

**Sygn. akt: KIO 2034/19**

**WYROK**  
**z dnia 24 października 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Aleksandra Patyk  
**Członkowie:** Marzena Teresa Ordysińska  
Anna Packo  
  
**Protokolant:** Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2019 r. przez wykonawcę K. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K. R. w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 2, 5 oraz 6, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ww. częściach, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Agencja Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 17 460 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *wykonanie w ramach Generalnego Pomiaru Ruchu 2020 bezpośrednich pomiarów ruchu, na odcinkach pomiarowych dróg krajowych GDDKiA O/Bydgoszcz w wyznaczonych punktach pomiarowych z podziałem na 6 części* (znak postępowania: GDDKiA.O.BY.D-3.2413.8.2019.40).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 138-340053.

W dniu 11 października 2019 r. wykonawca K.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K.R. [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części 2, 5 i 6 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencja Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku [dalej również jako „TS”] jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. o uwzględnienie odwołania,
2. odrzucenie oferty Agencji Pracy Tymczasowej TS sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i unieważnienie czynności wyboru Agencji Pracy Tymczasowej TS sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku jako wykonawcy zamówienia,
3. ponowny wybór najkorzystniejszej oferty w zakresie Części 2, 5 i 6 przedmiotowego zamówienia,
4. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w postaci uiszczzonego wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa w postępowaniu przez radcę prawnego według norm prawem przepisanych.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1. dokumentów przetargowych z oddziału GDDKiA w Bydgoszczy zamówienia pn. „Wykonanie w ramach Generalnego Pomiaru Ruchu 2020 bezpośrednich pomiarów ruchu, na odcinkach pomiarowych dróg krajowych GDDKiA O/Bydgoszcz w wyznaczonych punktach pomiarowych, z podziałem na 6 części” to jest:

- a) ogłoszenie o przetargu;
  - b) SIWZ;
  - c) oferta Agencji Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku z próbkami filmów na DVD;
  - d) informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, część 2;
  - e) informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, część 5;
  - f) informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, część 6;
2. dokumentów przetargowych z oddziału GDDKiA w Gdańsku zamówienia pn. „Obsługa Generalnego Pomiaru Ruchu w 2020 roku na drogach krajowych GDDKiA Oddział w Gdańsku” z podziałem na 5 części zamówienia, to jest:

- a) ogłoszenie o przetargu;
- b) SIWZ;
- c) oferta Agencji Pracy Tymczasowej TS sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku z próbkami filmów na DVD;
- d) informacja o odrzuceniu oferty Agencji Pracy Tymczasowej TS sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie ww. dowodów na okoliczność, że przedstawione w ofercie Agencji Pracy Tymczasowej TS sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w przetargu pn. „Wykonanie w ramach Generalnego Pomiaru Ruchu 2020 bezpośrednich pomiarów ruchu, na odcinkach pomiarowych dróg krajowych GDDKiA O/Bydgoszcz w wyznaczonych punktach pomiarowych, z podziałem na 6 części” prowadzonym przez oddział GDDKiA w Bydgoszczy, próbki nagrań są tymi samymi, które podmiot ten złożył w ofercie do przetargu prowadzonego przez oddział GDDKiA w Gdańsku pn. „Obsługa Generalnego Pomiaru Ruchu w 2020 roku na drogach krajowych GDDKiA Oddział w Gdańsku” i zostały one tam na podstawie tych samych wytycznych, które obowiązują w niniejszym Zamówieniu - „Wytyczne GPR 2020” - ocenione jako niespełniające wymogów SIWZ, co skutkowało odrzuceniem oferty Agencji Pracy Tymczasowej TS sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku złożonej do przetargu prowadzonego przez oddział GDDKiA w Gdańsku pn. „Obsługa Generalnego Pomiaru Ruchu w 2020 roku na drogach krajowych GDDKiA Oddział w Gdańsku” i winno również skutkować odrzuceniem oferty tego podmiotu w zamówieniu, w którym składane jest to odwołanie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na brzmienie punktu 14.5 SIWZ oraz 19.1.2 SIWZ.

W ocenie Odwołującego z postanowień punktu 19.1.2 SIWZ wynikało, że wykonawca powinien przedstawić nie jedną a co najmniej dwie próbki nagrań (sugeruje to użycie liczby mnogiej w opisie), z których każda ma długość co najmniej 10 minut. Próbkami te powinny

prezentować 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).

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 od kamery (jak przy dwóch jezdniach), co wynika z powiązania odległości od pojazdu z kątem, pod jakim jest widoczny.

Odwołujący uzasadniał, że wybrany wykonawca - Agencja Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku - przedstawił w ofercie jedną próbkę nagrania o długości 48 minut, zawierającą nagranie z drogi dwujezdniowej, obejmującą okres dzienny, okres nocny przy sztucznym oświetleniu oraz moment włączenia oświetlenia.

Przedstawienie tylko jednej próbki o takiej treści nie spełnia więc następujących wymogów koniecznych:

- nie zostały załączone próbki nagrań lecz jedno nagranie;
- brak nagrania w nocy przy braku oświetlenia;
- brak nagrania w nocy ze sztucznym oświetleniem w przekroju jednojezdniowym;
- brak nagrania w nocy bez sztucznego oświetlenia w przekroju jednojezdniowym;
- brak nagrania zawierającego moment włączenia lub wyłączenia oświetlenia w przekroju jednojezdniowym;
- bardzo 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 wymogów w zakresie przedstawiania wymaganych nagrań wideo, który to brak nie może być konwalidowany na dalszym etapie postępowania. Brak ten powinien skutkować obligatoryjnym odrzuceniem oferty jako niespełniającej wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący wskazał, że wytyczne GPR 2020 zostały sformułowane m.in. w celu zweryfikowania na podstawie próbek nagrań, czy wykonawca składający ofertę będzie w stanie wykonać pomiary w planowanym przez GDDKiA zakresie w różnych warunkach

oświetleniowych i atmosferycznych. Nie sposób uznać, że przedstawione przez Agencję Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w jej ofercie próbki nagrań spełniają wskazany cel.

