

WYROK
z dnia 3 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Siemens Mobility Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Żupniczej 11 (03-891 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Katowicach** z siedzibą w Katowicach przy ul. Józefy Kantorówny 2a (40-381 Katowice)

przy udziale:

- A. wykonawcy **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 18a (02-676 Warszawa);
- B. wykonawcy **Dynniq Poland Sp. z o.o.** z siedzibą w Modlniczce przy ul. Ekranowej 6 (32-085 Modlniczka),

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, i 13 *petitum* odwołania z powodu uwzględnienia odwołania w tej części przez zamawiającego przy jednoczesnym braku zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.
2. Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 6 i 7 *petitum* odwołania i nakazuje zamawiającemu zmianę treści załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określającego wymagania dotyczące prezentacji

sterownika, przez ograniczenie ww. dokumentu do dwóch pierwszych stron i usunięcie z jego treści pozostałych fragmentów tj. od strony trzeciej włącznie, do końca.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Siemens Mobility Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie w części 3/5 oraz zamawiającego **Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Katowicach** w części 2/5 i:
 - 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Siemens Mobility Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego **Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Katowicach** na rzecz wykonawcy **Siemens Mobility Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie kwotę 5 280 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy dwieście osiemdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych* (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) 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

Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Katowicach zwany dalej: „zamawiającym”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Katowicki Inteligentny System Zarządzania Transportem* (numer referencyjny: 37/XII/2020/WP), zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2020 r., pod numerem 2020/S 242-596528.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 21 grudnia 2020 r. wykonawca Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie na:

- zaniechanie zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, oraz w sposób nieutrudniający uczciwą konkurencję;
- czynność zamawiającego polegającą na opisanie przedmiotu zachowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w tym poprzez wskazanie takich szczególnych cech, które charakteryzują produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych produktów;
- czynność zamawiającego polegającą na sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
- czynność zamawiającego polegającą na sformułowaniu istotnych warunków umowy w sposób naruszający równowagę stron oraz właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. przez wprowadzenie w Załączniku nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”) Program Funkcjonalno-Użytkowy (zwany dalej: „PFU” – Załącznik nr 9) wymagania określonego w pkt 1.4.1.2.14., obejmującego definicję kompatybilności i wykluczającego udział w postępowaniu wykonawców nieposiadających w swej ofercie typów sterowników

zainstalowanych w mieście Katowice, ponieważ wymaganie to jest nadmierne oraz ma na celu ograniczenie konkurencji do jednego producenta sterowników, tj. firmy SWARCO oraz uniemożliwia złożenie ważnej i skutecznej oferty przez odwołującego;

2. art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niewyczerpujący i utrudniający uczciwą konkurencję, tj. poprzez wskazanie w Załączniku nr 9 pkt 6.1.1 - tiret 7 wymogu, zgodnie z którym „Każdy nowy instalowany sterownik musi spełniać poniższe wymagania oraz każda lokalizacja wskazana w Załączniku 1a musi być wyposażona w sterownik sygnalizacji świetlnej, spełniający co najmniej poniższe wymagania: (...) posiada pulpit operacyjny umożliwiający wykonanie zmiany wszystkich parametrów pracy sygnalizacji świetlnej”, w sytuacji gdy określenie „wszystkich” jest zbyt ogólne i może być interpretowane dowolnie oraz prowadzić do wykluczenia oferentów na podstawie arbitralnej decyzji zamawiającego dotyczącej nieistotnych z punktu widzenia projektu parametrów, co w konsekwencji prowadzi do tego, że powyższe wymaganie jest nadmierne oraz ma na celu ograniczenie konkurencji do jednego producenta sterowników, tj. firmy SWARCO, co uniemożliwia złożenie ważnej i skutecznej oferty przez odwołującego;
3. art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. poprzez wprowadzenie w Załączniku nr 9 wymagania określonego w pkt 6.1.1 - tiret 9, zgodnie z którym „Każdy nowy instalowany sterownik musi spełniać poniższe wymagania oraz każda lokalizacja wskazana w Załączniku 1a musi być wyposażona w sterownik sygnalizacji świetlnej, spełniający co najmniej poniższe wymagania: (...) *zapewnia obsługę źródeł światła typu LED zasilanych napięciem 230V AC i 42V AC bez konieczności wymiany jakichkolwiek elementów sterownika tj. w przypadku decyzji zastosowaniu źródeł światła typu LED zasilanych napięciem 42V konieczne jest jedynie wyposażenie sterownika w transformator o stosownej mocy*”, podczas gdy wymagana funkcjonalność jest nadmierna oraz stanowi unikalną cechę na rynku producentów sterowników, która w połączeniu z innymi wymaganiami dotyczącymi sterownika, oferowana jest tylko przez jednego producenta sterowników, tj. firmę SWARCO, a tym samym ma na celu ograniczenie konkurencji do jednego producenta sterowników, co uniemożliwia złożenie ważnej i skutecznej oferty przez odwołującego;
4. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny oraz niewyczerpujący, tj. poprzez wskazanie w Załączniku nr 9 pkt 6.1.1 - tiret 18 wymogu, że „Każdy nowy instalowany sterownik musi spełniać poniższe wymagania oraz każda lokalizacja wskazana w Załączniku 1a musi być wyposażona w sterownik sygnalizacji świetlnej, spełniający co najmniej poniższe wymagania: (...) umożliwia zdalną kalibrację kontroli napięć zasilania sterownika”, podczas gdy sterownik

nie ma możliwości wpływania na parametry zasilania dostarczane przez sieć elektromagnetyczną przed urządzeniem; brak możliwości wpływania na dostarczone do sterownika napięcie zasilania uniemożliwia kalibrację tego napięcia zasilania, co uniemożliwia spełnienie wymogu określonego przez zamawiającego, a tym samym złożenie ważnej i skutecznej oferty przez odwołującego;

5. art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. poprzez wskazanie w Załączniku nr 9 pkt 6.1.1 - tiret 21 wymogu, że *„Każdy nowy instalowany sterownik musi spełniać poniższe wymagania oraz każda lokalizacja wskazana w Załączniku 1a musi być wyposażona w sterownik sygnalizacji świetlnej, spełniający co najmniej poniższe wymagania: (...) umożliwia bezpośrednio wgranie programu zarówno poprzez port Ethernet jak i złącze RS-232”*, podczas gdy kombinacja dwóch cech port Ethernet i złącze RS-232 jest nadmierna oraz oznacza wprowadzenie wymogu, który może być spełniony wyłącznie przez konkretnego producenta - firmę SWARCO, co uniemożliwia złożenie ważnej i skutecznej oferty przez odwołującego;
6. art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez wprowadzenie utrudniającego uczciwą konkurencję oraz naruszającego obowiązujące przepisy prawa wymogu, określonego w pkt 6.4 SIWZ, przeprowadzenia przez wykonawców prezentacji sterownika pod kątem właściwości i parametrów, które faworyzują sterownik konkretnego producenta, tj. firmę SWARCO; zakres wymaganej prezentacji wprowadza także wymagania sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa, co uniemożliwia złożenie ważnej i skutecznej oferty przez odwołującego;
7. art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez wprowadzenie do postępowania wymogów opisanych w Załączniku 10, które utrudniają uczciwą konkurencję, gdyż załącznik ten opisuje proces sprawdzenia, czy wybrane funkcjonalności realizowane są przez sterownik w ściśle określony sposób. Sposób ten odpowiada realizacji badanych funkcji dla sterownika produkowanego przez wyłącznie jednego producenta, tj. firmę SWARCO, co uniemożliwia przeprowadzenie skutecznej prezentacji producentów innych towarów;
8. art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie utrudniającego uczciwą konkurencję oraz naruszającego obowiązujące przepisy prawa wymogu, określonego w Załączniku nr 9 pkt 1.2.3.6 o treści *„System detekcji na terenie miasta Gliwice – Gliwicki ITS, dostarczony system musi posiadać możliwość integracji w zakresie dwukierunkowej wymiany danych ze szczególnym uwzględnieniem kompatybilności w zakresie nadawania priorytetu pojazdom komunikacji publicznej, nadawania priorytetu przejazdu pojazdom uprzywilejowanym oraz informacji umieszczanych na znakach zmiennej treści w obszarze Drogowej Trasy Średnicowej”*, gdyż wymóg ten jest nadmiarowy i pośrednio

