

WYROK
z dnia 14 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Jan Kuzawiński
Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2019 r. przez wykonawcę **K.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K.R., ul. Kasjopei 71; 01-934 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.J.-B. i P.K., działających jako wspólnicy spółki cywilnej EWIMAP s.c. A.J.-B., P.K. z siedzibą w Warszawie, ul. Żołnierzy Wyklętych 15/10; 01-493 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach nr 2, 3 i 4, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.J.-B. i P.K., działających jako wspólnicy spółki cywilnej EWIMAP s.c. A.J.-B. i P.K. z siedzibą w Warszawie, ul. Żołnierzy Wyklętych 15/10; 01-493 Warszawa w zadaniach 2, 3 i 4, ponowną ocenę ofert w zadaniach 2, 3 i 4.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **K.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K.R., ul. Kasjopei 71; 01-934 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa** na rzecz **K.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K.R., ul. Kasjopei 71; 01-934 Warszawa** kwotę 18 617 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Wykonanie w ramach Generalnego Pomiaru Ruchu 2020, bezpośrednich pomiarów ruchu drogowego na odcinkach dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 4 zadania”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 31 lipca 2019 roku, pod numerem 2019/S 146-359865.

Dnia 18 października 2019 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 28 października 2019 roku wykonawca K.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K.R. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od zaniechania przez zamawiającego czynności w zakresie zadań 2, 3 i 4, polegającego na nieodrzuconiu oferty wykonawcy A.J.-B. i P.K., działających jako wspólnicy spółki cywilnej EWIMAP s.c. A.J.-B. i P.K. z siedzibą w Warszawie, (dalej EWIMAP), jako nie odpowiadającej treści s.i.w.z., co jest niezgodne z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaniechanie to skutkowało oceną tej oferty, jako najkorzystniejszej i wyborem jako wykonawcy firmy EWIMAP.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i odrzucenie oferty firmy EWIMAP, unieważnienie czynności wyboru EWIMAP, jako wykonawcy zamówienia w zakresie zadań 2, 3 i 4 oraz ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań 2, 3 i 4.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w postaci uiszczanego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa w postępowaniu przez radcę prawnego według norm prawem przepisanych, oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów: ogłoszenie o przetargu, s.i.w.z., oferta EWIMAP z próbkami filmów, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty - na okoliczność, że przedstawiona oferta EWIMAP, której zamawiający przyznał największą liczbę punktów w zadaniach 2, 3 i 4, nie odpowiada treści s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, że ze wszystkich zapisów (IDW, OPZ i „Wytucznych GPR 2020”) wynika, że wykonawca powinien przedstawić, co najmniej następujące próbki prezentujące ruch pojazdów:

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

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

Zdaniem odwołującego, jeżeli wykonawca zamierza wykonywać pomiary na drogach dwujezdniowych za pomocą jednej kamery powinien przedstawić powyższe trzy rodzaje nagrań również dla przekroju dwujezdniowego, co nie zwalnia z obowiązku przedstawienia nagrań dla przekroju jednojezdniowego. Te są w każdym przypadku obowiązkowe. Nie jest to jedynie wymóg formalny, lecz ma uzasadnienie merytoryczne. Rozpoznawanie kategorii pojazdów „od tyłu” jest trudniejsze przy torze ruchu znajdującym się bliżej kamery (jak w przypadku jednej jezdni) niż przy torze ruchu znajdującym się dalej kamery (jak przy dwóch jezdniach), co wynika z powiązania odległości od pojazdu z kątem, pod jakim jest widoczny.

Odwołujący wskazał, że wybrany wykonawca w „Oświadczeniu o spełnieniu wymagań przez urządzenia wideorejestracji i nagrania zgłoszone w Ofercie” zadeklarował, że będzie prowadził na drogach dwujezdniowych pomiar z wykorzystaniem jednej kamery przy zachowaniu pełnej widoczności i czytelności wszystkich pasów ruchu pozwalającej na zarejestrowanie wszystkich pojazdów w przekroju pomiarowym i ich jednoznaczne zakwalifikowanie do jednej z kategorii. Powinien zatem załączyć wyżej wymienione trzy rodzaje próbek zarówno dla przekroju jednojezdniowego jak i dwujezdniowego.