Jako dodatkowe uzasadnienie, czy też potwierdzenie tezy o niespełnianiu przez ofertę Agencji Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku warunków SIWZ w przetargu do którego składane jest odwołanie, Odwołujący przytoczył fakt, że w innym przetargu organizowanym przez tego samego Zamawiającego, czyli Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, tyle że inny jej Oddział - w Gdańsku, i na podstawie tych samych opracowanych przez GDDKiA „Wytocznych GPR 2020”, oferta Agencja Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zawierająca identyczną, tę samą próbkę filmu, została odrzucona przez Zamawiającego m.in. z następującym uzasadnieniem: „... Załączone przez Wykonawcę próbki nagrań wideo nie spełniają postawionych w SIWZ wymagań (...) z przedstawionych próbek nagrań wideo nie ma możliwości oceny typów podwozi - materiał wideo rozmazany...”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 21 października 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę wnoszącego odwołanie, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Zamawiający przedstawił stan faktyczny sprawy.

Zamawiający wskazał, że jego intencją związaną z wymogiem dostarczenia próbek nagrań, było przede wszystkim wykazanie przez potencjalnych wykonawców doświadczenia w pomiarach wideo, w różnych warunkach oświetleniowych i pogodowych. Zadaniem tychże próbek było zaprezentowanie Zamawiającemu czy potencjalny wykonawca będzie potrafił zrealizować pomiary ruchu, tj. czy sprzęt i sposób jego mocowania oraz jakość nagrań, pozwolą uzyskać odpowiedniej jakości wyniki pomiaru oraz czy wykonawca jest świadomy zagrożeń związanych z pomiarami wideo. W opinii Zamawiającego, wszyscy Wykonawcy wykazali, że rozumieją przedmiot zamówienia i potrafią realizować pomiary metodą wideorejestracji, a dołączony materiał w postaci próbek nagrań stanowi tego potwierdzenie, a dodatkowo pokazuje, że potencjalni Wykonawcy mają doświadczenie w pomiarach ruchu. Również określone przez Zamawiającego kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej w żadnym punkcie nie wskazywały na ilość nagrań, którą Wykonawca ma przedstawić wraz z ofertą. Teoretycznie można założyć, że Wykonawca mógłby złożyć tylko dwie próbki nagrań, na których zarejestrowałby wszystkie wymagane warunki stawiane w Kryterium, co z sugestią Odwołującego spełniłoby warunki ilości nagrań, pomimo, że w dalszym ciągu na jednym z nagrań część warunków występowałaby łącznie. Stąd w ocenie Zamawiającego kluczowa jest zawartość nagrania, a nie ilość próbek, gdyż nie to jest sentencją określonych

warunków. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 8 maja 2013 r. (sygn. akt XII Ga 186/13) dotyczący treści oferty. Podkreślał, że oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Nie musi natomiast wypełniać wymogów Zamawiającego co do formy prezentacji. Każdy wymóg postawiony przez Zamawiającego w SIWZ co do formy składanych ofert może być traktowany wyłącznie jako zalecenie sporządzenia oferty we wskazany sposób, nie zaś jako bezwzględny obowiązek Wykonawców. Zamawiający wskazał, że nie ujął w SIWZ warunków odnoszących się do formy przedstawienia próbek nagrań, jak również czy owe próbki winny znajdować się w osobnych plikach, czy mogą stanowić jedno nagranie, zawierające w swojej treści wszystkie próbki. Odwołujący załączył do oferty próbki nagrań każdego z osobna, natomiast Agencja Pracy Tymczasowej TS sp. z o.o. jedno nagranie. Obaj oferenci spełnili wymogi wskazane przez Zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający powołał się również na stanowisko SN zawarte w uchwale z 21 października 2005 r. III CZP 74/2005.

Zamawiający wskazał, że oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Nie musi natomiast wypełniać wymogów Zamawiającego co do formy prezentacji. Każdy wymóg postawiony przez Zamawiającego w SIWZ co do formy składanych ofert może być traktowany wyłącznie jako zalecenie sporządzenia oferty we wskazany sposób, nie zaś jako bezwzględny obowiązek Wykonawców.

Zamawiający akcentował, że w toku badania i oceny ofert, a więc od chwili ich otwarcia do wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Z opcji tej skorzystał Zamawiający, zaś wyjaśnienia Agencji Pracy Tymczasowej TS sp. z o.o. były dla niego wystarczające.

Zamawiający podkreślał, że nie jest rolą wykonawcy - Odwołującego weryfikowanie wymogów warunków, które powinni spełnić wykonawcy przystępujący do przetargu. Na potwierdzenie powyższego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok SO w Warszawie z dnia 10 lipca 2008 r. (V Ca 1109/08). Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wystąpił z zapytaniem do Zamawiającego co do formy przedstawienia próbek nagrań, zaś dla Zamawiającego obie formy zaprezentowane przez wykonawców odpowiadały jego żądaniom ujętym w SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu, iż „wykonawca powinien przedstawić nie jedną a co najmniej dwie próbki nagrań, z których każda miałaby długość co najmniej 10 minut” Zamawiający argumentował, że nie wskazywał struktury (pojemności) przesyłanych plików z próbkami wideo. Zamawiający nie zaznaczył, że „próbka nagrań” ma odpowiadać plikom o określonej długości, w związku z tym dopuszczalne jest, aby próbki stanowiły jeden plik.