wskazuje na konieczność zaoferowania sterowników firmy SWARCO, które są zainstalowane w ramach ITS w Gliwicach;

9. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez wymaganie w pkt III.1.3 Ogłoszenia (uzupełnionym w pkt 5.3.1.3 str. 21-22 SIWZ), aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w zakresie „*Co najmniej jedno zamówienie obejmujące opracowanie dokumentacji technicznej związanej z zarządzaniem ruchem drogowym w obszarach bezpośredniego styku systemów miejskich i Dróg Krajowych, w tym w szczególności zawierającej następujące elementy: a) analizę współpracy systemów wymiany informacji o warunkach ruchu w czasie rzeczywistym, wykorzystujące rozwiązania aplikacyjne, w tym zdefiniowane interfejsy wymiany danych, elementy sprzętowe w postaci elektronicznych tablic o zmiennej treści typu VMS i rozwiązań informacji mobilnych; b) automatyczne wykrywanie zdarzeń w czasie rzeczywistym w ruchu drogowym, w obszarach styku systemów miejskich i dróg krajowych; c) kierowanie ruchu na trasy alternatywne przy wykorzystaniu systemów informowania kierowców w obszarach styku systemów miejskich i dróg krajowych.*”, podczas, gdy warunek taki jest nadmiarowy i nie jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego w zakresie zamówienia;
10. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wymaganie, aby wykonawca spełnił minimalne warunki dotyczące zdolności zawodowej w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, co powoduje eliminację z ubiegania się o postępowanie wielu wykonawców, którzy realizowali podobne projekty w okresie ostatnich siedmiu lat;
11. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 353¹ kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp przez wymaganie udzielenia nieograniczonej terytorialnie licencji na korzystanie z dostarczonych protokołów komunikacji i oprogramowania, które będą składową systemu ITS, podczas, gdy przedmiotem zamówienia jest wyłącznie teren miasta Katowice;
12. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 353¹ kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp przez zastrzeżenie dla zamawiającego prawa do decydowania o tym, jakie oprogramowanie dostarczane zamawiającemu jest oprogramowaniem dedykowanym, podczas, gdy o charakterze takiego programowania decyduje stan faktyczny;
13. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 353¹ kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie definicji oprogramowania dedykowanego, która przewiduje, że istniejące oprogramowanie seryjne po jego dostosowaniu do specyficznych zamawiającego, staje się w całości oprogramowaniem dedykowanym, do którego wykonawca ma obowiązek przekazać w całości kody źródłowe.

Z uwagi na powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) odnośnie zarzutu nr 1 - dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia - Załącznik 9 pkt 1.4.1.2.14., poprzez usunięcie tego punktu w całości;
- 2) odnośnie zarzutu nr 2 - dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia - Załącznik 9 pkt 6.1.1 - tiret 7 poprzez wprowadzenie nowego, następującego brzmienia tego punktu: „posiada pulpit operacyjny umożliwiający wykonanie zmiany parametrów pracy sygnalizacji świetlnej”;
- 3) odnośnie zarzutu nr 3 - dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia - Załącznik 9 pkt 6.1.1 - tiret 9 poprzez usunięcie tego punktu w całości;
- 4) odnośnie zarzutu nr 4 - dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia - Załącznik 9 pkt 6.1.1 - tiret 18 poprzez wprowadzenie nowego, następującego brzmienia tego punktu: „umożliwia zdalną kontrolę napięć zasilania sterownika”;
- 5) odnośnie zarzutu nr 5 - dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia - Załącznik 9 pkt 6.1.1 - tiret 21 poprzez wprowadzenie nowego, następującego brzmienia tego punktu: „umożliwia bezpośrednio wgranie programu poprzez port Ethernet lub złącze RS-232”;
- 6) odnośnie zarzutu nr 6 – wykreślenie ograniczającego konkurencję wymogu z pkt 6.4 SIWZ lub ewentualnie o dokonanie zmiany tego punktu zgodnie z następującym brzmieniem: „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi, lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia do oferty należy dołączyć następujące dokumenty: W zakresie potwierdzenia, że oferowany sterownik odpowiada określonym wymaganiom zamawiającego, Wykonawcy w drugim etapie oceny ofert zademonstrują działanie przedmiotowego urządzenia. Zamawiający wymaga przeprowadzenia przez wykonawców prezentacji oferowanego towaru (1 sztuki) sterownika opisanego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym. Prezentacja ma na celu potwierdzenie spełnienia wszystkich punktów ZAŁĄCZNIKA NR 9 do SIWZ opisujących ten produkt.”;
- 7) odnośnie zarzutu nr 7 – usunięcie ograniczającego konkurencję Załącznika nr 10 do Ogłoszenia o zamówieniu w całości;
- 8) odnośnie zarzutu nr 8 – zastąpienie dotychczasowej treści Zał. nr 9 PFU pkt 1.2.3.6 poprzez „1.2.3.6. System detekcji na terenie miasta Gliwice – Gliwicki ITS, wykonawca w minimalnym stopniu powinien zapewnić otwartość dostarczonego systemu w zakresie dwukierunkowej wymiany danych, nie wymaga się pełnej kompatybilności z gliwickim systemem ITS w zakresie sposobu/metod sterowania oraz realizacji podsystemu priorytetu dla komunikacji miejskiej”;
- 9) odnośnie zarzutu nr 9 - usunięcie w całości wymogu pkt III.1.3 Ogłoszenia oraz pkt 5.3.1.3 str. 21-22 SIWZ;