Odwołujący podniósł, iż EWIMAP s.c., przedstawił w ofercie sześć następujących próbek nagrań:

próbka nr 1 o nazwie „ Próbka 1_opady_deszczu_dzień” - przedstawiającą warunki
dzienne z opadem deszczu w przekroju jednojezdniowym;

próbka nr 2 o nazwie „Próbka2_opady_deszczu_noc” - przedstawiającą warunki nocne
z opadem deszczu w przekroju jednojezdniowym;

próbka nr 3 o nazwie „Próbka3_opady_śniegu” - przedstawiającą warunki nocne
z opadem śniegu w przekroju dwujezdniowym;

próbka nr 4 o nazwie „Próbka4_przejście_dzień_noc” - przedstawiającą warunki nocne
(przed zmierzchem) w przekroju jednojezdniowym;

próbka nr 5 o nazwie „Próbka5_noc” - przedstawiającą warunki nocne z włączonym
oświetleniem drogowym w przekroju dwujezdniowym;

próbka nr 6 o nazwie „Próbka6_uruchomienie oświetlenia drogi” - przedstawiającą
moment włączenia latarni w przekroju dwujezdniowym.

Zdaniem odwołującego, żadna z wymienionych próbek nie zawiera nagrania w nocy bez sztucznego oświetlenia, ani dla przekroju jednojezdniowego, ani dla dwujezdniowego. Do tej kategorii z pewnością nie można zaliczyć nagrań w okresie zachodu słońca. W okresie bowiem co najmniej godziny po zachodzie i co najmniej godziny przed wschodem słońca panują warunki przejściowe (półmrok), co nie wystarcza do stwierdzenia, że wykonawca zapewni pełną widoczność, czytelność i rozpoznawalność kategorii wszystkich pojazdów

w całkowitej ciemności, czyli w nocy bez sztucznego oświetlenia. Oczywiście jest, że w świetle celu, jakiemu ma służyć zastosowanie rejestracji wideo w Generalnym Pomiarze Ruchu, pojęcie „noc bez sztucznego oświetlenia” oznacza warunki całkowitej ciemności, a więc najgorsze warunki oświetleniowe, mogące wystąpić w punkcie pomiarowym. Interpretację tę potwierdzają zapisy zatwierdzonych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad i obowiązujących w niniejszym postępowaniu „Wytycznych GPR 2020” (Część 3, punkty 12.3 i 12.4), gdzie oprócz punktów nieoświetlonych zwraca się także uwagę na możliwość wystąpienia awarii oświetlenia i konieczność zapewnienia na tę okoliczność technologii gwarantujących poprawne wykonanie pomiaru także w takich warunkach. Udowodnieniu dysponowania takimi technologiami, co oczywiście, służyć miał wymóg przedstawienia nagrań w nocy, bez sztucznego oświetlenia, czyli w całkowitej ciemności, a w przypadku wykonawców deklarujących wykonanie pomiaru na drogach dwujezdniowych za pomocą jednej kamery, wykazania, że w tych warunkach obraz zapewnia rozpoznawalność kategorii pojazdów także na drogach dwujezdniowych (np. zasięg oświetlaczy podczerwieni). Wykonawca EWIMAP w sposób oczywisty nie wykazał zdolności wypełnienia tych wymagań.

W ocenie odwołującego, przedstawione przez EWIMAP próbki nr 4 i 6 nie przedstawiają nocnych warunków oświetleniowych, lecz okres tuż po zachodzie słońca, charakteryzujący się bardzo dobrym oświetleniem naturalnym. Nie ulega wątpliwości, że żadna z tych próbek nie zawiera nagrania w całkowitej ciemności. Dla wskazania, co oznaczałyby takie warunki, można posłużyć się przykładem nagrań, zawartych w próbkach nr 2, 3 i 5 tego samego wykonawcy, tyle że przy doskonałym oświetleniu drogowym. Wystarczy porównać niebo.