Zamierzeniem Zamawiającego było dokonanie oceny wymaganych próbek wideo, niezależnie od tego czy zostały one podzielone przez Wykonawcę na krótkie (10 minutowe), czy przedstawienie wszystkich wymaganych próbek wideo w scalonym pojedynczym pliku (np. 3 próbki w 30 minutowym materiale wideo). Zamawiający zauważył, że nie określił ilości próbek, koniecznych do złożenia przez wykonawcę, ani warunku, że każdy z opisanych warunków na nagraniu ma być na odrębnym pliku.

Przechodząc do kwestii, iż wykonawca Agencja Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. nie załączył nagrania w nocy przy braku oświetlenia Zamawiający wskazał, że członkowie Komisji Przetargowej podczas pierwszego posiedzenia komisji przetargowej przeanalizowali materiał wideo złożony przez ww. wykonawcę. Próbką wideo rozpoczyna się 15 minut po zachodzie słońca 18.10.2017 r. 17:40 i przedstawia odcinek dwujezdniowy przy wyłączonym i włączonym oświetleniu (w tym moment włączenia oświetlenia). Komisja przetargowa przyjęła, że noc traktowana jest jako czas między zachodem a wschodem słońca co zostało potwierdzone przez Departament Studiów Strategicznych w piśmie z dnia 27 sierpnia br. Tym samym wszystkie wymagania dotyczące próbek nagrań wideo pozostają spełnione tzn.: Wykonawca dostarczył próbki 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 włączania/wyłączania oświetlenia ulicznego). Dodatkowo, Zamawiający pismem z dnia 04.09.2019 r. wystąpił do ww. Wykonawcy o potwierdzenie, że przedstawione nagranie faktycznie zostało przeprowadzone w określonym przedziale czasu, oraz w deklarowanym na nagraniu punkcie pomiarowym. Potwierdzenie Wykonawca złożył pismem z dnia 10.09.2019 r.

Odnosząc się do zarzutu braku nagrania w nocy ze sztucznym oświetleniem oraz bez sztucznego oświetlenia w przekroju jednojezdniowym oraz braku nagrania zawierającego moment włączenia lub wyłączenia oświetlenia w przekroju jednojezdniowym Zamawiający wskazał, że członkowie Komisji Przetargowej podczas pierwszego posiedzenia komisji przetargowej przeanalizowali materiał wideo: Agencji Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku przy wykorzystaniu formularzy pomiaru ruchu drogowego członkowie komisji, każdy z osobna, dokonali kwalifikacji pojazdów w przekroju jednej jezdni znajdującej się bliżej kamery dla wyrywkowego 3 minutowego interwału czasowego. Tym samym wszystkie wymagania dotyczące próbek nagrań wideo dla jednej jezdni pozostają spełnione. Podstawą dokonania dodatkowej oceny na drugiej jezdni podczas drugiego posiedzenia Komisji Przetargowej były wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 10.09.2019 r. w których wskazano, że nagrania dotyczą klasyfikacji pojazdów dla obu jezdni. Na podstawie protokołu z drugiego posiedzenia Komisji Przetargowej próbki wideo udostępnione przez Agencję Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku umożliwiają klasyfikację pojazdów również

dla drugiej jezdni. Tym samym wszystkie wymagania dotyczące próbek nagrań wideo pozostają spełnione.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że w piśmie z 13 września 2019 r. GDDKiA Oddział w Gdańsku informuje, że załączona do oferty próbka wideo Agencji Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, była wykorzystana podczas pomiaru ruchu wykonywanego w dniu 18 października 2017 r. na zlecenie GDDKiA Oddziału w Gdańsku, zliczanie i klasyfikacja kategorii pojazdów podczas wykonywania pomiaru ruchu została zrealizowana jedną kamerą dla przekroju dwujezdniowego, a wyniki pomiaru nie wzbudziły zastrzeżeń i pomiar został odebrany bez uwag.

Odnosząc się do kwestii niskiej jakości obrazu próbki Zamawiający wskazał, że podczas pierwszego i drugiego posiedzenia Komisji Przetargowej członkowie Komisji Przetargowej przy wykorzystaniu formularzy pomiaru ruchu drogowego, każdy z osobna, dokonali kwalifikacji pojazdów. Porównanie otrzymanych wyników nie wykazało znacznych rozbieżności (drobne różnice w klasyfikacji mogą wynikać z braku doświadczenia i/lub przeszkolenia poszczególnych członków komisji) co świadczy o rozpoznawalności poszczególnych kategorii pojazdów. Tym samym Komisja Przetargowa uznała, że próbki wideo udostępnione przez Agencję Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku umożliwiają klasyfikację pojazdów.

Zamawiający wskazał, że nie wymagał w Opisie Przedmiotu Zamówienia, aby załączone próbki wideo pozwalały na określenie liczby osi pojazdów ciężarowych. Warunkiem była rozpoznawalność pojazdów wg. tablicy 1 instrukcji GPR2020, która wyszczególnia podział pojazdów na kategorie w pomiarze podstawowym. Zamawiający zaznaczył, że pomiar dodatkowy będzie realizowany tylko przez 8 godzin w porze dziennej w maju lub październiku i tylko dla pojedynczych wybranych punktów pomiarowych, a za nie spełnienie wymagań co do jakości obrazu na potrzeby tego pomiaru będą miały zastosowanie odpowiednie kary umowne.