- 10) odnośnie zarzutu nr 10 - zmianę okresu, którego dotyczy lista wykonanych usług i dostaw dotyczących zdolności zawodowej z 5 lat na 7 lat przed upływem terminu składania ofert;
- 11) odnośnie zarzutu nr 11 – zastąpienie w § 14 ust. 4 i 5 projektu umowy (Załącznik nr 6 do SIWZ) „zwrotu „nieograniczonej terytorialnie” na zwrot „ograniczonej terytorialnie do obszaru terenu administracyjnego miasta Katowice oraz innych miejsc niezbędnych do korzystania na tym obszarze”, zaś w ust. 11 zwrotu „nie jest terytorialnie ograniczone” zwrotem „jest ograniczone terytorialnie do obszaru terenu administracyjnego miasta Katowice oraz innych miejsc niezbędnych do korzystania na tym obszarze”;
- 12) odnośnie zarzutu 12 – wykreślenie § 14 ust. 13 i 14 z projektu umowy (Załącznik nr 6 do SIWZ);
- 13) odnośnie zarzutu 13 – dodanie do § 14 ust. 19 o treści „W przypadku oprogramowania występującego w ofercie wytwórcy/producenta przed datą zawarcia Umowy, oprogramowanie dedykowane obejmuje tylko modyfikacje i zmiany wprowadzone w tym oprogramowaniu w celu wykonania Umowy”.
- 14) przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny dla wprowadzenia zmian w przygotowywanych ofertach;
- 15) publikacji dokonanych zmian w SIWZ i ogłoszeniu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż przysługuje mu prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, ponieważ prowadzi działalność w zakresie wdrożeń inteligentnych systemów zarządzania ruchem oraz zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a dokonanie przez zamawiającego czynności postępowania z naruszeniem Pzp uniemożliwia mu złożenie ważnej oferty. W związku z powyższym odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego Pzp, ponieważ jeżeli podniesione zarzuty zostałyby uwzględnione, wówczas mógłby złożyć ważną ofertę i miałby szanse na uzyskanie zamówienia. Jednocześnie odwołujący wskazał, że doznał szkody w postaci utraty możliwości skutecznego uczestnictwa w postępowaniu, zawarcia umowy o zamówienie publiczne oraz utraty przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 odwołujący wyjaśnił, że zamawiający wprowadził w pkt 1.4.1.2.14. Załącznika nr 9 wymóg w brzmieniu *Wykonawca w ramach prowadzonych działań powinien wykorzystać w jak największym stopniu istniejącą infrastrukturę, dlatego dostarczony sterownik musi być kompatybilny co najmniej dwoma typami sterowników eksploatowanych w mieście Katowice - przez kompatybilność*

sterowników rozumie się: możliwość wymiany danych o stanie grup sygnalizacyjnych (fizycznych i logicznych), stanie detektorów, stanie wejść sprzętowych i programowych, numeryze realizowanego planu, numeryze realizowanej fazy, wartości licznika cyklu i licznika bazowego pomiędzy sterownikiem dostarczanym przez Wykonawcę a sterownikami eksploatowanym na terenie miasta Katowice bez dodatkowych urządzeń pośredniczących.

Zdaniem odwołującego przyjęta przez zamawiającego definicja kompatybilności sterowników wyklucza wszystkich wykonawców, którzy nie posiadają w swej ofercie sterowników zainstalowanych w przeszłości w mieście Katowice. Wymóg ten nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego. W Polsce bowiem są powszechnie stosowane rozwiązania techniczne zapewniające pracę urządzeń różnych producentów na sąsiednich skrzyżowaniach bez wymiany wymaganych przez zamawiającego danych. Zamawiający w Załączniku nr 1aa do PFU „Wykaz sygnalizacji Katowice 2020” wskazał 5 różnych typów sterowników zainstalowanych w sygnalizacji świetlnej, tj. sterowniki ITC-3, ASR 2010, ASR 2008, ASR 2005, ASR 2000. Wszystkie te sterowniki są sterownikami opartymi na rozwiązaniach firmy SWARCO. Oznacza to, że jedynie dostawca sterowników opartych o rozwiązania firmy SWARCO może spełniać wymagania PFU.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie opublikował żadnych informacji technicznych na temat posiadanych rozwiązań dających „możliwość wymiany danych” stosowanych przez sterowniki rozmieszczone w Katowicach jak np. stosowany protokołów transmisji czy opis formatu danych, w jakich następuje wymiana. Wątpliwość budzi także składające się na definicję kompatybilności zastrzeżenie „bez dodatkowych urządzeń pośredniczących”. Wprowadzenie tego wymogu nie pozwala na przyjęcie innych rozwiązań technicznych niż bezpośrednie połączenie sterowników w celu wymiany danych przez protokół komunikacyjny. Tym samym kompatybilność musi wynikać wprost z właściwości danego sterownika, a taką cechą będą mieć tylko sterowniki tego samego producenta, co sterowniki już zainstalowane w Katowicach. Powyższy element definicji kompatybilności, podobnie jak cały wymóg określony w pkt 1.4.1.2.14. PFU, był w ocenie odwołującego nadmierny oraz nie znajdował obiektywnego uzasadnienia w potrzebach zamawiającego. Potrzeby zamawiającego nie mają charakteru szczególnego – są analogiczne do potrzeb innych podmiotów odpowiedzialnych za sterowanie ruchem miejskim. Tymczasem inne takie podmioty, działające w innych miastach, nie wprowadzają tego typu wymagań w swoich postępowaniach dotyczących rozszerzenia lub rozbudowy systemów sterowania.

Tym samym odwołujący uznał, że ww. wymaganie ma na celu ograniczenie konkurencji do wykonawców, którzy mają w ofercie sterowniki firmy SWARCO. Podkreślił przy tym, że w Polsce powszechnie stosowane są rozwiązania techniczne zapewniające pracę urządzeń różnych producentów na sąsiednich skrzyżowaniach bez konieczności spełnienia wymogu kompatybilności w rozumieniu definicji przyjętej przez zamawiającego.

W związku z powyższym stwierdził, że wniosek o usunięcie wymagania określonego w pkt 1.4.1.2.14. PFU w całości jest w pełni uzasadniony.

W przypadku zarzutu podniesionego w pkt 5 odwołujący wyjaśnił, że zamawiający wprowadził w pkt 6.1.1 – tiret 21 Załącznika nr 9 wymóg o brzmieniu – *Każdy nowy instalowany sterownik musi spełniać poniższe wymagania oraz każda lokalizacja wskazana w Załączniku 1a musi być wyposażona w sterownik sygnalizacji świetlnej, spełniający co najmniej poniższe wymagania: (...) umożliwia bezpośrednie wgranie programu zarówno poprzez port Ethernet jak i złącze RS-232.*

Zdaniem odwołującego powyższy zapis również stanowił nadużycie przez zamawiającego art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Oznaczona unikalna cecha sposobu wgrania programu właściwa jest wyłącznie dla jednego producenta sterowników. Producenci sterowników wykorzystują różne porty do wgrwania programów sterowników. Kombinacja dwóch cech port - Ethernet i złącze RS-232 - jako warunków wymaganych do wgrania programu wskazuje na wymóg zastosowania towarów konkretnego producenta, tj. firmy SWARCO. Zamawiający wymaga połączenia wszystkich sterowników przez port Ethernet, dlatego też niezrozumiałe jest wymaganie, aby sterownik obowiązkowo posiadał także port RS-232. Standard złącza RS-232 jest bowiem wypierany z rynku i jest już anachronizmem. Nowoczesne urządzenia, takie jak laptopy, używane do wgrwania programów są w większości pozbawione portów RS-232. Wprowadzone wymaganie ma zatem wyłącznie na celu ograniczenie konkurencji. Skoro bowiem nowoczesne urządzenia mobilne stanowiące źródło dostarczania danych nie są obecnie wyposażane w złącze R-232, a sterownik będzie wyposażony w port Ethernet, to wymaganie zaoferowania urządzenia z obydwoma portami prowadzi do konieczności zaproponowania unikalnego urządzenia, które posiada obydwie porty. Takim urządzeniem znanym odwołującemu są sterowniki firmy SWARCO. Nie znajduje to jednak uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego. W ocenie odwołującego wystarczające jest zapewnienie możliwości wgrania programu przez jeden z portów – adekwatnego do obiektywnych potrzeb zamawiającego.