Niezależnie od podniesionych wyżej argumentów odwołujący wskazał, że próbki nagrań nr 4 i 6 złożone do oferty przez wykonawcę EWIMAP nie spełniają kryterium jakości, pozwalającego na jednoznaczne przyporządkowanie pojazdów do konkretnej kategorii według tablicy 1 zawartej w tomie III s.i.w.z. - „Wytycznych organizacji i przeprowadzenia Generalnego Pomiaru Ruchu w 2020 roku na drogach krajowych” w części 3 - „Instrukcja o sposobie przeprowadzenia generalnego pomiaru ruchu w 2020 r.” - punkt 5.2. Wymóg taki został zawarty w I tomie s.i.w.z. w punkcie 19.1.3. podpunkt 3 e) oraz w tomie III s.i.w.z. punkt IV.3.e - Opis Przedmiotu Zamówienia - „Próbki nagrań muszą umożliwiać zarejestrowanie wszystkich pojazdów przejeżdżających przez przekrój pomiarowy (m.in. eliminacja zjawiska zasłaniania się pojazdów na drogach dwujezdniowych) oraz pozwalać na ich jednoznaczne zakwalifikowanie do jednej z wymaganych kategorii pojazdów, niezależnie od warunków oświetleniowych. (...) Oferta ulega odrzuceniu jako niespełniająca warunków udziału w postępowaniu również w przypadku kiedy po odtworzeniu, przekazanych przez Wykonawcę pomiarów, próbek nagrań okaże się, że są one nieczytelne (nie pozwalają na jednoznaczne określenie kategorii pojazdów wymaganych w GPR w wymaganych

warunkach oświetleniowych, w tym w warunkach nocnych bez oświetlenia ulicznego) i nie spełniają tym samym wymagań określonych w „Wytycznych GPR 2020”. Również w tomie III s.i.w.z. - „Wytycznych organizacji i przeprowadzenia Generalnego Pomiaru Ruchu w 2020 roku na drogach krajowych” w części 3 - „Instrukcja o sposobie przeprowadzenia generalnego pomiaru ruchu w 2020 r.” zawarte są wymogi jednoznacznego kwalifikowania pojazdów. W punkcie 5.2. zobrazowana jest tabela z podziałem pojazdów na kategorie, a w punkcie 5.3. zawarte są informacje o potencjalnych trudnościach w prawidłowym klasyfikowaniu pojazdów: „Należy zwrócić szczególną uwagę na właściwe przyporządkowanie zliczanych pojazdów do poszczególnych kategorii. Najtrudniejsza do przyporządkowania kategorię pojazdów stanowią pojazdy dostawcze o dopuszczalnej masie całkowitej (dmc) do 3,5 tony (kategoria „d”). Do kategorii tej należy zaliczać tylko te pojazdy, których nadwozie zostało jednoznacznie zaprojektowane do przewozu towarów. Nie należy zaliczać do kategorii „d” pojazdów, które zostały konstrukcyjnie przystosowane do przewozu ładunków, lecz oparte są na nadwoziach samochodów osobowych, jak np.: Citroen Berlingo/Peugeot Partner, Fiat Doblo, Opel Combo, Volkswagen Caddy itp., pojazdów kempingowych, różnego rodzaju pickupów oraz tzw. „samochodzików z kratką” - wszystkie tego typu pojazdy powinny być zakwalifikowane do kategorii pojazdów osobowych (kategoria „c”).” Dalej w tym samym dokumencie w punkcie 12.7, zamawiający opisując wymagania techniczne nagrań w toku GPR 2020 stwierdza, że musi być spełniony podstawowy warunek: „rejestracji każdego przejeżdżającego pojazdu z możliwością jego jednoznacznego zakwalifikowania do jednej z wymaganych kategorii. Następnie w punkcie 12.9 Zamawiający; wskazuje: „Zarejestrowane w toku prowadzonego pomiaru nagrania muszą zapewniać jednoznaczną rozpoznawalność sylwetek pojazdów zgodnie z wymaganymi kategoriami wymienionymi w tabelicy 1, bez względu na warunki oświetleniowe lub pogodowe.”.

