

Sygn. akt: KIO 1436/17, KIO 1456/17

WYROK
z dnia 28 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach 13 lipca i 14 lipca br. przez wykonawcę L. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B. (sygn. akt KIO 1436/17) oraz wykonawcę S. C. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (sygn. akt KIO 1456/17) w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Główną Policji w W.

przy udziale wykonawcy S. C. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1436/17 po stronie zamawiającego, wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2A. Kosztami postępowania sygn. akt KIO 1436/17 obciąża wykonawcę L. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę L. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy L. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B. na rzecz wykonawcy S. C. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2B. Kosztami postępowania sygn. akt KIO 1456/17 obciąża wykonawcę S. C. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. i zalicza w poczet kosztów postępowania

odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę S. C. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Komenda Główna Policji w W. (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Zakup 400 sztuk laserowych mierników prędkości z rejestracją obrazu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 6 kwietnia 2017 r., poz. ... Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Zamawiający w dniu 4 lipca 2017 r. poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy L. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B., a w dniu 13 lipca 2017 r. – o wyborze jako oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez wykonawcę S. C. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

Sygn. akt KIO 1436/17

W dniu 13 lipca 2017 r. wykonawca L. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B.(dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

(i) art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sytuacji gdy brak było podstaw do dokonania takiej czynności w Postępowaniu;

(ii) art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w zakresie możliwości tworzenia formatów „avi”, „jpg”, „jpg pojedynczych klatek pliku ruchomego” przez oprogramowanie do odczytu zarejestrowanych plików;

(iii) art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S. C. S. sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), a w szczególności pkt 15 i pkt 20 b) załącznika nr 2 do SIWZ;

(iv) art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu, przejawiającym się w odmiennym (uprzywilejowanym) traktowaniu i ocenie oferty Odwołującego i oferty S. C. S. sp. z o.o., i w konsekwencji nieuprawnionym odrzuceniu oferty Odwołującego i nie odrzuceniu oferty S. C. S. sp. z o.o., niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zamawiający w ocenie Odwołującego dopuścił w SIWZ zastosowanie kamery o mniejszej rozdzielczości, lecz wyposażonej w optyczne powiększenie obrazu (zoom), która spełniałaby wzór: (rozdzielczość pozioma x rozdzielczość pionowa) x wielkość powiększenia optycznego obiektywu jest nie mniejsze niż 1920x1440. Oferowane przez Odwołującego urządzenie rejestruje zdjęcia o rozdzielczości 720x576 pikseli, co w połączeniu z zastosowanym w oferowanym urządzeniu 36 krotnym zoomem optycznym, daje możliwość uzyskania powiększeń odpowiadających zdjęciom z matrycy o rozdzielczości powyżej 14 milionów pikseli. W ocenie Odwołującego, skoro zadał pytanie do treści SIWZ, czy Zamawiający akceptuje proponowane wyżej rozwiązanie, a Zamawiający odpowiedział że podtrzymuje zapisy SIWZ, to oznacza, że jest ono dopuszczalne. Wyjaśniał, że tak sformułowane pytanie miało na celu zaoferowanie Zamawiającemu w ramach fotograficznej rejestracji obrazu przez urządzenie, optymalnej technologii wykonywania fotografii, optymalnej pod względem jakości i zapewniającej jak najlepsze rezultaty identyfikacji nr rejestracyjnych pojazdów.

W konsekwencji, w dn. 5 czerwca 2017 r. Odwołujący złożył ofertę, gdzie zaoferował przyrząd L., zapewniający filmową i fotograficzną rejestrację procesu samego pomiaru, jak też obrazu mierzonego pojazdu przy parametrach rejestracji wideo - szybkość 25 klatek na sekundę, a rozdzielczość zdjęć 720x576 pikseli.

W ocenie Odwołującego, skoro Zamawiający wymagał zaoferowania urządzenia z rejestracją wideo o szybkości minimum 24 klatki na sekundę lub fotograficzną przy wymaganej rozdzielczości minimum 1920x1440, to zaoferowane urządzenie L., spełniało warunki SIWZ, w szczególności pkt. 3 i 4 Załącznika nr 2 do SIWZ.