Dalej Zamawiający wskazał, że w ramach oceny ofert, jak również GDDKiA Oddział w Gdańsku w roku 2017, oceniali próbki nagrań stosownie do procedury wskazanej w pkt. 11 „Wymagań i Zasad Wykorzystywania automatycznych urządzeń pomiarowych w GPR2020”. Natomiast GDDKiA Oddział w Gdańsku, w przetargu, na który powołuje się Odwołujący, weryfikował próbki nagrań z perspektywy procedury wskazanej w pkt. 6 „Wymagań i Zasad Wykorzystywania automatycznych urządzeń pomiarowych w GPR2020”, która w pomiarze dodatkowym ujmuje „bardziej szczegółowy podział pojazdów na kategorie”. W kwestionowanym przez Odwołującego przetargu, Zamawiający nie przewidział tak rygorystycznych wymogów. Ponadto, GDDKiA Oddział w Gdańsku miała zupełnie inne kategorie wyboru i sposób oceny ofert oraz udzielenia zamówienia (pkt 19 SIWZ). Przede wszystkim Zamawiający w ramach Kryterium „Kategoria wyboru i sposób oceny ofert oraz

udzielenie zamówienia” (pkt 19 SIWZ) przewidział kryterium „Jakość nagranie wideo (J)” (pkt 19.1.2. SIWZ), czego nie przewidywał SIWZ warunków przetargu GDDKiA Oddział w Gdańsku. Tym samym, Zamawiający miła prawo do przyznania punktów w określony przez siebie sposób, wskazany powyżej.

Ponadto Zamawiający argumentował, że procedura wyłonienia wykonawcy na przeprowadzenie GPR 2020 w GDDKiA Oddziale w Gdańsku to odrębne postępowanie, prowadzone przez inną jednostkę i różni się kryteriami i warunkami udziału w postępowaniu. Wskazał, że oferta Agencji Pracy Tymczasowej TS sp. z o.o. odpowiadała SIWZ Zamawiającego. Fakt, iż ta oferta nie odpowiadałaby warunkom GDDKiA Oddział w Gdańsku nie ma znaczenia w przedmiotowym postępowaniu.

Dodatkowo podkreślał, że każda z komisji przetargowych funkcjonuje jako odrębny podmiot i ma prawo podejmować inne decyzje. Odrzucenie oferty Agencji Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku przez Zamawiającego - GDDKiA Oddział w Gdańsku, wynikała z faktu, że Oddział w Gdańsku w dokumentacji SIWZ nie zawarł Kryterium „Jakość - nagranie wideo”. Obowiązywały w takiej sytuacji wyłącznie zapisy Instrukcji GPR2020 a nie uszczegółowione przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy w dodatkowych kryteriach: „Jakość nagrania wideo” oraz „Skrócenie terminu”.

Nadto Zamawiający wskazał, że wszystkie przedstawione przez Odwołującego argumenty, o których mowa powyżej, były analizowane na etapie prac Komisji przetargowej. W celu przeprowadzenia rzetelnej oceny próbek wideo i spełnienia warunków, Komisja przetargowa obradowała w dniach: 23 sierpnia 2019 r., 12 września 2019 r. oraz 27 września 2019 r. Zamawiający dokonał należytej staranności przy ocenie ofert oraz na etapie wyboru ofert zweryfikował wszystkie złożone oferty.

Konkludując Zamawiający przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące niezgodności treści oferty z SIWZ, w szczególności wyrok KIO z 10 lipca 2019 r. sygn. akt: KIO 1091/19, wyrok KIO z 4 lipca 2019 r. sygn. akt: KIO 1127/19 oraz wyrok KIO z 24 czerwca 2019 r. sygn. akt: KIO 1053/19.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 11 października 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego, w terminie o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, nie przystąpił żaden wykonawca.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę wykonawcy Agencja Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. wraz z wyjaśnieniami z dnia 10 września 2019 r., wezwanie Zamawiającego wystosowane do ww. wykonawcy z dnia 4 września 2019 r., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 2, 5 i 6 z 1 października 2019 r. oraz protokoły z posiedzeń Komisji Przetargowej.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 października 2019 r.

Izba dopuściła także dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego przy odwołaniu.

#### Izba ustaliła, co następuje:

Szczegółowy przedmiot zamówienia opisany został w Tomie II – IV SIWZ. Załącznik nr 2 do Tomu II stanowiły „Wytyczne organizacji i przeprowadzenia Generalnego Pomiaru Ruchu w 2020 na drogach krajowych”.

Zgodnie z punktem 14.5 SIWZ, zmodyfikowanym przez Zamawiającego w dniu 2 sierpnia 2019 r., ofertę stanowił m.in. wypełniony Formularz „Oferta” oraz próbki nagrań wideo, o których mowa w Kryterium oceny ofert „Jakość – nagranie wideo”.

Zgodnie z punktem 19.1.2 SIWZ, kryterium „Jakość – nagranie wideo (J)” o wadze 10 punktów, będzie rozpatrywane na podstawie oceny załączonych do oferty próbek nagrań wideo.

1) Załączone próbki nagrań muszą stanowić własność wykonawcy i zawierać elementy pozwalające na dokonanie ich oceny zgodnie z poniższymi wymaganiami.