Odwołujący podniósł, iż próbki nr 4 i 6 złożone do oferty przez EWIMAP, nie dają możliwości „... jednoznacznego zakwalifikowania pojazdu do określonej kategorii, w każdych warunkach pogodowych (...) i oświetleniowych...” lub - tak jak w przypadku próbki nr 4 - nie dowodzą takiej możliwości, bo zarejestrowane są na niej wyłącznie samochody osobowe. Już nawet jakość obrazu w próbce nr 4 w przypadku tej łatwej do rozpoznania kategorii pojazdów nie pozostawia złudzeń co do możliwości rozpoznania innych kategorii i to mimo dobrego jeszcze oświetlenia naturalnego. Potwierdza to próbka nr 6, gdzie nie sposób zidentyfikować liczby osi pojazdów ciężarowych z przyczepą, co jest niezbędne do przeprowadzenia pomiaru dodatkowego. Dotyczy to przede wszystkim pojazdów poruszających się po jezdni bardziej oddalonej od kamery, pojawiających się na przykład o godzinach: 21:00:15, 21:00:55, 21:01:47, 21:02:31, 21:04:13, 21:04:17; ale też na jezdni znajdującej się bliżej kamery, na przykład o godzinach: 21:02:35, 21:04:47, 21:06:00,

21:06:43, czy też pojazdu, poruszającego się bliższą jezdnią, którego nie można przyporządkować do jednej z kategorii osobowy/lekki ciężarowy o godz. 21:03:08, z uwagi na brak możliwości weryfikacji istnienia przeszklenia boku pojazdu; żeby tylko poprzestać na samym początku próbki, gdzie mamy do czynienia z bardzo dobrym naturalnym oświetleniem.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający kładzie w GPR 2020 duży nacisk na jednoznaczność zakwalifikowania pojazdów do konkretnej kategorii. Wymóg przedstawienia do oferty próbek nagrań miał na celu weryfikację profesjonalizmu wykonawców. Zamawiający przewidział sankcję odrzucenia oferty w przypadku braku możliwości jednoznacznego zakwalifikowania pojazdów na próbkach nagrań złożonych do oferty, tak obowiązkowych jak i wszystkich dodatkowych. Próbki nagrań EWIMAP nie spełniają wymogu możliwości jednoznacznego zakwalifikowania pojazdów do konkretnych kategorii. Wykonawca EWIMAP nie przedstawił także próbki z nagraniem przedstawiającym moment włączenia lub wyłączenia oświetlenia w przekroju jednojezdniowym. Tak więc próbki nagrań nie spełniają warunków s.i.w.z., co najmniej z następujących powodów:

- brak nagrania w nocy przy braku oświetlenia w przekroju jednojezdniowym;
- brak nagrania w nocy przy braku oświetlenia w przekroju dwujezdniowym;
- brak nagrania zawierającego moment włączenia lub wyłączenia oświetlenia w przekroju jednojezdniowym;
- niska jakość obrazu, także w dzień, powodująca rozmycie sylwetek pojazdów, uniemożliwiająca przyporządkowanie pojazdów, do właściwych kategorii, szczególnie w przypadku pomiaru dodatkowego, w którym niezbędne jest m.in. określanie liczby osi pojazdów ciężarowych.

Odwołujący zaznaczył, że wystąpienie chociażby jednego z opisanych powyżej braków powinno skutkować stwierdzeniem, że oferta nie spełnia warunków s.i.w.z. w zakresie przedstawiania wymaganych nagrań wideo, który to brak nie może być konwalidowany na dalszym etapie postępowania. Brak ten powinien skutkować obligatoryjnym odrzuceniem oferty jako niespełniającej wymagań s.i.w.z. Wytyczne GPR 2020 zostały sformułowane, m.in. w celu zweryfikowania na podstawie próbek nagrań, czy wykonawca składający ofertę będzie w stanie wykonać pomiary w planowanym przez GDDKiA zakresie w różnych warunkach oświetleniowych i atmosferycznych. Nie sposób uznać, że przedstawione przez EWIMAP w jej ofercie próbki nagrań spełniają wskazany cel.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem złożył ofertę w postępowaniu i w przypadku odrzucenia kwestionowanej przez odwołującego oferty to oferta odwołującego w przypadku zadań 2, 3 i 4, byłaby najkorzystniejsza. Odwołujący mógłby zostać wybrany i pozyskać zamówienie publiczne,