Odwołujący wywodził, że Zamawiający dał wykonawcom dowolność w kwestii dotyczącej sposobu i technologii rejestrowania wykroczeń, które Wykonawca zaoferuje w ofercie przetargowej. Intencją Odwołującego od początku trwania przetargu było wykazanie, że posiada urządzenie, które realizuje obie te funkcje jednocześnie, rejestrując prędkości pojazdów z szybkością 25 klatek na sekundę, w rozdzielczości 720x576 dla plików wideo oraz

fotografii cyfrowych. Odwołujący podnosił, iż Zamawiający dążąc do zapewnienia optymalnej jakości dostawy powinien mieć świadomość zaawansowania technologicznego urządzenia pomiarowego, które winno odpowiadać aktualnym wymogom określonym w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 17 lutego 2014 r. w sprawie wymagań, którym powinny odpowiadać przyrządy do pomiaru prędkości pojazdów w ruchu drogowym, oraz szczegółowego zakresu badań i sprawdzeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych. Zastosowanie urządzenia o możliwości rejestracji zdjęć o rozdzielczości 720x576 oraz dodatkowym 36 krotnym optycznym zoomem, które w sposób jednoznaczny pozwala stwierdzić wykroczenie, spełnia oraz znacznie przewyższa wymogi zamawiającego dotyczące opcji rejestracji zdjęć w rozdzielczości 1920x1440 oraz przede wszystkim zapewnia lepszą jakość i dokładność identyfikacji nr rejestracyjnego pojazdu popełniającego wykroczenie.

Podkreślał, że w świetle podanych przez Zamawiającego warunków, Zamawiający oczekując rejestracji filmowej lub fotograficznej o wskazanych parametrach, nie wykluczał, biorąc pod uwagę wybór (rejestracja filmowa lub fotograficzna), przyrządu zapewniającego rejestrację wideo z szybkością 25 klatek na sekundę wraz z rejestracją fotograficzną o rozdzielczości 720x576. Zamawiający już w tytule przedmiotu zamówienia napisał jasno, że dostawa dotyczy laserowych mierników prędkości pojazdu wraz z obrazem nie definiując czy będzie to obraz w postaci zdjęcia czy w postaci nagrania wideo.

Argumentował, że w przypadku rejestracji wykroczeń bardziej efektywnym i wiarygodnym rozwiązaniem jest rejestracja wideo przebiegu tego wykroczenia, niż rejestracja pojedynczego lub kilku zdjęć tego samego pojazdu ze wskazaniem jego prędkości. Rejestracja wideo pozwala na śledzenie zmian prędkości poruszającego się pojazdu, a tym samym zmian zachowania kierującego pojazdem z odświeżaniem wskazań prędkości, z jaką porusza się pojazd co 0,3 sek.

Należy wskazać, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego i jednocześnie - nie odrzucając oferty S. C. S. sp. z o.o., z uwagi na fakt, że urządzenie Odwołującego nie spełnia w zakresie rejestracji zdjęć parametru rozdzielczości 1920x1440 pikseli, spełniając natomiast wymagania w zakresie szybkości rejestracji wideo, naruszył zasadę art. 89 ust. 1 pkt 2) i art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Zamawiający stosując reguły określone w Ustawie, w szczególności art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zobowiązany jest stosować w postępowaniu zasadę uczciwej konkurencji i w konsekwencji równego dostępu do zamówienia. Opis przedmiotu

zamówienia jako urządzenia o rozdzielczości matrycy wynoszącej minimum 1920x1440 i szybkości rejestracji wideo min. 24 klatki na sekundę prowadzi do wniosku, że Zamawiający w rzeczywistości postąpił wbrew zasadom uczciwej konkurencji i naruszył zasadę wynikającą z art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w sposób pośredni - tj. jeśli szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt. Taki sposób interpretacji ww. parametru przedmiotu zamówienia ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Nawiązując do powyższego, Odwołujący dostrzegają, iż zgodnie z pkt. 24 lit. c Opisu przedmiotu zamówienia, do dostarczonego sprzętu musi być dołączone zatwierdzenie typu urządzenia wydane przez G. U. M. W chwili zamówienia i do chwili obecnej jedynie dwa przyrządy laserowe wyposażone w rejestrację obrazu legitymują się taką decyzją. Jeden to przyrząd L., natomiast drugi to T.. W specyfikacji przyrządu T. wprost jest wymieniona rozdzielczość 1920x1440 (źródło: <http://...>), co oznacza, że Zamawiający odrzucając jeszcze przed dokonaniem wyboru wykonawcy, ofertę konkurencji, przeprowadziłby postępowanie przetargowe wskazując w nim konkretnego dostawcę poprzez podanie unikalnego parametru specyfikacji eliminującego konkurencję. Jest to tym bardziej ewidentne, że dla zapisu wideo Zamawiający nie podał żadnej minimalnej rozdzielczości. Wspomniany przyrząd T. zapisuje materiał wideo z rozdzielczością „polepszoną” wynoszącą 480x360 pikseli, więc dużo niższą niż wyspecyfikowana rozdzielczość zdjęć. W takim przypadku Zamawiający działałby także na szkodę Skarbu Państwa, gdyż poprzez takie wyspecyfikowanie przedmiotu zamówienia, wskazywałby przyrząd niewyposażony w optyczne zbliżenie (zoom), tj. zapisujący materiał wideo, który w praktycznie każdych warunkach gwarantuje mniejszą szansę na rozpoznanie marki pojazdu, odczytanie tablicy rejestracyjnej oraz rozpoznanie twarzy kierującego. Oczywistym jest, że założenie takich parametrów byłoby nielogiczne w świetle ww. wymagań, takich jak: uzyskanie możliwości identyfikacji marki pojazdu, numeru tablicy rejestracyjnej oraz w miarę możliwości (w sprzyjających warunkach! twarzy kierującego (pkt 5 opisu), a także: możliwość odtworzenia na miejscu zdarzenia, na wbudowanym w urządzeniu ekranie, pliku video wykroczenia, a także zdjęcia pojazdu z możliwością jego powiększenia w celu odczytania tablic rejestracyjnych (pkt 10 opisu). Przy pozostawieniu wyłącznie parametru rozdzielczości matrycy wynoszącej minimum 1920x1440, opisane wyżej wymogi Zamawiającego, nie zostałyby uzyskane.