Próbki nagrań wideo powinny mieć długość 10 – 15 minut każda i być zarejestrowane przy drodze i prezentować ruch pojazdów w przekroju jezdni, w różnych wariantach oświetleniowych, przede wszystkim w nocy (ze sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment

włączenia/wyłączenia oświetlenia) oraz, jeżeli oferent posiada takie nagrania, podczas złych warunków pogodowych (intensywny opad deszczu i/lub śniegu i/lub mgła), i spełniać wymagania dotyczące jakości obrazu i technologii wykonania pomiaru określone w „Instrukcji GPR 2020”. Wystarczające jest przedstawianie 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. Jeżeli do odtwarzania nagrań przekazanych w ofercie niezbędne jest dedykowane oprogramowanie lub „kodeki”, wówczas wykonawca pomiarów przekaże je wraz z ofertą i licencją na ich wykorzystanie przez Zamawiającego w pomiarze do celów odtwarzania nagrań wideo.

2) Zamawiający przyzna punkty w następujący sposób:

a) próbki nagrań wideo spełniają wszystkie wymagania określone w punkcie 19.1.2.1), ale nie zawierają nagrań wykonanych podczas złych warunków pogodowych (intensywny opad deszczu i/lub śniegu i/lub mgła) – oferta otrzyma 5 pkt;

b) próbki nagrań wideo zawierają wszystkie elementy, o których mowa w punkcie 19.1.2.1), w tym zawierają nagrania wykonane podczas złych warunków pogodowych (intensywny opad deszczu i/lub śniegu i/lub mgły) – oferta otrzyma 10 pkt;

c) próbki nagrań wideo nie spełniają wymagań opisanych w SIWZ oraz w punkcie 19.1.2.1 – oferta otrzyma 0 pkt (brakuje co najmniej jednego elementu z niżej wymienionych):

- 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 sztucznych oświetleniem i bez, w tym moment włączania/wyłączenia oświetlenia ulicznego);
- nie można odtworzyć chociaż jednej z dostarczonych próbek nagrań wideo;
- wykonawca nie dostarczył do wykorzystania przez Zamawiającego w pomiarze GPR 2020 licencji (w przypadku, gdy jest konieczna) na dedykowane oprogramowanie lub „kodeki”, jeśli jest to niezbędne do celów odtwarzania przekazanych w ofercie próbek nagrań wideo;
- 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”.

Nadto Zamawiający wskazał, że 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.

Jednocześnie jak wynika z punktu 4.5 k) Instrukcji GPR 2020, na drogach dwujezdniowych (autostradach i drogach ekspresowych) zaleca się lokalizowanie oddzielnych stanowisk pomiarowych dla każdego kierunku ruchu, aby zapewnić odpowiednią widoczność

pojazdów na wszystkich pasach ruchu każdej z jezdni. Jeżeli wykonawca pomiarów będzie chciał realizować pomiary na drogach dwujezdniowych przy pomocy jednej kamery wówczas musi zaprezentować w ofercie sposób instalacji kamery i technologię wykonania takiego pomiaru oraz uzyskać dopuszczenie Oddziału GDDKiA. Ewentualnie późniejsza zmiana technologii wykonywania pomiaru będzie wymagała uzgodnienia Oddziału i GDDKiA DSS.

W części 2, 5 i 6 zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący oraz Agencja Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. Nadto w części 5 zamówienia ofertę złożył wykonawca WORKITOUT Sp. z o.o.

Wykonawca Agencja Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. wraz z ofertą złożył jedną próbkę nagrania trwającego nieco ponad 48 minut dla drogi dwujezdniowej zarejestrowaną w przedziale czasowym 17.55 – 18.42 w dniu 18 października 2017 r. Wykonawca TS nie złożył próbek wideo zawierających złe warunki pogodowe (intensywny opad deszczu, śniegu lub mgły).

W dniu 4 września 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę TS w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

1. Czy wykonanie nagrania na załączonej do oferty próbce wideo odbyło się w przedziale czasu określonym na obrazie (data 18.10.2017 r., godzina 17:55 – 18.42)?
2. Czy jako okres „nocy bez sztucznego oświetlenia” wykonawca deklaruje okres między 17.55 a 17.58 na nagraniu wideo, mając na uwadze, że GDDKiA nie gwarantuje, że we wszystkich punktach pomiarowych będzie zapewnione oświetlenie uliczne w godzinach nocnych i ze względu na to sprzęt musi zapewniać wymaganą jakość obrazu również przy braku oświetlenia?
3. Czy wykonanie nagrania odbyło się w punkcie pomiarowym 70627 (A1, w km 16,019, odcinek Węzeł Rusocin - Węzeł Stanisławie jezdnia prawa)?
4. Czy przeprowadzenie pomiaru ruchu na przedmiotowym punkcie zostało zlecone przez GDDKiA Oddział w Gdańsku czy GTC S.A.?
5. Czy wyniki pomiaru zostały odebrane, ewentualnie odebrane z uwagami?
6. Czy załączona do oferty próbka nagrań dotyczy klasyfikacji dla jednej jezdni czy obu jezdni?

Wykonawca TS w piśmie z dnia 10 września 2019 r. wyjaśnił, że:

1. Załączone nagranie odbyło się w przedziale czasu określonym na obrazie.
2. Tak, na nagraniu wideo „nocy bez sztucznego oświetlenia” przekazaliśmy nagranie z godziny 17.55 – 17.58, jednocześnie zdajemy sobie sprawę, iż nie we wszystkich punktach pomiarowych będzie zapewnione oświetlenie uliczne.
3. Nagranie odbyło się w punkcie pomiarowym 70627.
4. Przeprowadzenie pomiaru ruchu zostało zlecone przez GDDKiA Oddział Gdańsk.
5. Wyniki pomiaru zostały odebrane bez uwag.
6. Załączone nagranie dotyczy klasyfikacji obu jezdni.