bowiem oferta odwołującego spełnia wszystkie wymogi s.i.w.z. Zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy naraża odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na które mógł liczyć.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A.J.-B. i P.K., działających jako wspólnicy spółki cywilnej EWIMAP s.c. A.J.-B., P.K. (dalej *przystępujący* lub *EWIMAP*).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w treści dokumentacji składającej się na przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podał, w punkcie 14.5 tomu I s.i.w.z. (Instrukcja dla Wykonawców), że ofertę stanowi m.in. (podpunkt 3) „... próbka nagrań wideo, o której mowa w Kryterium oceny ofert „Jakość - nagranie wideo”...”. W opisie tego kryterium w punkcie 19.1.2.1 tomu I s.i.w.z. (IDW) zamawiający stwierdził, że „... załączone próbki nagrań muszą (...) zawierać elementy pozwalające na dokonanie ich oceny zgodnie z powyższymi wymaganiami: Próbkę nagrań wideo powinny mieć długość 10-15 minut każda i być zarejestrowane przy drodze i prezentować ruch pojazdów w przekroju jezdni, w różnych warunkach oświetleniowych, przede wszystkim w nocy (ze sztucznym oświetleniem i bez,

w tym moment włączenia/wyłączenia oświetlenia) (...), i spełniać wymagania dotyczące jakości obrazu i technologii wykonania pomiaru określone „Instrukcji GPR 2020”. Wystarczające jest przedstawienie próbek nagrań zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego. Wyjątek stanowi sytuacja (...), gdy Wykonawca pomiarów chce prowadzić pomiar na drogach dwujezdniowych z wykorzystaniem jednej kamery, wówczas próbki nagrań powinny być zarejestrowane również dla przekroju dwujezdniowego...”.

Zgodnie z treścią punktu IV.3.e tomu III s.i.w.z. (OPZ) „... Zamawiający wymaga by Wykonawca pomiarów dostarczył wraz z ofertą próbki nagrań spełniające wymagania określone w punkcie 12 „instrukcji GPR 2020”, które będą podlegać ocenie przez Zamawiającego. Próbki nagrań muszą umożliwiać zarejestrowanie wszystkich pojazdów przejeżdżających przez przekrój pomiarowy (...) oraz pozwalać na ich jednoznaczne zakwalifikowanie do jednej z wymaganych kategorii pojazdów, niezależnie od warunków oświetleniowych...”

Wspomniane wymagania „Instrukcji GPR 2020” określają m.in., że:

- (podpunkt 12.2) „...Wykonawca pomiarów zobowiązany jest do złożenia w ofercie próbek nagrań wideo o długości 10-15 minut każda, (...) prezentujących ruch pojazdów w przekroju jezdni, w różnych warunkach oświetleniowych, przede wszystkim w nocy (ze sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment włączenia/wyłączenia oświetlenia) (...), spełniających wymagania jakości obrazu i technologii wykonania pomiaru określone w niniejszej „instrukcji GPR 2020”. Wystarczające jest przedstawienie próbek nagrań zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego. Wyjątek stanowi sytuacja (...), gdy Wykonawca pomiarów chce przeprowadzić pomiar na drogach dwujezdniowych z wykorzystaniem jednej kamery, wówczas próbki nagrań powinny być zarejestrowane również dla przekroju dwujezdniowego...”

- (podpunkt 12.4) „... Wykonawca pomiarów wideo musi zapewnić poprawną rejestrację obrazu wideo, gwarantującą możliwość jednoznacznego zakwalifikowania pojazdu do określonej kategorii, w każdych warunkach pogodowych (deszcz, śnieg, zakres temperatur otoczenia od -30°C do +50°C, itp.) i oświetleniowych (w tym również w nocy przy braku oświetlenia ulicznego)...”

- punkt 19.1.2.2 podpunkt C tom I s.i.w.z. (IDW) określa, że oferta otrzyma 0 punktów w zakresie kryterium „Jakość - nagranie wideo (J)”, jeżeli: „... próbki nagrań wideo nie spełniają wymagań opisanych w s.i.w.z. oraz w punkcie 19.1.2.1 (...) (brakuje, co najmniej jednego elementu z niżej wymienionych):

1) Wykonawca nie dostarczył próbek nagrań wideo o długości minimum 10 minut każda prezentujących ruch pojazdów w przekroju jezdni, w różnych warunkach oświetleniowych, przede wszystkim w nocy (ze sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment włączenia/wyłączenia oświetlenia ulicznego);

(...)

4) Zarejestrowany obraz, na chociaż jednej z dostarczonych próbek nagrań wideo, nie umożliwi jednoznacznego zakwalifikowania pojazdu do określonej kategorii...”; co zgodnie z treścią przywołanego punktu skutkuje otrzymaniem przez ofertę 0 punktów w kryterium „Jakość - nagranie wideo (J)” i tym samym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, zarzuty oraz argumentacja odwołującego znajduje swoje oparcie w dokumentacji postępowania.

Zamawiający w pkt IV ppkt 3 lit. e, t. III s.i.w.z., w zakresie nałożonych na wykonawców obowiązków odnoszących się do pomiarów na etapie składania ofert wskazał, iż: „Zamawiający wymaga by Wykonawca pomiarów, dostarczył wraz z ofertą próbki nagrań spełniające wymagania określone w punkcie 12 «Instrukcji GPR 2020», które będą podlegać ocenie przez Zamawiającego. Próbki nagrań muszą umożliwiać zarejestrowanie wszystkich pojazdów przejeżdżających przez przekrój pomiarowy (m.in. eliminacja zjawiska zasłaniania się pojazdów na drogach dwujezdniowych) oraz pozwalać na ich jednoznaczne zakwalifikowanie do jednej z wymaganych kategorii pojazdów, niezależnie od warunków oświetleniowych. (...). W dniu podpisania umowy Wykonawca pomiarów składa oświadczenie, że w trakcie wykonywania zamówienia, jakość rejestrowanych przez niego nagrań w poszczególnych terminach pomiarowych będzie spełniać wymagania określone w „Wytycznych GPR 2020” i będzie nie gorsza, niż jakość próbek nagrań dostarczonych z ofertą (Załącznik nr 5 do OPZ).”.

Wyżej przytoczone brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób bezpośredni wskazuje, że celem badania próbek złożonych przez wykonawców, było ustalenie przez zamawiającego, czy sposób realizacji zamówienia pozwala na precyzyjne przeprowadzenie badania natężenia ruchu w podziale na określone kategorie pojazdów samochodowych. Złożone przez wykonawców próbki miały zatem za zadanie wykazać, że w różnych warunkach pogodowych, w zależności od pory dnia (dzień, noc), również w fazie przejściowej, wykonawca posiada stosowny potencjał sprzętowy, umożliwiający jednoznacznie ustalić (zmierzyć) poziom ruchu, z podziałem na kategorie pojazdów. Jednocześnie, zamawiający w s.i.w.z. wskazał, że w dniu podpisania umowy wykonawca zobligowany będzie do podpisania oświadczenia, wg wzoru określonego w załączniku nr 5, że jakość nagrań nie będzie gorsza, niż jakość próbek nagrań dostarczonych z ofertą.

Powyższe ustalenia w sposób bezpośredni korespondują z wytycznymi zamawiającego, określonymi w pkt 19.1.2.1. t. I s.i.w.z., w których zamawiający podał, że „Wystarczające jest przedstawienie próbek nagrań zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego. Wyjątek stanowi sytuacja opisana w punkcie 4.5 k), gdy Wykonawca pomiarów chce prowadzić

pomiar na drogach dwujezdniowych z wykorzystaniem jednej kamery, wówczas próbki nagrań powinny być zarejestrowane również dla przekroju dwujezdniowego”.

Z powyższego wynika, iż obowiązkiem było złożenie przez wykonawców próbek nagrań zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego, gdyż zamawiający podał, że będzie to wystarczające, czyli jest to wymaganie obowiązkowe - minimalne. Jednakże w przypadku, gdy wykonawca pomiarów, chce prowadzić pomiar na drogach dwujezdniowych z wykorzystaniem jednej kamery, wówczas próbki powinny być zarejestrowane również dla przekroju dwujezdniowego.

W celu ustalenia, jaki sposób pomiarów przewidział w realizacji zadania przystępujący, Izba kierowała się treścią oświadczenia przystępującego, złożonego wraz z ofertą (załącznik nr 5), w którym to oświadczeniu przystępujący, w pkt 5 podał, że „na drogach dwujezdniowych będę prowadził pomiar z wykorzystaniem, co najmniej dwóch kamer, po jednej na każdy kierunek ruchu

LUB

na drogach dwujezdniowych będę prowadził pomiar z wykorzystaniem jednej kamery przy zachowaniu pełnej widoczności i czytelności wszystkich pasów ruchu pozwalającej na zarejestrowanie wszystkich pojazdów w przekroju pomiarowym i ich jednoznaczne zakwalifikowanie do jednej z kategorii, a przedstawione w Ofercie próbki nagrań z dróg o takim przekroju spełniają wymagania w zakresie jakości obrazu określone w „Wytycznych GPR 2020”.

Zamawiający w przypisie na dole załącznika nr 5 wskazał, iż w przypadku pkt 5, możliwość wyboru obu lub jednej z opcji jest zależne od decyzji oferenta. Przystępujący nie określił którejkolwiek z opcji, co należało odczytać, jako wybór obu opcji realizacji zamówienia.

Powyższe ustalenie ma decydujące znaczenie dla ustalenia, czy oferta złożona przez przystępującego, jest zgodna z treścią s.i.w.z., czyli czy nie zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, oferta złożona przez przystępującego, wypełnia dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, i jako, że jej treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, winna podlegać odrzuceniu.

Ustalenie takie Izba wywiodła wprost z brzmienia treści s.i.w.z., która nakazywała wykonawcom obligatoryjne złożenie próbek dla pomiarów nagrań zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego oraz w przypadku wykorzystania przez wykonawcę nagrań dla przekroju dwujezdniowego z jednej kamery również złożenie takich próbek do oferty. Przystępujący takiego wymagania nie spełnił, albowiem do oferty załączył nagrania jedynie dla trzech parametrów, z sześciu, odpowiednio dla przekroju jednojezdniowego oraz dwujezdniowego, co z kolei oznacza, że zamawiający zgodnie z dyspozycją tomu I s.i.w.z.,

pkt 3.2. lit. C ppkt 1, powinien przyznać ofercie przystępującego 0 pkt, a zgodnie z uwagą poczynioną poniżej tego punktu - Nieprzedłożenie próbek nagrań wideo wraz z ofertą, a także uzyskanie 0 pkt w tym kryterium oceny ofert, skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, oferta przystępującego podlegała również odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem nie spełniała wymogu określonego w pkt 3.2. lit C ppkt 4 tomu I s.i.w.z., tj. zarejestrowany obraz, na chociaż jednej z dostarczonych próbek nagrań wideo, nie umożliwia jednoznacznego zakwalifikowania pojazdu do określonej kategorii wymienionej w tabeli 1 „Instrukcji GPR 2020”.

Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadziła dowód z próbki nr 6 przystępującego, odtwarzając w szczególności fragment dotyczący przejazdu pojazdu w dniu 29 maja 2019 roku, godz. 21:03:08 (wydruk z kadru próbki nr 6 z oferty przystępującego – dowód nr 2 złożony przez odwołującego, oraz dowód nr 3 złożony przez przystępującego – tożsamy wydruk (ostatnia strona ze złożonego pliku dowodów) i stwierdziła, że jakość nagrania jest na tyle nieczytelna, że nie da się ustalić czy przejeżdżający pojazd należałoby zakwalifikować do kategorii pojazdów osobowych czy lekkich samochodów ciężarowych. W związku z powyższym, na mocy ww. przepisów s.i.w.z., oferta przystępującego podlegała odrzuceniu.