Zauważają, że dokonana przez Zamawiającego wykładnia przepisów SIWZ prowadząca do odrzucenia oferty Odwołującego, w kontekście udzielonych wyjaśnień ma charakter interpretacji dokonywanej na niekorzyść Odwołującego.

Odnosząc się do treści drugiego zarzutu Zamawiającego, dotyczącego treści pkt. 12 Załącznika nr 2 do SIWZ, oprogramowanie do odczytu zarejestrowanych plików powinno zapewniać możliwość tworzenia formatów „avi”, „jpg”, „jpg pojedynczych klatek pliku ruchomego”, a także wyszukiwanie poszczególnych sekwencji oraz drukowanie zdjęć wykroczeń wraz z danymi, Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał pismem z dn. 4 lipca b.r. (Zawiadomienie o odrzuceniu oferty), że Odwołujący ww. warunku nie spełnia.

Na pytanie Odwołującego o wyjaśnienie treści SIWZ dotyczące powyższego wymagania o treści:

„Czy Zamawiający dopuści urządzenie z oprogramowaniem umożliwiającym tworzenie innego otwartego formatu plików tj. .ASF dla zarejestrowanych plików video? Format .ASF podobnie jak .avi jest obsługiwany przez większość dostępnych urządzeń i programów. Advanced Systems Format (ASF; dawniej Advanced Streaming Format) - kontener multimedialny stworzony przez Microsoft na potrzeby platformy Windows Media. Format ASF wykorzystywany jest najczęściej do przechowywania strumieni danych zakodowanych za pomocą Windows Media Audio (WMA) lub Windows Media Video (WMV)”.

Zamawiający w piśmie z dnia 9.05.2017 r. L. dz. FZF 3790/17, zawierającym odpowiedzi na pytania wykonawców, w odpowiedzi na pytanie nr 13 podtrzymał zapisy SIWZ i jednocześnie wyjaśnił, że przedstawione wymagane parametry oprogramowania są parametrami minimalnymi, a tym samym Zamawiający dopuszcza zaoferowanie rozwiązań zawierających możliwości tworzenia także innych formatów plików.

Z uwagi na powyższe wyjaśnienia i spełnienie minimalnych parametrów zapisu, Odwołujący zaproponował w ofercie dodatkowy format asf, który jest lepszym rozwiązaniem technologicznym niż format avi.

Dzięki zastosowaniu większej kompresji danych w porównaniu do formatu avi, format asf umożliwia w trakcie zapisu nanoszenie na żywo na zarejestrowany film danych pomiarowych, tj. czasu, daty, zmieniającej się prędkości i odległości od nagrywanego pojazdu, jak również średnicy wiązki lasera na mierzonym pojeździe. Z tego powodu oprócz minimalnych parametrów zapisu, Odwołujący zaoferował efektywniejsze z punktu widzenia archiwizacji i obróbki materiału wideo rozwiązanie posiadające również możliwość tworzenia oprócz formatu avi, format asf, uznając, że w ten sposób spełnia zarówno parametry minimalne jak również optymalne oprogramowania. Podkreślić należy, że oferowane przez Odwołującego oprogramowanie, posiada wymaganą przez Zamawiającego możliwość tworzenia formatów avi,

gdyż było to niezbędne minimum, a dodatkowo oprogramowanie to oferuje możliwość zapisu w korzystniejszym formacie asf.

Odwołujący podkreślał także, że zgodnie ze złożoną ofertą oświadczył, że „oferuje dostawę następujących 400 szt. laserowych mierników prędkości z rejestracją obrazu, potwierdzających spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ”.

Dodatkowo wskazywał, że w piśmie Zamawiającego z dnia 12.06.2017 L.dz. FZF 5213/17, w którym wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz potwierdzenia rozdzielczości w jakiej oferowany przedmiot zamówienia rejestruje kolorowe zdjęcia, Zamawiający nie podniósł jakichkolwiek wątpliwości i nie przedstawił pytań, dotyczących formatu tworzenia plików. Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych lub art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Wyjaśnienia udzielone przez odwołującego stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań.