W efekcie, zdaniem odwołującego jego wniosek o zmianę wymagania określonego w pkt 6.1.1 – tiret 21 Załącznika nr 9 poprzez wprowadzenie nowego, następującego brzmienia tego punktu: „umożliwia bezpośrednie wgranie programu poprzez port Ethernet lub złącze RS-232” jest w pełni uzasadniony

Jeśli chodzi o zarzut podniesiony w pkt 6 odwołujący wyjaśnił, że zamawiający wprowadził w pkt 6.4 SIWZ wymóg o brzmieniu *W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi, lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia do oferty należy dołączyć następujące dokumenty: W zakresie potwierdzenia, że oferowany sterownik odpowiada określonym wymaganiom zamawiającego, Wykonawcy w drugim etapie oceny ofert zademonstrują*

działanie przedmiotowego urządzenia. Zamawiający wymaga przeprowadzenia przez wykonawców prezentacji oferowanego towaru (1 sztuki) sterownika opisanego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym. Prezentacja ma na celu potwierdzenie spełnienia wszystkich punktów ZAŁĄCZNIKA NR 9 do SIWZ opisujących ten produkt. Szczegółowy opis sposobu przygotowania i oceny prezentacji oferowanego towaru zawiera ZAŁĄCZNIK NR 10 do SIWZ.

W opinii odwołującego opisana w Załączniku nr 10 do SIWZ procedura spełniania wymogów określonych w Załączniku nr 9 jest niezwykle szczegółowa i prowadzi do faktycznego rozszerzenia opisu przedmiotu zamówienia o dodatkowe elementy. Dookreślenie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie w Załączniku nr 10 ściśle określonych wymogów prezentacji następuje w ocenie odwołującego w sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego. Procedura ta jest także niespójna z opisem przedmiotu zamówienia. Z jednej strony są w Załączniku nr 10 postawione wymagania względem nieistotnych z punktu widzenia i celu postępowania (jakim jest m.in. uzyskanie poprawy warunków ruchu zarówno dla pojazdów komunikacji publicznej jak i użytkowników prywatnych) funkcji, takich jak interfejs użytkownika, zaś z drugiej procedura prezentacji sterownika według wytycznych wskazanych w Załączniku nr 10 nie daje możliwości potwierdzenia spełniania przez sterownik innych istotnych elementów takich jak weryfikacja przywołanych norm wydanych przez niezależne instytucje badawcze czy zgodności z obowiązującym prawem. Co więcej wytyczne Załącznika nr 10 (prezentacja nr 4) wprowadzają zgodnie z pkt 6.1.1 PFU wymóg potwierdzenia posiadania funkcji niezgodnej z wymaganiami Załącznika nr 3 do Rozporządzenia.

W efekcie, w opinii odwołującego jego wniosek o wykreślenie lub ewentualnie o zmianę wymagania określonego w 6.4 SIWZ poprzez wprowadzenie nowego, następującego brzmienia tego punktu: *W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi, lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia do oferty należy dołączyć następujące dokumenty: W zakresie potwierdzenia, że oferowany sterownik odpowiada określonym wymaganiom zamawiającego, Wykonawcy w drugim etapie oceny ofert zademonstrują działanie przedmiotowego urządzenia. Zamawiający wymaga przeprowadzenia przez wykonawców prezentacji oferowanego towaru (1 sztuki) sterownika opisanego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym. Prezentacja ma na celu potwierdzenie spełnienia wszystkich punktów ZAŁĄCZNIKA NR 9 do SIWZ opisujących ten produkt* jest w pełni uzasadniony.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 7 odwołujący wyjaśnił, że zamawiający wprowadził w Ogłoszeniu o zamówieniu Załącznik nr 10 pn. Wymagania dotyczące prezentacji sterownika. Treść Załącznika nr 10 do SIWZ opisuje proces weryfikacji, czy

wybrane funkcjonalności realizowane są przez sterownik w ściśle określony sposób. W ocenie odwołującego sposób ten w sposób jednoznaczny odpowiada realizacji badanych funkcji dla sterownika produkowanego przez firmę SWARCO. W świetle tego Załącznika zamawiający odchodzi bowiem de facto od zamówienia systemu sterowania na rzecz zamówienia dostawy sterowników, które dostarczyć może tylko jeden producent. Świadczą o tym specyficzne wymagania dla sterownika stojące w sprzeczności i ideą systemu sterowania takie jak:

- a) manualne wprowadzanie wszystkich zmian w sterowniku bezpośrednio na skrzyżowaniu (poprzez pulpit), czy
- b) wymiana pomiędzy sterownikami wszystkich parametrów pracy sterownika (funkcja rezerwowana dla systemu nadrzędnego).

Jednocześnie odwołujący wskazał, że skoncentrowanie się przez zamawiającego na etapie oceny ofert wyłącznie na sterowniku i to w zakresie opisanym bardzo szczegółowo w Załącznikach 9 i 10 powoduje, że wymagania tam opisane zmieniają charakter przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w sposób określony w Załączniku nr 10 dopuszcza się działań utrudniających uczciwą konkurencję przez dobór parametrów i preferencji określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla określonego wyrobu konkretnego producenta, tj. firmy SWARCO, czym uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty. Zdaniem odwołującego oznacza to, że jego wniosek o usunięcie Załącznika nr 10 w całości z dokumentacji postępowania jest w pełni uzasadniony.

W przypadku zarzutu podniesionego w pkt 8 odwołujący wyjaśnił, że zamawiający wymaga, aby (Załącznik nr 9 pkt 1.2.3.6) – *System detekcji na terenie miasta Gliwice – Gliwicki ITS, dostarczony system musi posiadać możliwość integracji w zakresie dwukierunkowej wymiany danych ze szczególnym uwzględnieniem kompatybilności w zakresie nadawania priorytetu pojazdom komunikacji publicznej, nadawania priorytetu przejazdu pojazdom uprzywilejowanym oraz informacji umieszczanych na znakach zmiennej treści w obszarze Drogowej Trasy Średnicowej.*

W ocenie odwołującego ww. wymóg jest nadmiarowy – Katowice sąsiadują bezpośrednio z dwoma innymi miastami, w których także są wdrożone systemy ITS – Tychami i Chorzowem. Z niewiadomych powodów zamawiający wymaga jednak integracji – i to to szczegółowo określonej – tylko z systemem ITS w Gliwicach. Pośrednio takie wymaganie wskazuje na konieczność zaoferowania sterowników firmy SWARCO, gdyż to one są zainstalowane w ramach ITS w Gliwicach. Tym samym wymaganie takie narusza przepisy Pzp dotyczące sposobu formułowania opisu przedmiotu zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Dynniq Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczce.

