma dotyczyć certyfikat, jest europejską normą zharmonizowaną opisującą w szczególności wymagania zakresu, dokładności i rozdzielczości czujników stanu nawierzchni. Jest także jedyną europejską normą standaryzującą wymagania dla tzw. czujnika aktywnego mierzącego bezpośrednio temperaturę zamarzania. Norma ma zastosowanie wszędzie tam, gdzie stosowane są czujniki stanu nawierzchni. Jak słusznie zauważył Zamawiający droga startowa lotniska jest jednym z rodzajów drogi, gdzie konstrukcja, przeznaczenie i stosowane normy, materiały, a także wymagane uprawnienia projektantów są analogiczne. Stosowanie czujników nawierzchni ma zapewniać pełną informację o zachowaniu się nawierzchni w trudnych warunkach, głównie zimowych. Z tej perspektywy wpływ środowiska naturalnego na zachowanie się nawierzchni drogi tak dla pojazdów samochodowych jak i drogi startowej dla samolotów jest identyczny; obie drogi tak samo podlegają przemarzaniu, oblodzeniu i tak samo stosuje się środki chemiczne w celu zwalczania lub zapobieżenia oblodzeniu. Trudno zatem oczekiwać, by czujniki na normę były certyfikowane w oparciu o inne procedury niż normy opisane w tej samej grupie standardów. Co ważne, istotą jest nie sam fakt wystawienia certyfikatu przez jakikolwiek podmiot akredytowany, ale przez taki podmiot akredytowany, który posiada akredytację uprawniającą go do wykonania odpowiednich badań w danej dziedzinie. Zatem wymóg certyfikacji jednostki badawczej właściwej dla drogownictwa czujnika na normę drogową PN-EN 15518:3-2011 jest w świetle powyższego prawidłowy i uzasadniony, a dopuszczenie jakichkolwiek podmiotów do potwierdzania jakości czujników stanu nawierzchni mogłoby doprowadzić do nieuprawnionego akceptowania urzędów nieodpowiednich do stosowania w nawierzchniach. Zatem Zamawiający uprawniony był do powołania się - w postawionych przez siebie wymogach - na normę zharmonizowaną PN-EN 15518:3-2011, nie naruszając zasad równości i uczciwej konkurencji.

Zarzut Odwołującego dotyczący postanowień SIWZ w zakresie wymogu, aby dostarczony został certyfikat na zgodność z normą przed terminem składania ofert należy

uznać za zasadny. Izba uwzględniła powyższy zarzut, uznając iż w niniejszym stanie faktycznym brak jest racjonalnego uzasadnienia żądania aby certyfikat dostarczony na moment podpisania umowy, datowany był na dzień składania ofert, skoro – jak ustalono – dokumentu takiego na dzień składania ofert Zamawiający nie żądał. W szczególności biorąc pod uwagę zakres takiego certyfikatu - jego treść – wykonawcy mieliby trudność w zdobyciu takiego certyfikatu, a wymaganie Zamawiającego sprowadzałoby się w rzeczywistości do tego, że wykonawca takim dokumentem musiałby legitymować się już na dzień składania ofert. Zatem – w ocenie Izby – Zamawiający zobowiązany jest do dokonania modyfikacji postanowień SIWZ, t.j. pkt VI, ppkt 2 SIWZ opisu przedmiotu zamówienia (specyfikacji technicznej), w ten sposób, iż słowa „*certyfikatem wydanym przed złożeniem ofert*” zastąpić słowami „*certyfikatem wydanym nie później niż na dzień zawarcia umowy*”. Jednak wobec powyższego Zamawiający powinien wprowadzić stosowne zmiany postanowień SIWZ, oraz ewentualnych jej załączników w ten sposób – aby uzupełnić ją o oświadczenia wykonawcy, że na moment podpisania umowy wykonawca będzie takim certyfikatem dysponował. W konsekwencji, aby zrównoważyć interesy obu stron – Zamawiający w przypadku niedostarczenia takiego certyfikatu przez wykonawcę, pomimo złożonego oświadczenia będzie miał możliwość skorzystania z dyspozycji art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

Co do argumentów Zamawiającego, iż powyższy zarzut nie został sformułowany w odwołaniu, Izba uznała, że wymaganie Zamawiającego opisane w pkt VI ppkt 2 SIWZ opisu przedmiotu zamówienia sprowadza się de facto do żądania od wykonawców dysponowania takim certyfikatem już na moment składania ofert, co jest tożsame z postawionym w odwołaniu zarzutem.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7, 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania. Wobec powyższego orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 2 b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....