O negatywnej ocenie spełnienia wymogu z poz. 12 Załącznika nr 2 do SIWZ Odwołujący został dopiero poinformowany pismem w sprawie odrzucenia jego oferty. W ten sposób Zamawiający niesłusznie i arbitralnie, pomimo oświadczenia Odwołującego, że jego zaoferowane urządzenia spełniają wszystkie wymagania określone w SIWZ, przyjął i założył, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ w myśl art. 89 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Ocena Zamawiającego w tym zakresie jest niesłuszna i niezgodna ze stanem faktycznym, bowiem Odwołujący w opisie technicznym urządzenia w ofercie, napisał:

„Oprogramowanie do odczytu zarejestrowanych plików zapewnia możliwość tworzenia formatu video asf mpeg4" oraz "jpg", "jpg pojedynczych klatek pliku ruchomego", a także wyszukiwanie poszczególnych sekwencji oraz drukowanie zdjęć wykroczeń wraz z danymi. Format .asf jest tak samo jak format avi otwartym formatem plików video, którego odczyt jest możliwy za pomocą tych samych odtwarzaczy, a jakość obrazu jest taka sama i w trakcie odtwarzania osoba oglądająca plik .avi i .asf nie jest w stanie ich rozróżnić”.

Zamawiający nie skierował do Odwołującego zapytania co do możliwości tworzenia poprzez oferowane urządzenie, plików w formacie „avi”, ale z góry założył że takiej możliwości brak

(pomimo oświadczenia Odwołującego, że oferowane urządzenia spełniają wszystkie wymagania określone w SIWZ). W związku z powyższym Odwołujący nie miał możliwości sprostowania omyłkowej interpretacji odpowiedzi Zamawiającego, w której Zamawiający dopuszcza zaoferowanie rozwiązań zawierających możliwości tworzenia oprócz minimalnych formatów zapisu plików także innych formatów plików. Tymczasem oprogramowanie oferowane przez Odwołującego zapewnia możliwość tworzenia plików „avi” Dodatkowo zapewnia możliwość tworzenia plików w formacie .asf, jako odpowiedź na wyjaśnienie Zamawiającego, że dopuszcza on zaoferowanie rozwiązań zawierających możliwości tworzenia także innych formatów plików.

Zatem twierdzenie Zamawiającego w piśmie z dnia 4 lipca 2017 r., w którym stwierdza, że wykonawca nie zapewnia tworzenia formatu .avi jest bezpodstawne. Przecież wraz z urządzeniem dostarczane jest oprogramowanie, które ma możliwość zapisu w formacie asf lub avi.

Dodatkowo, należy mieć na uwadze, iż Zamawiający wymaga szyfrowania plików, a ich odtworzenie ma być możliwe tylko i wyłącznie na dedykowanym oprogramowaniu, które wykonawca dostarcza wraz z urządzeniem. Nie ma znaczenia dokładny format zapisu plików, gdyż do otwarcia zaszyfrowanego pliku jest potrzebne specjalne oprogramowanie dostarczane przez Odwołującego. Osoba postronna, nie posiadająca specjalnego oprogramowania dostarczanego przez Odwołującego, nie będzie w stanie otworzyć zaszyfrowanego pliku żadnym programem, niezależnie od zastosowanego rozszerzenia zapisu pliku. Z uwagi na powyższe wymaganie zapisu plików w określonych formatach przez Zamawiającego, może sugerować, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, ograniczając tym samym krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący ponadto podnosił, że w świetle treści SIWZ oraz oczekiwań Zamawiającego, to właśnie oferta konkurencyjnego wykonawcy - S. C. S. sp. z o.o. nie odpowiada treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

I tak - zgodnie z pkt. 15 SIWZ, sprzęt musi umożliwiać pracę w trudnych warunkach, tzn. musi być przystosowany do wykonywania pomiarów w każdych warunkach atmosferycznych (deszcz, mgła, śnieg itp.), Urządzenie musi działać bez zakłóceń w temperaturach w granicach od -25 °C do +50 °C.

Tymczasem instrukcja obsługi przyrządu T. - str. 6 znajduje się zapis:

Nie używać urządzenia w temperaturach ekstremalnych.

Komponenty T. są przeznaczone do pracy w zakresie temperatur - 10°C do +60°C.

Nie należy używać urządzenia w temperaturach poza tym zakresem

Należy zauważyć, że analogiczny zapis znajduje się także w angielskiej wersji instrukcji obsługi przyrządu T..