W dniu 1 października 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej w części 2, 5 i 6 zamówienia, oferty wykonawcy Agencja Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, otrzymując w kryterium jakość – nagranie wideo po 5 punktów w każdej części. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert w każdej z ww. części.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, mimo że Izba nie podzieliła w całości argumentacji zaprezentowanej przez Odwołującego.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agencji Pracy Tymczasowej TS Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ w zakresie, w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła braku złożenia wraz z ofertą przez ww. wykonawcę próbek w postaci nagrań wideo zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego prezentujących ruch pojazdów w nocy ze sztucznym oświetleniem, przy braku sztucznego oświetlenia oraz z uwzględnieniem momentu włączenia/wyłączenia oświetlenia.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17). Innymi słowy nie chodzi o rozważania w zakresie formy oferty, które z reguły także są zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale dotyczące jej treści.

W rozpoznawanej przez Izbę sprawie nie było sporu między Stronami, iż próbki, o których mowa w punkcie 19.1.2 SIWZ stanowiły treść oferty. Zamawiający żądał od wykonawców próbek nagrań wideo w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert. Wykonawca TS, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w części 2, 5 i 6 zamówienia, złożył jedną próbkę nagrania o długości ok. 48 minut zawierającą nagranie z drogi dwujezdniowej przy użyciu jednej kamery (jezdni prawa).

W tym miejscu, w ocenie Izby, należy wskazać, iż zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający obowiązany jest

w sposób precyzyjny, jednoznaczny i niepozostawiający swobody interpretacji opisać sposób oceny ofert w świetle ustanowionych w SIWZ kryteriów oceny, celem zapewnienia obiektywizmu i poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zagwarantowania wyboru oferty wykonawcy, która będzie ofertą rzeczywiście najkorzystniejszą w postępowaniu. Dokonując oceny złożonych w danym postępowaniu ofert zamawiający obowiązany jest przestrzegać ściśle opisanych w SIWZ kryteriów, nie może dokonywać ich modyfikacji po upływie terminu składania ofert, a jedynie obowiązany jest ocenić oferty według ustalonych w SIWZ wytycznych. Wskazać również należy, iż kryteria oceny ofert są, obok opisu przedmiotu zamówienia, kolejnym ważnym elementem wskazującym, czego zamawiający oczekuje od przyszłego wykonawcy danego zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby zasługiwała na uwzględnienie argumentacja Odwołującego dotycząca wykładni postanowienia zawartego w punkcie 19.1.2 ppkt 1 SIWZ. Zgodzić należy się z Odwołującym, iż lektura ww. postanowienia specyfikacji prowadzi do wniosku, że przypadek, gdy wykonawca zamierzał realizować pomiar na drogach dwujezdniowych za pomocą jednej kamery, nie zwalniał wykonawcy z obowiązku złożenia nagrania wideo także dla przekroju jednojezdniowego z uwzględnieniem dalszych wymogów Zamawiającego. Na powyższe wskazuje literalne brzmienie ww. punktu, w tym użyty przez Zamawiającego spójnik „również”. Ponadto zwrócić należy uwagę, iż sam Zamawiający okoliczności, w której wykonawca zamierzał realizować pomiar na drogach dwujezdniowych za pomocą jednej kamery, nadał rangę wyjątku. Powyższe było zresztą związane z wymogiem zawartym w punkcie 4.5 k) Instrukcji GPR 2020 stanowiącej załącznik do specyfikacji, do którego odsyłał punkt 19.1.2 ppkt 1 SIWZ, a który stanowił, że na drogach dwujezdniowych (autostradach i drogach ekspresowych) zaleca się lokalizowanie oddzielnych stanowisk pomiarowych dla każdego kierunku ruchu, aby zapewnić odpowiednią widoczność pojazdów na wszystkich pasach ruchu każdej z jezdni. Jeżeli wykonawca pomiarów będzie chciał realizować pomiary na drogach dwujezdniowych przy pomocy jednej kamery wówczas musi zaprezentować w ofercie sposób instalacji kamery i technologię wykonania takiego pomiaru oraz uzyskać dopuszczenie Oddziału GDDKiA. Ewentualna późniejsza zmiana technologii wykonywania pomiaru będzie wymagała uzgodnienia Oddziału i GDDKiA DSS. Inaczej rzecz biorąc, na gruncie SIWZ brak jest postanowienia umożliwiającego ocenę oferty wykonawcy dla obu jezdni na podstawie próbki nagrania wykonanej dla przekroju dwujezdniowego w przypadku, gdy wykonawca zrealizował pomiar ruchu z użyciem jednej kamery.

Nadto Zamawiający, w toku rozprawy przed Izbą, nie kwestionował stanowiska Odwołującego, który argumentował, że omawiany wymóg miał uzasadnienie merytoryczne, bowiem 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 od kamery (jak przy dwóch jezdniach), co wynika z powiązania odległości od pojazdu z kątem, pod jakim jest widoczny.