Na posiedzeniu niejawnym, które odbyło się w dniu 29 stycznia 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż:

- częściowo uwzględnić odwołanie tj. w zakresie zarzutów 3, 4, 9, 10, 11, 12 i 13;
- w pozostałym zakresie (tj. zarzutów: 1, 2, 5, 6, 7 i 8) wniósł o oddalenie odwołania.

Ponadto na posiedzeniu niejawnym odwołujący złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania także w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 2 odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania oraz dowody przedstawione na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Zgodnie z ww. przepisem, do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej nadal: „Pzp”. Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 21 grudnia 2020 r., a więc przed 1 stycznia 2021 r.

Izba ustaliła, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszone w rozpatrywanej sprawie przystąpienia spełniały wymogi wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. W związku z tym Izba dopuściła jako uczestników postępowania odwoławczego wykonawców: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Dynniq Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczce do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego.

Izba dopuściła w niniejszych sprawach dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie DVD, nadesłanej do akt sprawy w dniu 7 stycznia 2021 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:
 - SIWZ wraz z załącznikami, w tym przede wszystkim Załącznikami nr 9 i 10;
 - ogłoszenia o zamówieniu;
- 2) złożonych na posiedzeniu i rozprawie przez zamawiającego:
 - zestawienia sygnalizacji świetlnych miasta Katowice 2020;
 - zestawienia elementów sygnalizacji świetlnych do modernizacji – załącznik nr 1a do PFU;
 - zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z 24 kwietnia 2020 r.;
 - zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z 16 lipca 2020 r.;
 - wyciągu z dokumentu pn. *Studium wykonalności systemu ITS Katowice*;
 - korespondencji z firmą SWARCO wraz z tłumaczeniem własnym;
 - modyfikacją SIWZ z dnia 28 stycznia 2021 r.;
 - karty katalogowej urządzenia Aster IT;
 - karty katalogowej urządzenia Eurocontroller EC 2;
 - wydruku korespondencji z poczty elektronicznej prowadzonej pomiędzy pełnomocnikiem zamawiającego, a przedstawicielem Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach;
- 3) złożonych przez odwołującego na rozprawie:
 - informacji o wynikach postępowania prowadzonego przez miasto Gliwice z dnia 7 listopada 2017r.;
 - karty katalogowej pobranej ze strony dystrybutora dotyczącej sterownika ITC3-PL;
 - dokumentu przygotowanego z wykorzystaniem oprogramowania, prezentującego porównanie dwóch dokumentów, tj. Załącznika nr 10 z postępowania oraz jego odpowiednika z postępowania miasta Gliwice;
 - wykazu sygnalizacji świetlnych dla zamówienia prowadzonego przez miasto Gliwice, która zawiera sterowniki ASR produkowane przez SWARCO;
 - wydruku Załącznika nr 10 wraz z naniesionymi komentarzami przez odwołującego określającymi preferencje dla sposobu realizacji określonej funkcji;
 - wydruku mapki Górnośląskiego Związku Metropolitalnego z portalu Wikipedia.

W związku z uwzględnieniem przez zamawiającego odwołania w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12 i 13 *petitum* odwołania oraz wobec braku zgłoszonego przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części objętej ww. zarzutami.

Izba ustaliła co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że stan faktyczny sprawy, zaprezentowany powyżej w części dotyczącej prezentacji treści odwołania, nie wymaga powielenia w tej części uzasadnienia. W ocenie Izby dokładne zrelacjonowanie treści odwołania, które zawierało przedstawienie stanu faktycznego w sposób adekwatny i zgodny z treścią przywołanych postanowień dokumentacji przetargowej było wystarczające. Należy również zaznaczyć, że stan faktyczny nie był sporny, gdyż istota sporu sprowadzała do zasadności postanowień wskazanych w SIWZ.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 29 ust. 1 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;*
- art. 29 ust. 2 Pzp – *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;*
- art. 29 ust. 3 Pzp – *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”;*
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Izba zważyła co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie w zakresie zarzutów podniesionych w pkt 6 i 7 *petitum* odwołania, dotyczących Załącznika nr 10, zasługiwało na uwzględnienie, natomiast w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu oznaczonego pkt 1 Izba przyjęła, że z punktu widzenia przedmiotowego zarzutu okolicznością irrelevantną było to czy celem postępowania jest budowa systemu (jak wskazywał odwołujący) czy rozbudowa systemu – jak argumentował zamawiający. W ocenie składu orzekającego niezależnie od powyższych rozważań, zamawiający analizując swoje potrzeby oraz konstruując opis przedmiotu zamówienia może zastrzec obowiązek wykorzystania przez wykonawcę przy realizacji zamówienia

dotychczasowej infrastruktury sprzętowej, będącej w posiadaniu zamawiającego. Wymóg taki nie może być z góry uznany za niedopuszczalny, ponieważ zamawiający przyjmując, że posiadany przez niego sprzęt jest nadal w znacznej mierze wystarczający, a zakup nowego doprowadzi do przekroczenia posiadanego budżetu, może zastrzec wymóg wykorzystania w jak największym stopniu istniejącej infrastruktury. Uznanie takiego wymogu za niedopuszczalnego w kontekście dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, może nastąpić dopiero po uprawdopodobnieniu przez odwołującego, okoliczności związanych z postawionym zarzutem, a przez to po potwierdzeniu naruszenia przepisów Pzp odnoszących się do sporządzania opisu przedmiotu zamówienia oraz zasad określonych w ustawie.

W okolicznościach dotyczących przedmiotowego zarzutu, argumentacja odwołującego sprowadzała się do stwierdzenia, że wymaganie wynikające z pkt 1.4.1.2.14 Załącznika nr 9 miało na celu ograniczenie konkurencji do wykonawców, którzy mają w ofercie sterowniki SWARCO. Izba uznała, że odwołujący nie uprawdopodobnił powyższego twierdzenia.

Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący złożył na rozprawie dowody w postaci:

- informacji o wynikach postępowania prowadzonego przez miasto Gliwice z dnia 7 listopada 2017r.;

- karty katalogowej pobranej ze strony dystrybutora, dotyczącej sterownika ITC3-PL.

Pierwszy dokument miał wykazywać, że w tamtym postępowaniu oferty złożyły tylko te podmioty, które oferowały sterowniki SWARCO, natomiast drugi został złożony na potwierdzenie tego, iż tylko jeden sterownik, produkowany przez ww. pomiot, spełnia wymogi zawarte w opisie przedmiotu zamówienia.

W kontekście zebranego materiału dowodowego oraz mając na uwadze stanowiska stron, Izba doszła do przekonania, że wymóg kompatybilności zawarty w kwestionowanym fragmencie Załącznika nr 9 nie skutkował ograniczeniem konkurencji do jednego producenta sterowników, wskazanego przez odwołującego, ani też w sposób niedopuszczalny preferował rozwiązania tego producenta.

Jak wyjaśnił zamawiający załącznik nr 1a do PFU pn. *Zestawienie elementów sygnalizacji świetlnych do modernizacji*, zawiera listę elementów sygnalizacji objętych przedmiotowym postępowaniem. Z ww. dokumentu wynika, że postępowaniem zostało objętych 112 sygnalizacji, a spośród nich 33 oparte są na sterownikach SWARCO, pozostałe zaś na sterownikach MSR lub PEEK.