Dodatkowo z decyzji zatwierdzenia typu przyrządów ZT 120/2009 z dnia 24.12.2009 r. nie wynika, by przyrząd T. miał oczekiwany przez Zamawiającego - pkt 20 ppkt b Załącznika nr 2 do SIWZ, zasięg pomiaru prędkości w promieniu do 1200 m, a jedynie zasięg pomiaru odległości w tym zasięgu - do 1200 m. Według wiedzy Odwołującego, przyrząd ten nie jest zdolny do pomiaru prędkości wraz z wymaganą przez Zamawiającego rejestracją obrazu na taką odległość. Oczywiście, tylko przeprowadzenie odpowiednich testów drogowych, mogłoby w tym zakresie potwierdzić zarzuty Odwołującego. Zamawiający jednak nie przewidział postępowania testowego w tym zakresie.

Ponadto o okoliczności braku spełnienia ww. warunku przez S. C. S. sp. z o.o. świadczy pytanie nr 38 o wyjaśnienie treści SIWZ: „Dlaczego Zamawiający określa zasięg pomiaru 1200m, gdzie pomiar z takiej odległości jest niemiarodajny i może zostać podważony? Technologia laserowa umożliwia przeprowadzenie takiego pomiaru jednak w warunkach drogowych jednoznaczność pomiaru z tej odległości jest mała lub wręcz niemożliwa. W związku z tym składamy pytanie czy Zamawiający dopuści urządzenie posiadające w warunkach laboratoryjnych zasięg 1200m, a w warunkach drogowych wykonuje jednoznaczny, niepodważalny pomiar z odległości ok. 400 m?”

Zamawiający w piśmie z dnia 9.05.2017 r. L. dz. FZF 3790/17 udzielił na to pytanie odpowiedzi : „Zamawiający podtrzymuje zapis SIWZ i jednocześnie wyjaśnia, że zagadnienia taktyki wykorzystania laserowych mierników prędkości z rejestracją obrazu nie stanowią przedmiotu niniejszego zamówienia publicznego.”

Z uwagi na podnoszone zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty S. C. S. sp. z o.o.. Odwołujący wnosi o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sadowego z zakresu pomiarów prędkości w ruchu drogowym, różnymi metodami na okoliczność niespełnienia w tym zakresie treści SIWZ przez urządzenie T..

W imieniu Odwołującego podkreślał, że oferta Odwołującego, przy uwzględnieniu ceny oferty, jest zdecydowanie bardziej korzystna, gdyż ogólna kwota dostawy w ofercie wynosiła 13.721.880,00 złotych brutto, podczas gdy cena dostawy oferty konkurencji S. C. S. sp. z o.o. to kwota 14.046.600,00 złotych brutto. Ponadto Odwołujący składał Zamawiającemu propozycje

przetestowania urządzeń w dowolnym czasie i miejscu aby rozwiać jakiegokolwiek wątpliwość, a także wykazać wyższość oferowanych urządzeń, a także skonfrontować z konkurencyjną ofertą spełnienie wszystkich wymagań SIWZ. Odwołujący oferuje nowsze (urządzenia oferowane przez S. C. S. sp. z o.o. są z roku 2008, natomiast urządzenia Odwołującego są z 2015 r., w przypadku urządzeń elektronicznych taka różnica to przepaść technologiczna) i lepsze technologicznie, a przede wszystkim tańsze urządzenia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

- (i) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- (ii) odrzucenia oferty wykonawcy S. C. S. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako niezgodnej z treścią SIWZ - art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych;
- (v) przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Wykonawcy, z uwzględnieniem zasady równego traktowania wykonawców oraz w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu;

Zamawiający uwzględnił część zarzutów przedstawionych w odwołaniu: na posiedzeniu oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania sygn. akt KIO 1436/17 w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zakresie rozdzielczości zdjęć oraz w zakresie art. 87 ust 1 Prawa zamówień publicznych w odniesieniu do zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie formatów plików.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca S. C. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący). Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów w części.

Sygn. akt KIO 1456/17

W dniu 14 lipca 2017 r. wykonawca S. C. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie za istotne niezgodności treści oferty tylko niektórych wad oferty L. a przez to zawężenie podstaw do odrzucenia oferty L., podczas gdy oferta L. powinna być odrzuconą z powodu innych jeszcze wad, jakimi jest dotknięta,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16) względnie pkt 17 oraz art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, w związku z brakiem wykluczenia L., mimo że wykonawca ten posłużył się zaświadczeniem, wystawionym przez I. B. Ś. S.A., zwany dalej Bankiem, wprowadzając w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, względnie przez zatajenie informacji lub też poprzez przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji także art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w związku z brakiem uznania oferty L. za odrzuconą.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zgodnie z postanowieniami SIWZ (cz. VI pkt 1 ust. 1) SIWZ) o przedmiotowe zamówienie mogli się ubiegać wykonawcy, którzy spełniali m.in. warunek dotyczący sytuacji finansowej i ekonomicznej, w tym posiadali środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 5 000 0000 złotych.

Ponadto, opisując przedmiot zamówienia Załączniku nr 2 do, SIWZ - w brzmieniu ustalonym pismem z dnia 19 maja 2017 r., Zamawiający zastrzegł, iż oczekuje m.in., aby:

1. oferowane urządzenie posiadało zasięg pomiaru prędkości pojedynczego pojazdu nie poruszającego się w grupie pojazdów w promieniu do 1200 m, zarówno wykopywanego z pobocza jezdni czy drogi, jak i wnętrza pojazdu (radiowozu) - pkt 20 lit/a),
2. laserowy miernik prędkości był wyposażony w celownik optyczny wspomagający dokładność dokonywanego pomiaru z dużej odległości z siatką celowniczą wewnątrz lunety umożliwiającą wybór dowolnego celu na drodze, niezależnie od liczby pojazdów, pasów ruchu, warunków zabudowy z filtrem polaryzacyjnym lub innym systemowym rozwiązaniem, który ułatwi pracę przy dużym nasłonecznieniu - pkt 16.

Pismem z dnia 4 lipca 2017 r. Odwołujący został poinformowany o odrzuceniu oferty L., zgodnie z art. 89 ust. 4. pkt 2) Prawa zamówień publicznych z uwagi na fakt, że L. zaoferował:

1. urządzenie, które rejestruje zdjęcia o rozdzielczości 720x576 pikseli, podczas gdy w myśl postanowień SIWZ Zamawiający wymagał, -aby urządzenie rejestrowało kolorowe zdjęcia z rozdzielczością minimum 1920x1440 pikseli,
2. oprogramowanie do odczytu zarejestrowanych plików zapewniające możliwość tworzenia formatu video „-asf mpeg4”, podczas gdy w myśl postanowień SIWZ Zamawiający -wymagał; aby' oprogramowanie to zapewniało możliwość tworzenia formatów „avi”.

Podzielając w całości stanowisko Zamawiającego w powyższym zakresie,- iż oferta L. powinna podlegać odrzuceniu, wskazać jednak należy, że powyższe uchybienia nie wyczerpują wszystkich, które winny skutkować odrzuceniem oferty L., względnie wykluczeniem tego wykonawcy z Postępowania, mając na uwadze, że:

1. L. posłużył się Zaświadczeniem wystawionym przez ING Bank Śląski S.A. z dnia- 30.5.2017 r., wprowadzając w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, względnie przez zatajenie informacji lub też poprzez przedstawienie' informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, 2. zawężono podstawy do odrzucenia oferty L..

AD. 1 Warunek odnoszący się do sytuacji ekonomicznej i finansowej

Zgodnie z treścią SIWZ o zamówienie mogli się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 5 000 000 złotych – część VI ust.1 pkt 1) SIWZ.

W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie Wykonawca był zobowiązany przedstawić informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - rozliczeniowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym, niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert - część VII ust: 5 pkt 5.1 ppkt 5.1.1 SIWZ.

W tym miejscu wskazać należy, że:

1. dokument, jakim winien legitymować się Wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, został wskazany przez Zamawiającego zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów,

jakich może żądać zamawiający-od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) - § Z-ust 2 pkt 3) ww rozporządzenia;

2. tak sformułowany warunek, jak i też dokument, który winien być przedstawiony na potwierdzenie jego spełniania należy rozpatrywać z uwzględnieniem przepisów ustawy Prawo bankowe (tj. z 2016 r. Dz. U. poz. 1988 z późn. zm.). W myśl art. 70 ust. 1 Prawa bankowego przez zdolność kredytową należy rozumieć zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Przy tym Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania, oceny tej zdolności. Jak wynika też z dyspozycji ust. 5 przytoczonego przepisu, bank- jest zobowiązany przekazać wyjaśnienie- dotyczące dokonanej przez siebie oceny zdolności kredytowej;

3. na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych pojęcie zdolności kredytowej jest tożsame z tym, jakie występuje na gruncie Prawa bankowego, na co wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 216/11).

4. zdolności kredytowej nie można domniemywać jak i też winna ona zostać wskazana jednoznacznie oraz w sposób niebudzący wątpliwości.

AD. 2. Niegodność treści oferty L. z treścią SIWZ

W treści opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ w brzmieniu nadanym pismem z dnia 19.5.2017 r.) Zamawiający określił szereg warunków, jakim winny odpowiadać laserowe mierniki prędkości z rejestracją obrazu, będące przedmiotem zamówienia. Przyjęto m.in., że:

1. Pkt 16 - Laserowy miernik prędkości musi być wyposażony w celownik optyczny wspomagający dokładność dokonywanego pomiaru z dużej odległości z siatką celowniczą wewnątrz lunety umożliwiającą wybór dowolnego celu na drodze, niezależnie od liczby pojazdów, pasów ruchu, warunków zabudowy, z filtrem polaryzacyjnym lub innym systemowym rozwiązaniem, który ułatwi pracę przy dużym nasłonecznieniu.