Za niezasadny Izba uznała zarzut odnoszący się do definicji „nocy”, w braku legalnej definicji ustalonej przez zamawiającego, gdyż zamawiający ani w s.i.w.z., ani w Instrukcji - w zakresie, w jakim odnoszą się one do wymogu nagrania próbki w nocy - nie wskazał, jak należy rozumieć to pojęcie. Wobec tego należało posłużyć się rozumieniem nocy przyjmowanym powszechnie, jako okres od zmierzchu do świtu, gdyż jest to ten fragment doby, który w obecnych czasach można łatwo określić za pomocą dwóch zdarzeń - zachodu i wschodu słońca.

Ponadto wskazać należy, iż dowód zgłoszony i złożony przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, w postaci wydruku ze strony internetowej <https://www.timeanddate.com/sun/poland/warsaw?month=5&year=2019> wprost wskazuje na bezzasadność zarzutu stawianego przez odwołującego, albowiem przystępujący nagrał próbkę nr 4 w dniu 8 maja 2019 r., począwszy od godz. 20.30, a próbkę nr 6 - 29 maja 2019 r., począwszy od godz. 21.00. W tych dniach - zgodnie z informacją zawartą na ww. stronie internetowej zachód słońca miał miejsce, odpowiednio, o 20.12 i 20.43. Ponieważ więc próbki zostały nagrane po zachodzie słońca, należy uznać, że oferta przystępującego, spełnia wymóg zaprezentowania nocnych warunków oświetleniowych.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący braku możliwości zidentyfikowania, w próbce nr 6, liczby osi pojazdów ciężarowych z przyczepą. Izba przeprowadziła dowód

z odtworzenia próbki nr 6 i nie miała problemów z ustaleniem liczby osi przejeżdżającego pojazdu ciężarowego. Ponadto, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dodatkowego pomiaru liczby osi, zamawiający może dokonywać w godzinach pomiędzy 8 a 16, a próbka zawiera nagranie z okolicy godziny 21.

Dowód nr 1 złożony przez odwołującego, tj. opracowanie własne przygotowane przez Wydziału Ruchu Drogowego Politechniki Wrocławskiej, złożony na okoliczność, jak należy rozumieć przekrój jednojezdniowy i dwujezdniowy, zgodnie z przepisami odpowiednich rozporządzeń, Izba uznała jako stanowisko strony w sprawie, albowiem nie został on (dowód) podpisany przez osoby je sporządzające.

Dowód nr 1 złożony przez przystępującego, tj. opracowanie własne dotyczące próbek, jakie zostały złożone przez przystępującego, Izba uznała jako stanowisko przystępującego, nadto wynikające bezpośrednio z próbek złożonych wraz z ofertą.

Dowód nr 2 złożony przez przystępującego, tj. Informacje o źródle pochodzenia próbek, Izba uznała za stanowisko strony. Nadto dowód ten nie potwierdza okoliczności na jakie został złożony, tj. że były one realizowane na rzecz m.in. GDDKiA i przy tożsamych parametrach zostały przyjęte bez zastrzeżeń, albowiem przystępujący nie wykazał, że w wymienionych w dokumencie postępowaniach, wymagania zamawiających były tożsame z wymaganiami zamawiającego postawionymi w przedmiotowym postępowaniu.

Dowód nr 3 złożony przez przystępującego, tj. wydruki kadrów z próbek, Izba oddaliła, uznając, iż nie mają one wpływu na rozstrzygnięcie sprawy, albowiem Izba posiadała bezpośredni dostęp do próbek złożonych do oferty przez przystępującego. Jedynie w zakresie przykładu 11 (ostatnia strona dowodu), Izba stwierdziła, że potwierdził on pośrednio prawidłowość stanowiska odwołującego. Z przykładu nr 11 nie sposób bowiem wywieść, do jakiej kategorii pojazdów można przypisać pojazd uwidoczniiony na tym kadrze.

Dowód nr 4 złożony przez przystępującego, tj. kadr z próbki nr 4 odwołującego, Izba oddaliła, jako nie mający znaczenia w sprawie, albowiem nie dotyczył on zarzutów postawionych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania, wynagrodzeniem pełnomocnika oraz opłatą skarbową od pełnomocnictwa.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....