W ocenie Izby uzasadnieniem dla działań zamawiającego w tym zakresie były także dotychczasowe doświadczenia w prowadzeniu zamówienia w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Należy wskazać, że przedmiotowe postępowanie jest trzecim, jakie ma szansę na wyłonienie wykonawcy i realizację. Dwa poprzednie postępowania zostały unieważnione z powodu przekroczenia środków przewidzianych na realizację zamówienia. Jak wyjaśnił zamawiający wykonawcy we wcześniejszych postępowaniach preferowali rozwiązania

polegające na braku wykorzystania istniejącego systemu i zbudowaniu całego systemu ITS od nowa co wiązało się z brakiem efektywności ekonomicznej takiego rozwiązania i składaniem ofert przekraczających możliwości finansowe zamawiającego. Ponadto zamawiający wyjaśnił, że nie stać go na wymianę całej infrastruktury, co potwierdzały ceny ofertowe złożone w poprzednich postępowaniach, w związku z czym jedyną szansą na udzielenie zamówienia w ramach budżetu dostępnego zamawiającemu jest ukształtowanie przedmiotu tego zamówienia, tak jak zostało to uczynione w postępowaniu. Między innymi dlatego istotnym jest by oferowany system uwzględniał infrastrukturę jaką posiada zamawiający.

Stanowisko zamawiającego zostało poparte także dowodem w postaci wyciągu z dokumentu pn. *Studium wykonalności systemu ITS Katowice* zgodnie, z którym:

- *system ITS-Katowice powinien w maksymalnym stopniu wykorzystywać istniejącą infrastrukturę techniczną oraz systemy w obszarze funkcjonalnym miasta Katowice, m.in. sterowniki sygnalizacji świetlnych, sieć WiMAX, Katowicki Inteligentny System Monitoringu i Analiz (KISMIA), SKUP i SDIP (KZK GOP) – z wymienionymi systemami powinien być zintegrowany,*
- *Przyszły Wykonawca systemu powinien dążyć do maksymalnego wykorzystania infrastruktury i urządzeń zewnętrznych, zlokalizowanych na terenie miasta, o ile nie spowoduje to ograniczeń efektywności oferowanego systemu lub jego niezawodności – natomiast ewentualna wymiana istniejącej infrastruktury nie może dotyczyć tej, którą Wykonawca wymienił w swojej ofercie jako do wykorzystania.*

Nie znalazła także potwierdzenia argumentacja odwołującego wskazująca, że przyjęta przez zamawiającego definicja kompatybilności sterowników wyklucza wszystkich wykonawców, którzy nie posiadają w swej ofercie sterowników zainstalowanych w przyszłości u zamawiającego. W tym kontekście skład orzekający zwrócił uwagę na dowód złożony przez zamawiającego w postaci korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym, a producentem sterowników, firmą SWARCO, w której producent ten potwierdził, że kontroler ITC-3 jest otwartą platformą stworzona na światowy rynek, która łączy się bezpośrednio z głównymi systemami funkcjonującymi na rynku światowym np. SCATS, SCOOT, Aenor, OCIT, RDMP i inne. Przez co zamawiający uprawdopodobnił, że funkcjonujące obecnie rozwiązanie dostarczone przez firmę SWARCO może być kompatybilne z systemami funkcjonującymi na rynku światowym, wobec tego sterowniki, które obsługują istniejące rozwiązanie nie stanowią przeszkody dla większości firm z branży.

Izba nie znalazła także powodów do zakwestionowania argumentacji zamawiającego, który stwierdził, że niesłuszna jest argumentacja, o tym, iż są powszechnie stosowane rozwiązania techniczne zapewniające pracę urządzeń różnych producentów na sąsiednich skrzyżowaniach bez wymiany wymaganych przez zamawiającego danych. Zamawiający

wyjaśnił, że planuje skrzyżowania wymienione w Załączniku nr 1a w wybranych sytuacjach koordynować z skrzyżowaniami niewymienionymi w Załączniku nr 1a, a wymienionymi w Załączniku nr 1aa (nie włączanymi do systemu). W związku z tym konieczne jest zapewnienie opisanej w PFU funkcjonalności opisującej wymianę danych między sterownikami. Jest możliwe zapewnienie koordynacji bez takiej wymiany danych, ale jest to wtedy koordynacja oparta o synchronizację czasu czyli koordynacja stałoczasowa – zapewniająca gorsze warunki ruchowe niż nie tylko wdrażane koordynacje systemowe, ale również koordynacje już eksploatowane na terenie miasta. Dla zapewnienia płynnego ruchu pomiędzy skrzyżowaniami włączonymi do systemu (Załącznik nr 1a) – zaawansowane sterowanie acykliczne i adaptacyjne, a pozostałymi na terenie miasta Katowice, konieczna jest wymiana danych na zasadach opisanych w PFU.

Podobnie odnośnie wymogu braku dodatkowych urządzeń pośredniczących, Izba przychyliła się do argumentacji zamawiającego, który wskazał, że ich brak pozwala mu na uruchomienie koordynacji z wykorzystaniem ogólnodostępnych metod łączności teleinformatycznej co również znacząco wpływa na koszty takich inwestycji – tani ogólnodostępny sprzęt oraz brak konieczności angażowania specjalistycznie wykwalifikowanej grupy specjalistów, zatem postawienie tego wymogu było podyktowane obiektywnymi przyczynami.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że argumentacja odwołującego była mało konkretna, przedstawiona na dość dużym poziomie ogólności, a dokumenty składane na jej potwierdzenie w kontekście argumentacji zamawiającego okazały się niewystarczające. Nie znalazło potwierdzenia główne założenie zawarte w stanowisku odwołującego, polegające na twierdzeniu, że wymaganie wynikające z pkt 1.4.1.2.14 Załącznika nr 9 ma na celu ograniczenie konkurencji do wykonawców, którzy mają w ofercie sterowniki SWARCO. W tym kontekście powyżej zaprezentowana argumentacja zamawiającego w ocenie składu orzekającego okazała się wynikowa, powiązana z przedmiotem zamówienia oraz co najważniejsze została poparta stosownymi dowodami, które nie były kwestionowane przez odwołującego tj.:

- zestawieniem sygnalizacji świetlnej miasta Katowice 2020;
- zestawieniem elementów sygnalizacji świetlnej do modernizacji – załącznik nr 1a do PFU;
- zawiadomieniem o unieważnieniu postępowania z 24 kwietnia 2020 r.;
- zawiadomieniem o unieważnieniu postępowania z 16 lipca 2020 r.;
- wyciągiem z dokumentu pn. *Studium wykonalności systemu ITS Katowice*;
- korespondencją z firmą SWARCO wraz z tłumaczeniem własnym.

W związku z tym Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał potwierdzenia naruszeń wskazanych na poparcie zarzutu określonego w pkt 1 oraz w wyniku konfrontacji stanowiska zamawiającego z argumentacją odwołującego, Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania stanowiska tego pierwszego, tym samym przedmiotowy zarzut został oddalony.

Izba oddaliła także zarzut podniesiony w pkt 5 odwołania. Rozstrzygając przedmiotowy zarzut skład orzekający wziął po uwagę dwie kwestie.