Następnie podkreślić należy, iż Zamawiający w punkcie 19.1.2 ppkt 1) SIWZ wyraźnie rozdzielił próbki nagrania wideo dla przekroju jednojezdniowego, od nagrań prowadzonych dla pomiarów na drogach dwujezdniowych z wykorzystaniem jednej kamery. Na odrębność pojęciową przekroju jednojezdniowego oraz przekroju dwujezdniowego, w świetle obowiązujących przepisów prawa, zwracał uwagę w toku rozprawy Odwołujący, a powyższe nie było kwestionowane przez Zamawiającego. Nie można zatem stwierdzić, że próbka filmu z przekrojem dwujezdniowym zawiera również przekrój jednojezdniowy. Jednocześnie, jak wynika z opisu kryterium, próbki nagrań winny spełniać wymagania dotyczące jakości obrazu i technologii wykonania pomiaru określone w Instrukcji GPR 2020.

Uwzględniając powyższe, nie sposób w ocenie Izby, uznać za prawidłowe działania Zamawiającego, który najpierw ocenił próbkę wykonawcy TS w ten sposób, że dokonał kwalifikacji pojazdów w przekroju jednej jezdni znajdującej się bliżej kamery dla wrywkowego 3-minutowego interwału czasowego, a następnie uwzględniając wyjaśnienia ww. wykonawcy, iż załączone nagranie dotyczy klasyfikacji obu jezdni, przeprowadził ocenę oferty wykonawcy dla drugiej jezdni. Powyższe działanie Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w treści SIWZ z przyczyn wskazanych powyżej.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż skoro wykonawca TS nie złożył wraz z ofertą próbki nagrania wideo obejmującej nagranie w nocy ze sztucznym oświetleniem oraz bez sztucznego oświetlenia w przekroju jednojezdniowym, jak również nagrania zawierającego moment włączenia lub wyłączenia oświetlenia w przekroju jednojezdniowym, to oferta ww. wykonawcy podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w świetle postanowienia zawartego w punkcie 19.1.2. ppkt 2) lit. c.

Przechodząc następnie do zarzutu dotyczącego jakości obrazu zarejestrowanego na próbce złożonej przez wykonawcę TS Izba wskazuje, że Zamawiający nie zweryfikował należycie próbki nagrania wideo złożonego przez wykonawcę. Sam Zamawiający przyznał, podczas rozprawy przed Izbą, że ocenił jedynie trzy okresy 3 minutowe z nagrania złożonego przez wykonawcę TS, nie oceniając tym samym całego nagrania, stanowiącego przecież treść oferty. Zauważyć należy, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż próbki nagrań wideo powinny mieć długość 10–15 minut, przy czym jak wynika z powyższego stanowiska Zamawiającego, ocenił jedynie 9 minut nagrania wykonawcy TS.

Nadto wskazać należy, iż zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w sytuacji, gdy zarejestrowany obraz, na chociaż jednej z dostarczonych próbek nagrań wideo, nie umożliwił jednoznacznego zakwalifikowania pojazdu do określonej kategorii wymienionej w tabeli nr 1 „Instrukcji GPR 2020”, oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu

z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przyznał, że oceniając ofertę wykonawcy TS z wykorzystaniem formularzy pomiaru ruchu drogowego poszczególni członkowie komisji przetargowej, każdy z osobna, dokonali kwalifikacji pojazdów dla wrywkowych, 3 minutowych interwałów czasowych, a porównanie otrzymanych wyników nie wykazało znacznych rozbieżności. Powyższe jest spójne ze stanowiskiem zamieszczonym w protokołach posiedzeń komisji przetargowej, w których wskazywano na różnice w klasyfikacjach pojazdów przez poszczególnych członków komisji, które Zamawiający uzasadniał brakiem doświadczenia lub przeszkolenia poszczególnych członków komisji, co w żadnej mierze nie zasługuje na aprobatę. Podkreślić należy, iż ocena ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia winna zostać przeprowadzona w sposób rzetelny, z należytą starannością oraz poszanowaniem naczelnych zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez wyspecjalizowany zespół osób do tego powołanych. Ocena ofert nie może cechować się przypadkowością.

Ponadto zauważyć należy, że Zamawiający nie odniósł się w toku rozprawy do złożonego przez Odwołującego zdjęcia stanowiącego klatkę z nagrania wykonawcy TS z godz. 18:42:31, które, zdaniem odwołującego się Wykonawcy, potwierdzało brak możliwości jednoznacznego zakwalifikowania pojazdu znajdującego się na jezdni lewej do kategorii pojazdów zawartej w tabeli 1 Instrukcji GPR 2020 z uwagi na rozmytą sylwetkę.

W ocenie Izby powyższe okoliczności winny skutkować co najmniej powtórzeniem czynności oceny ofert, w tym oferty wykonawcy TS przez wykwalifikowanych członków komisji przetargowej. Uwzględniając jednak okoliczność, iż w przedmiotowej sprawie Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podniesiony względem oferty wykonawcy TS i omówiony powyżej, za niecelową należało uznać czynność ponownej oceny oferty ww. wykonawcy w ww. zakresie.