2. Pkt 20 a - Zasięg pomiaru prędkości pojedynczego pojazdu nie poruszającego się w grupie pojazdów w promieniu do 1200 m, zarówno wykonywanego z pobocza jezdni czy drogi, jak i z wnętrza pojazdu (radiowozu).

L. do oferty załączyła „Opis techniczny urządzenia L.”, z treści którego wynika, że:

1. urządzenie jest wyposażone w celownik optyczny w technologii HUD, nie zaś wymaganą przez Zamawiającego lunetę z filtrem polaryzacyjnym lub innym systemowym rozwiązaniem, który ułatwi pracę przy dużym nasłonecznieniu,

2. zasięg pomiaru urządzenia wynosi do 1500 m, a jednocześnie nie wskazano, że powyższe odnosi do możliwości pomiaru prędkości wykonywanego z pobocza jezdni czy drogi, jak i z wnętrza pojazdu (radiowozu).

W świetle dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP, a także uwzględniając fakt, iż powyższe nie stanowi innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian treści oferty (tj. nie zachodzą przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP), oferta L. winna zostać odrzucona.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu uzupełniania informacji i decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty L. poprzez złożenie oświadczenia o poszerzeniu katalogu niezgodności treści oferty L. z SIWZ o okoliczności podniesione w treści odwołania, względnie nakazanie Zamawiającemu złożenia oświadczenia o wykluczeniu z Postępowania L. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) Prawa zamówień publicznych oraz uznaniu oferty L. za odrzuconą w związku z dyspozycją art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego oba odwołania rozpoznano na rozprawie.

Sygn. akt KIO 1436/17

W odniesieniu do zarzutów dotyczących nieprawidłowego – zdaniem wnoszącego odwołanie – odrzucenia jego oferty, Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych. Natomiast, w ocenie składu orzekającego, Odwołujący nie może ponieść szkody w związku z zaniechaniem odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego (którego oferta była droższa od oferty Odwołującego, a pozostałe pozacenowe kryteria ofert nie miałyby wpływu na ranking ofert). Doprowadzenie do odrzucenia oferty Przystępującego nie będzie skutkowało uzyskaniem

przez Odwołującego zamówienia, dlatego nie ma on interesu w podnoszeniu zarzutów wobec oferty Przystępującego – w konsekwencji Izba oddaliła zarzuty odwołania kwestionujące prawidłowość oferty Przystępującego, nie uwzględniając również żadnych wniosków dowodowych w tym zakresie.

Odnosnie zarzutów w zakresie przesłanek odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, wobec czego Przystępujący wniósł sprzeciw. Po analizie dokumentacji postępowania i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Izba stwierdziła, że stanowisko Przystępującego, zgłaszającego sprzeciw, jest słuszne.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Z opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 2 do SIWZ (odpis SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu – w aktach sprawy) wynikało m. in. że urządzenie musi umożliwiać rejestrację prędkości pojazdów wraz z filmową (video) lub fotograficzną rejestracją procesu samego pomiaru, jak też obrazu mierzonego pojazdu (pkt 3 Załącznika nr 2 do SIWZ). Rejestracja video musi odbywać się z szybkością minimum 24 klatki na sekundę, a kolorowe zdjęcia z rozdzielczością minimum 1920 x 1440.

2. W dniu 28 kwietnia 2017 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego na podstawie art. 38 ust. 1 Prawa zamówień publicznych o wyjaśnienie treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „Zamawiający precyzuje minimalną rozdzielczość zdjęcia na 1920x1440 jednak nie precyzuje użytecznej ilości pikseli. Oznacza to, że zdjęcie mierzonego pojazdu znajdującego się w odległości 300 m za pomocą kamery o mniejszej rozdzielczości lecz wyposażonej w optyczne zbliżenie obrazu (zoom) przedstawia lepiej mierzony pojazd oraz umożliwia odczytanie tablicy rejestracyjnej z tej odległości. W przeciwieństwie zdjęcie o rozdzielczości 1920x1440 wykonane przez kamerę bez powiększenia optycznego może nie umożliwiać odczytania tablicy rejestracyjnej. Czy w związku z tym Zamawiający dopuszcza zastosowanie kamery o mniejszej rozdzielczości lecz wyposażonej w optyczne powiększenie obrazu (zoom), która spełniałaby wzór: (rozdzielczość pozioma x rozdzielczość pionowa) x wielkość powiększenia optycznego obiektywu jest nie mniejsze niż 1920x1440? Oferowane urządzenia rejestruje zdjęcia o rozdzielczości 720x576 pikseli, co w połączeniu z zastosowanym w oferowanym urządzeniu 36 krotnym zoomem optycznym, daje możliwość uzyskania powiększeń odpowiadających zdjęciom z matrycy o rozdzielczości powyżej 14 milionów pikseli.”