Po pierwsze zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że port Ethernet jest niezbędny w sterowniku do pracy w sieci światłowodowej budowanej w ramach zadania ITS Katowice, co znalazło pośrednio potwierdzenie w odwołaniu, przez stwierdzenie odwołującego wskazujące, iż zamawiający wymaga połączenia wszystkich sterowników przez port Ethernet. Należy zauważyć, że żądanie odwołującego w zakresie tego zarzutu sprowadzało się do ustalenia treści pkt 6.1.1. – tiret 21 Załącznika nr 9 do SIWZ przez umożliwienie bezpośredniego wgrania programu przez port Ethernet lub złącze RS-232. W tym kontekście Izba uznała, że żądanie nie było związane z przedmiotem zamówienia, ponieważ zastosowanie spójnika lub, właściwego dla alternatywy nierozłącznej doprowadziłoby do niespójności w treści opisu przedmiotu zamówienia, która mogłaby mieć dalekosiężne skutki na późniejszym etapie postępowania, szczególnie mając na uwadze wynikającą z orzecznictwa zasadę rozstrzygania niejasności i niespójności SIWZ na korzyść wykonawców.

Po drugie odwołujący nie uprawdopodobnił swojego stanowiska wskazującego, że standard złącza RS-232 jest wypierany z rynku i jest już anachronizmem. Argumentacja odwołującego w tym zakresie została gołosłowna. Tym samym skład orzekający nie znalazł powodów do kwestionowania argumentacji zamawiającego stwierdzającej, że port RS-232 jest nadal powszechnie stosowany w przemyśle, a jego podstawową zaletą w stosunku do portu Ethernet jest prostota konfiguracji i właśnie dlatego zamawiający wymagał funkcjonalności opisanej w PFU. Zamawiający ponadto wyjaśnił, że pragnąc ograniczyć koszty utrzymania sygnalizacji w przyszłości chce zapewnić funkcjonalność sterownika umożliwiającą jego obsługę w terenie przez serwisantów po podstawowym szkoleniu z zakresu obsługi sterownika. Na potwierdzenie swojego stanowiska zamawiający załączył karty katalogowe sterowników Aster oraz Eurocontroller EC 2 (drugi będący produktem przystępującego Dynniq), z których wynikało, że zawierają one dwa łącza, wymienione w treści kwestionowanego postanowienia Załącznika nr 9. Przez złożone dowody zamawiający podważył główny argument odwołującego w zakresie przedmiotowego zarzutu, który sprowadzał się do twierdzenia, że kombinacja dwóch cech – port Ethernet i złącze RS-232 – jako warunków wymaganych do wgrania programu wskazuje na wymóg zastosowania towarów konkretnego producenta, tj. firmy SWARCO. Wobec bierności odwołującego, wyrażającej się przede wszystkim w braku złożenia jakichkolwiek dowodów potwierdzających jego stanowisko oraz wobec argumentacji zamawiającego popartej złożonymi dowodami, Izba nie znalazła powodów do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

W ramach zarzutów wskazanych w pkt 1 i 5 odwołujący wykazał co najwyżej, że kwestionowane przez niego postanowienia SIWZ w ramach ww. zarzutów stanowią dolegliwość przede wszystkim dla niego, co jest niewystarczające dla potwierdzenia postawionych zarzutów, a przez to uwzględnienia odwołania. Argumentacja odwołującego skupiła się na twierdzeniach wskazujących, że kwestionowane postanowienia ograniczają konkurencję tylko do jednego producenta, przy czym właściwie nie została ona poparta żadnymi dowodami. W ocenie składu orzekającego zamawiający podważył główne założenie w argumentacji odwołującego oraz złożył na tą okoliczność dowody w związku z tym Izba konfrontując stanowiska stron doszła do przekonania, że dwa pierwsze skierowane na rozprawę zarzuty podlegają oddaleniu.

Jeśli chodzi o dwa kolejne zarzuty, oznaczone pkt 6 i 7 Izba stwierdziła, że z racji tego, iż są one ze sobą powiązane i dotyczą w ogólności treści załącznika nr 10 do SIWZ, nic nie stało na przeszkodzie, aby rozpoznać je łącznie. Ponadto pierwszą refleksją, jaka narzuciła się przy analizowaniu stanowisk stron oraz zebranego materiału dowodowego w ramach tych zarzutów, było to, że w zakresie jakości przedstawionej argumentacji doszło niejako do „zamiany miejsc” w stosunku do dwóch wcześniejszych zarzutów. Otóż w przypadku zarzutów oznaczonych pkt 1 i 5 to odwołujący był w ocenie Izby stroną, która posługiwała się gołosłownymi argumentami, w odróżnieniu od zamawiającego, natomiast w odniesieniu do zarzutów z pkt 6 i 7 to odwołujący przedstawił wynikową i popartą stosownymi dowodami argumentację, a tymczasem zamawiający poprzestał na ogólnikowych stwierdzeniach, które nie zostały oparte żadnymi środkami dowodowymi.

Przede wszystkim w opinii składu orzekającego odwołujący wykazał, że zamawiający w zbyt szerokim zakresie, w sposób niepowiązany z przedmiotem zamówienia przeniósł do treści Załącznika nr 10, treść postanowień dotyczących prezentacji sterownika określonych w analogicznym dokumencie opracowanym na potrzeby postępowania prowadzonego przez miasto Gliwice.

W tym miejscu należy podkreślić, że Izba nie kwestionowała możliwości skorzystania czy też oparcia się na doświadczeniach innych zamawiających, szczególnie jeśli te doświadczenia doprowadziły nie tylko do satysfakcjonującego rezultatu, ale także zostały docenione przez organizacje branżowe, a także nie została uznana za niewłaściwą sama możliwość prezentacji zaoferowanego sterownika. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, Izba uznała za niewłaściwą konstrukcję Załącznika nr 10 przez jego niepełną zgodność z treścią opisu przedmiotu zamówienia oraz zaproponowany opis procesu weryfikacji wybranych funkcjonalności realizowanych przez sterownik w ściśle określony sposób. Izba wzięła przy tym pod uwagę dowody złożone na rozprawie przez odwołującego w postaci:

- dokumentu przygotowanego z wykorzystaniem oprogramowania, prezentującego porównanie dwóch dokumentów, tj. Załącznika nr 10 z postępowania oraz jego odpowiednika z postępowania miasta Gliwice;
- wydruku Załącznika nr 10 wraz z naniesionymi komentarzami przez odwołującego określającymi preferencje dla sposobu realizacji określonej funkcji.

W związku z powyższym oraz mając na uwadze brak adekwatnej argumentacji zamawiającego w tym zakresie Izba doszła do przekonania, że odwołujący wykazał co do ogółu, iż znalazły potwierdzenia zastrzeżenia poczynione wobec treści Załącznika nr 10, a wynikające z odwołania.