W zakresie kwestionowanej przez Odwołującego okoliczności, iż wykonawca TS powinien przedstawić nie jedną, a co najmniej dwie próbki nagrań, z których każda miałaby długość co najmniej 10 minut, Izba w okolicznościach przedmiotowej sprawy zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, który argumentował, że nie utożsamiał struktury (pojemności) przesyłanych plików z próbkami wideo. Zamawiający w treści specyfikacji nie zaznaczył, że „próbka nagrań” ma odpowiadać plikom o określonej długości, w związku z tym w okolicznościach niniejszej sprawy dopuszczalne było, aby próbki stanowiły jeden plik. Jak podkreślał Zamawiający, jego zamierzeniem było dokonanie oceny wymaganych próbek wideo, niezależnie od tego, czy zostały one podzielone przez wykonawcę na krótkie (10-minutowe), czy też wykonawca przedstawił wymagane próbki wideo w scalonym pojedynczym pliku (np. 3 próbki w 30-minutowym materiale wideo). Ponadto wskazać należy, iż mimo że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający posługuje się pojęciem „próbek” wskazującym na liczbę mnogą, to jednak w treści SIWZ nie określono ani

ilości próbek koniecznych do złożenia przez wykonawcę, ani warunku, że każdy z opisanych warunków na nagraniu ma być przedstawiony w odrębnym pliku. Podkreślić jednak należy, że w przypadku scalenia kilku próbek w jednym pliku, powinno być chociaż wiadome, w którym momencie dana próbka się kończy, a w którym zaczyna, po to aby Zamawiający mógł ocenić wszystkie postawione w SIWZ warunki, w szczególności warunki oświetleniowe i pogodowe oraz możliwość jednoznacznej kategoryzacji pojazdów. W przedmiotowej sprawie Zamawiający, przed Izbą oświadczył, że nie ustalił formalnie, w którym momencie dana próbka się zaczyna, a w którym kończy, co potwierdza brak rzetelności przy ocenie oferty wykonawcy TS. Powyższe ma także istotne znaczenie w kontekście przewidzianej przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sankcji w postaci odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, gdy wykonawca nie dostarczył próbek nagrań wideo o długości minimum 10 minut albo gdy brak było możliwości ustalenia kategorii pojazdu w sposób jednoznaczny.

Dalej, w przedmiocie podnoszonej przez Odwołującego okoliczności, iż wykonawca TS nie złożył nagrania w nocy przy braku oświetlenia dla drogi dwujezdniowej, Izba wskazuje, iż bezspornie próbka wideo złożona przez ww. wykonawcę rozpoczyna się 15 minut po zachodzie słońca, tj. o godzinie 17.55 w dniu 18.10.2017 r. i przedstawia odcinek dwujezdniowy przy wyłączonym i włączonym oświetleniu, w tym obejmuje moment włączenia oświetlenia. Jak wyjaśnił przed Izbą Zamawiający, w wyniku konsultacji z Departamentem Studiów Strategicznych Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie przyjął, iż noc to okres między zachodem a wschodem słońca. Ponadto Zamawiający pismem z 4 września 2019 r. wystąpił do wykonawcy TS o potwierdzenie, że przedstawione nagranie faktycznie zostało przeprowadzone w określonym przedziale czasu oraz w deklarowanym na nagraniu punkcie pomiarowym. Powyższe zostało potwierdzone przez wykonawcę TS w złożonych wyjaśnieniach z 10 września 2019 r.

Izba wskazuje, iż Odwołujący w treści odwołania poza stwierdzeniem, iż wykonawca TS nie złożył wraz z ofertą nagrania w nocy przy braku oświetlenia dla drogi dwujezdniowej nie przedstawił żadnej argumentacji w ww. zakresie. Odwołujący nie wskazał w odwołaniu rozumienia pojęcia nocy i nie ustosunkował się do treści wyjaśnień wykonawcy TS z 10 września 2019 r., w których wykonawca wskazał, że okres nocy bez sztucznego oświetlenia potwierdza nagranie z godziny 17.55 – 17.58. Z kolei zaprezentowane przez Odwołującego podczas rozprawy przed Izbą stanowisko, iż noc jest wtedy, gdy jest ciemno, Izba uznała za niewystarczające w okolicznościach niniejszej sprawy. Jakkolwiek interpretacja przedstawiona przez Odwołującego, w świetle powszechnego rozumienia pojęcia „nocy” wydaje się oczywista, niekoniecznie musi obejmować pełen zakres tego pojęcia. Izba wskazuje, iż Zamawiający nie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia definicji nocy, jak również nie podał, w jakich godzinach, uwzględniając przy tym porę roku, wykonawca

winien przeprowadzić pomiary ruchu pojazdów składane w ramach próbek na potwierdzenie kryterium jakościowego. Niewiadomym jest zatem, czy pojęcie to należy rozumieć potocznie, jak rozumiał je Odwołujący, czy też w sposób fachowy, który prezentował Zamawiający, odnosząc noc do części doby, w czasie której Słońce znajduje się poniżej linii horyzontu. Powyższe wątpliwości nie powinny być jednak odczytywane na niekorzyść wykonawcy.

Za niemającą znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy Izba uznała argumentację Odwołującego odnoszącą się do decyzji GDDKiA Oddział w Gdańsku w przedmiocie odrzucenia oferty wykonawcy TS z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ w prowadzonym przez tego Zamawiającego postępowaniu. Wskazać należy, iż procedura wyłonienia wykonawcy na przeprowadzenie GPR 2020 w GDDKiA Oddziale w Gdańsku to odrębne od niniejszego postępowanie, prowadzone przez inną jednostkę, w którym Zamawiający określił inne warunki i kryteria oceny ofert. Okoliczność, iż w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Oddział w Gdańsku oferta wykonawcy TS została odrzucona z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ nie przesądza, iż oferta ww. wykonawcy winna zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, mimo że ww. wykonawca bezspornie posłużył się tym samym nagraniem wideo w obu postępowaniach.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty wykonawcy TS potwierdził się w zakresie omówionych wyżej okoliczności faktycznych.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika – na podstawie złożonej do akt faktury.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....