3. Odwołujący w odwołaniu wyjaśniał, że tak sformułowane pytanie miało na celu zaferowanie Zamawiającemu w ramach fotograficznej rejestracji obrazu przez urządzenie,

optymalnej technologii wykonywania fotografii, optymalnej pod względem jakości i zapewniającej jak najlepsze rezultaty identyfikacji nr rejestracyjnych pojazdów.

Zamawiający w odpowiedzi z dnia 9 maja 2017 r. stwierdził jedynie, że podtrzymuje zapisy SIWZ.

4. W dn. 5 czerwca 2017 r. Odwołujący złożył ofertę, gdzie zaoferował przyrząd L., zapewniający filmową i fotograficzną rejestrację procesu samego pomiaru, jak też obrazu mierzonego pojazdu przy parametrach rejestracji wideo - szybkość 25 klatek na sekundę, a rozdzielczość zdjęć 720x576 pikseli.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, po pierwsze należy zauważyć, że treść SIWZ podlega wykładni tak jak każde oświadczenie woli. Jednak Zamawiający wyraźnie w treści określił wymaganą ilość pikseli, i sam Odwołujący potwierdza, że celem zadania pytania do SIWZ było zaoferowanie Zamawiającemu rozwiązania o innej ilości pikseli, niż wskazana w SIWZ. Zatem jeśli nawet treść SIWZ mogła budzić wątpliwości z punktu widzenia sformułowań językowych, to Odwołujący rozumiał SIWZ zgodnie z intencją Zamawiającego, co sam potwierdza, wskazując w odwołaniu na cel zadanego pytania. Przy czym Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego z odpowiedzi, że postanowienia SIWZ pozostają bez zmian, wywnioskował, że Zamawiający zaakceptował rozwiązanie zaproponowane w pytaniu do SIWZ. Nie można tak interpretować postanowień SIWZ, aby wywieść, że inna ilość pikseli – choćby w ramach rozwiązania jakościowo porównywalnego – odpowiadała wymaganiom SIWZ. Taka interpretacja w ocenie składu orzekającego godziłaby w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (również dlatego, że ilość możliwych do zapisu plików wykroczeń na nośniku był jednym z kryteriów oceny ofert). Wywody Odwołującego w odwołaniu potwierdzają, że zaoferował on rozwiązanie alternatywne do oczekiwanego w pierwotnej treści SIWZ.

Reasumując, zaoferowane przez Odwołującego urządzenie nie odpowiadało wymogom treści SIWZ, dlatego oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona przez Zamawiającego. W zawiązku z czym nie ziściła się przesłanka wezwania do wyjaśnień albo uzupełnienia oferty w odniesieniu do plików w formacie *.avi (przy czym, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, ani w odwołaniu, ani na rozprawie, że oferowane przez niego urządzenie może posługiwać się wymaganym przez Zamawiającego formatem – w odwołaniu podkreślał, że „nie ma znaczenia dokładny format zapisu plików”, a opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do formatów plików ogranicza krąg potencjalnych wykonawców).

W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie.

Sygn. akt KIO 1456/17

Odwołujący kwestionował spełnienie przez L. warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do posiadanej zdolności kredytowej. Jak można wywnioskować z treści odwołania, Odwołujący opierał swoje stanowisko na ocenie zaświadczenia z banku, przedstawionego przez L.. Zdaniem Odwołującego, nie potwierdza ono zdolności kredytowej, ponieważ w jego treści wskazano, że przy wyliczeniu zdolności kredytowej nie uwzględniono finansowania udzielonego przez inne instytucje finansowe oraz przez bank.

W ocenie składu orzekającego, Odwołujący nie udowodnił, że L. nie posiada wymaganej zdolności kredytowej - ewentualne finansowanie działalności L. przez podmioty trzecie nie deprecjonuje automatycznie poświadczonej przez bank zdolności kredytowej (w wysokości odpowiadającej wymaganiom SIWZ).

Co do zarzutów niezgodności treści oferty L. z SIWZ – Odwołujący nie udowodnił, że rozwiązanie zaoferowane przez L. nie odpowiada treści SIWZ pod względem układu optycznego (brak w odwołaniu dowodów i argumentacji na poparcie stawianego zarzutu). Odnośnie zarzutu dotyczącego zasięgu pomiaru prędkości pojedynczego pojazdu nieporuszającego się w grupie pojazdów w promieniu do 1200 m, to okoliczność, że urządzenie zaoferowane przez L. ma zasięg większy, niż wymagany, nie oznacza w ocenie składu orzekającego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....