Argumentacja zamawiającego skupiła się co do meritum w zasadzie na tym, że oba zarzuty były niekonkretne i ogólne, a odwołujący na rozprawie w sposób niedopuszczalny rozszerzył ich zakres. Izba uznała, że argumentacja zamawiającego w powyższym zakresie nie znalazła potwierdzenia. Co prawda można było przyjąć, że argumentacja w tym zakresie zawarta w odwołaniu była dość zdawkowa, ale prezentowała główne zastrzeżenia wobec przedmiotowego załącznika tj. niespójność z opisem przedmiotu zamówienia oraz niezasadność opisu procesu weryfikacji funkcjonalności sterownika. Na rozprawie odwołujący rozwinął te kwestie i złożył na ich potwierdzenie dowody, co nie stanowiło naruszenia ani art. 180 ust. 3 Pzp, ani art. 192 ust.7 Pzp. Podniesiona przez odwołującego na rozprawie argumentacja dotycząca zbyt szerokiego wykorzystania w treści Załącznika nr 10, wcześniejszego dokumentu wytworzonego w ramach postępowania miasta Gliwice, wpisywała się w ocenie składu orzekającego w zarzut odnoszący się do niespójności treści tego załącznika z treścią SIWZ.

W związku z powyższym Izba uznała, że oba zarzuty należy uwzględnić, a nakaz skierowany wobec zamawiającego został sformułowany z uwzględnieniem modyfikacji żądania dotyczącego zarzutu oznaczonego pkt 7, zaproponowanej przez odwołującego na rozprawie. Jak wskazano powyżej Izba nie kwestionowała samej okoliczności wymagania przez zamawiającego prezentacji sterownika w ramach badania i oceny ofert w związku z tym okolicznością zbyt daleko idącą, byłby nakaz usunięcia Załącznika nr 10 w całości i pozbawienia tym samym zamawiającego możliwości zaprezentowania mu przez wykonawców oferowanego sterownika. W cenie składu orzekającego sformułowany w orzeczeniu nakaz wpisywał się w żądania zarzutów wskazanych w pkt 6 i 7 oraz na moment rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy był adekwatny, ponieważ z jednej strony nie pozbawia zamawiającego możliwości prezentacji sterowników przez wykonawców, a z drugiej strony pozwoli uniknąć wykonawcom niezasadnych trudności wynikających z jego treści.

Ponadto wskazany nakaz nie oznacza, że treść Załącznika nr 10 nie może zostać przez zamawiającego doprecyzowana lub rozwinięta w sposób, który w jego ocenie pozwoli mu na takie uregulowanie okoliczności związanych z przeprowadzoną prezentacją, aby w sposób

skuteczny i wynikający z potrzeb oraz założeń zamawiającego ocenić złożone oferty w zakresie zaoferowanych sterowników. Przy czym możliwość doprecyzowania lub rozwinięcia treści Załącznika nr 10 przez zamawiającego musi być zdeterminowana postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia (tzn. doprecyzowanie lub rozwinięcie treści ww. załącznika musi mieć swoje oparcie w opisie przedmiotu zamówienia i z niego wynikać) oraz przepisami Pzp.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty wskazane w pkt 6 i 7 należało uwzględnić, ponieważ zamawiający naruszył treść art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Odnośnie ostatniego skierowanego na rozprawę zarzutu tj. zarzutu oznaczonego pkt 8, Izba stwierdziła, że nie znalazł on potwierdzenia. Argumentacja odwołującego w zakresie tego zarzutu skupiała się na niezasadności wymogu opisanego w pkt 1.2.3.6 Załącznika nr 9 w związku z relatywnie dużym oddaleniem Katowic od Gliwic w ramach Górnośląskiego Związku Metropolitalnego oraz na wskazaniu, że pośrednio takie wymaganie wskazuje na konieczność zaoferowania sterowników firmy SWARCO, gdyż to one są zainstalowane w ramach ITS w Gliwicach.

W związku z powyżej zaprezentowaną argumentacją odwołującego, Izba nie znalazła powodów do uwzględnienia zarzutu. Jak wynika z treści ww. wymogu zamawiający nie wymagał pełnej kompatybilności z systemem w Gliwicach. Kompatybilność ta ma dotyczyć przede wszystkim nadawania priorytetu pojazdom komunikacji publicznej, nadawania priorytetu przejazdu pojazdom uprzywilejowanym oraz informacji umieszczanych na znakach zmiennej treści w obszarze Drogowej Trasy Średnicowej. Jak wyjaśnił zamawiający w ramach realizacji systemu ITS Gliwice 90 pojazdów uprzywilejowanych zostało wyposażonych w urządzenia umożliwiające ich priorytetową obsługę na skrzyżowaniach z sygnalizacją świetlną. Pojazdy uprzywilejowane (radiowozy, karetki, pojazdy straży pożarnej) nie są wykorzystywane jedynie na terenie miasta Gliwice, a na terenie całego województwa w tym również w Katowicach. Ponadto wymóg kompatybilności w tym zakresie ma swoje oparcie w postanowieniach opisu przedmiotu zamówienia (pkt. 15.2 Załącznika nr 9).

W ocenie Izby założenie przez zamawiających kompatybilności z innymi systemami, jeśli ma to swoje uzasadnienie, tworzy jedną funkcjonalną całość i nie narusza przepisów ustawy, należy uznać za pozytywne i słuszne. Jedną z dolegliwości, charakterystycznych dla początków elektronizacji administracji publicznej w Polsce była silosowość i brak integracji w obszarze IT w związku z tym dążenie do kompatybilności systemów należy uznać za pożądane.

Dodatkowo należy wskazać, że zamawiający na rozprawie złożył dowód w postaci wydruku korespondencji z poczty elektronicznej prowadzonej pomiędzy pełnomocnikiem zamawiającego, a przedstawicielem Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach, z którego wynika, że wymiana danych dotyczących kwestionowanego wymogu nie jest bezpośrednio

uzależniona od sterowników, które są zainstalowane w ramach ITS Gliwice. Odwołujący nie tylko, nie kwestionował przedmiotowego dowodu, ale także wycofał argument w zakresie sterownika SWARCO wobec tego zarzutu.

Ponadto dowód złożony przez odwołującego odnośnie przedmiotowego zarzutu tj. wydruk mapki Górnośląskiego Związku Metropolitalnego z portalu Wikipedia, który obrazował położenie Gliwic względem Katowic w ramach tego związku, nie mógł stanowić o potwierdzeniu argumentacji odwołującego, ponieważ odnosił się ze swojej istoty do okoliczności bezspornej i można go było potraktować co najwyżej jako zobrazowanie czy też uplastycznienie prezentowanej argumentacji.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut przedstawiony w pkt 8 odwołania.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – *Wprawdzie żaden z przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania nie odwołuje się do zasady stosunkowego rozdzielenia kosztów, jednak do tego w efekcie sprowadza się rozstrzygnięcie oparte na zasadzie odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego. W sytuacji rozliczenie kosztów stosownie do wyniku postępowania uwzględnić zatem należało w jakiej części odwołanie odniosło skutek (...).*

W niniejszej sprawie odwołanie okazało się zasadne w zakresie dwóch zarzutów i chybione w zakresie trzech zarzutów. W powyższej sprawie, zatem kosztami postępowania w części 2/5 obciążono zamawiającego, a w części 3/5 odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą wysokości 3 600 zł oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3 600 zł, zatem łącznie 22 200 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty postępowania

odwoławczego w wysokości 3 600 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 8 880 zł (22 200 zł x 2/5). Z kolei odwołujący podniósł do tej pory koszty w wysokości 18 600 zł (koszt wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika), a odpowiadał za te koszty w kwocie 13 320 zł (22 200 zł x 3/5). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 280 zł (18 600 zł – 13 320 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: