

WYROK
z dnia 15 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Emil Kawa

Anna Packo

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2019 r. przez wykonawcę: K. R., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K. R. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, przy udziale:

- A. wykonawcy: M. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Brant M. S. z siedzibą w Majdanku Kozickim, zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2206/19 po stronie Zamawiającego;
- B. wykonawcy: Sonar Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2206/19 po stronie Zamawiającego;
- C. wykonawcy: Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2206/19 po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....
.....
.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalna Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Wykonanie w ramach Generalnego Pomiaru Ruchu 2020 (GPR2020) bezpośrednich pomiarów ruchu, na odcinkach dróg krajowych na terenie GDDKiA Kielce w wyznaczonych punktach w podziale na 5 części”, nr sprawy O.Ki-D-3.2413.7.2019.az, zwane dalej: „postępowaniem”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 128-313635. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 31 października 2019 r. wykonawca K. R., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K. R. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”), wniósł odwołanie od zaniechań przez Zamawiającego w zakresie części 1, 3, 4 i 5 postępowania, polegających na:

1. nieodrzczeniu oferty wykonawcy Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej Hydrogeotechnika lub Przystępujący Hydrogeotechnika), ubiegającego się o udzielenie zamówienia w zakresie Części 3, obejmującej teren działania Rejonu w Kielcach, jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), co było niezgodne z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Zaniechanie to skutkowało oceną tej oferty jako najkorzystniejszej i jej wyborem w zakresie Części 3,
2. nieodrzczeniu oferty wykonawcy: BRANT M. S. z siedzibą w Majdanku Kozickim(dalej Brant lub Przystępujący Brant), ubiegającego się o udzielenie zamówienia w zakresie Części 4, obejmującej teren działania Rejonu w Opatowie, jako nieodpowiadającej treści SIWZ, co było niezgodne z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Zaniechanie to skutkowało oceną tej oferty jako najkorzystniejszej i jej wyborem w zakresie Części 4,
3. nieodrzczeniu oferty wykonawcy SONAR Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (dalej Sonar lub Przystępujący Sonar), ubiegającego się o udzielenie zamówienia w zakresie Części 1 i Części 5, jako nie odpowiadającej treści SIWZ, co było niezgodne z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Zaniechanie to skutkowało oceną tej oferty jako najkorzystniejszej i jej wyborem w zakresie Części 1, obejmującej teren działania

Rejonu w Busku-Zdroju oraz Części 5, obejmującej teren działania Rejonu w Starachowicach.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. odrzucenia oferty wykonawcy Hydrogeotechnika w zakresie Części 3 i unieważnienia czynności wyboru Hydrogeotechniki jako wykonawcy zamówienia w zakresie Części 3,
2. odrzucenia oferty wykonawcy Brant w zakresie Części 4 i unieważnienia czynności wyboru Brant, jako wykonawcy zamówienia w zakresie Części 4,
3. odrzucenia oferty wykonawcy Sonar w zakresie Części 1 i 5 i unieważnienia czynności wyboru Sonar., jako wykonawcy zamówienia w zakresie Części 1 i 5,
4. ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Części 1, 3, 4 i 5 przedmiotowego zamówienia,

Odwołujący wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w postaci uiszczanego wpisu od odwołania, kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł oraz kosztów zastępstwa w postępowaniu przez radcę prawnego według norm prawem przepisanych.

Ponadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1. ogłoszenie o przetargu,
2. SIWZ,
3. oferta wykonawcy Hydrogeotechnika wraz z próbkami filmów,
4. oferta wykonawcy Brant z próbkami filmów; oferta wykonawcy Sonar z próbkami filmów,
5. informacja o odrzuceniu oferty i wyborze najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zgodnie z punktem 14.6 tomu I SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców – dalej IDW) wraz z ofertą wykonawca zobowiązany był złożyć za pośrednictwem Platformy zakupowej m.in. próbki nagrań wideo, spełniające wymagania określone w punkcie 12 Instrukcji GPR 2020. Nagrania musiały zatem 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.

Zgodnie z wymaganiami „Instrukcji GPR 2020”:

- (podpunkt 12.2) „...Wykonawca pomiarów zobowiązany jest do złożenia w ofercie

próbek nagrań wideo o długości 10-15 minut każda, (...) zarejestrowanych przy drodze i 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 dotyczące 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 prowadzić 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)”.

Zgodnie z punktem 14.14 tomu I IDW „... niedostarczenie wszystkich wymaganych próbek (różne warunki oświetleniowe, w szczególności - warunki nocne bez oświetlenia ulicznego) będzie stanowił podstawę do odrzucenia oferty. Oferta ulega odrzuceniu jako niespełniająca warunków udziału w postępowaniu również w przypadku, kiedy po odtworzeniu, przekazanych przez Wykonawców 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”. Ponadto w punkcie 19.1.2 tomu I IDW, określającym sposób rozpatrywania kryterium „Jakość — nagranie wideo (J)” wskazano:

„1) Załączone próbki nagrań muszą (...) 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 warunkach 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 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. (...)

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 wymagania, 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 sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment włączenia/wyłączenia oświetlenia ulicznego);
 - 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”.

UWAGA: 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”.

Wykonawca, wobec powyższych postanowień, powinien przedstawić co najmniej następujące próbki prezentujące ruch pojazdów:

- a) w warunkach nocnych ze sztucznym oświetleniem w przekroju jednojezdniowym,
- b) w warunkach nocnych bez sztucznego oświetlenia w przekroju jednojezdniowym,
- c) włączenie lub wyłączenie oświetlenia w: przekroju jednojezdniowym (okres przejściowy — wieczorem lub rano).

Jeżeli Wykonawca zamierzał wykonywać pomiary na drogach dwujezdniowych za pomocą jednej kamery powinien przedstawić powyższe trzy rodzaje nagrań również dla przekroju dwujezdniowego, co nie zwalniało go z obowiązku, przedstawienia nagrań dla przekroju jednojezdniowego. Te były w każdym przypadku obowiązkowe. Nie był to jedynie wymóg formalny – miał 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.

Przed wniesieniem odwołania Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z pismem, w którym podnosił zarzuty wobec próbek nagrań złożonych przez wykonawców, których

oferty zostały uznane za najkorzystniejsze. Odwołujący wskazał na wady próbek nagrań, w tym kwestię braku próbek nagrań w nocy, argumentując, że okresu po zachodzie czy tuż przed wschodem słońca, kiedy ziemia oświetlona jest jeszcze światłem naturalnym, nie sposób uznać za noc. W odpowiedzi Zamawiający przedstawił w piśmie z 28 października 2019 r. definicję nocy, którą kierował się przy ocenie ofert - wobec braku w SIWZ, jak i innych dokumentach przetargowych, definicji nocy Zamawiający przyjął znaczenie tego pojęcia zgodne ze Słownikiem Języka Polskiego PWN: „noc — czas od wschodu do zachodu słońca, kiedy jest ciemno na dworze”. Z powyższej definicji płynęły dwa warunki uznania pory doby za noc:

1. występuje między wschodem, a zachodem słońca - określenie czasu,
2. na dworze jest ciemno - określenie kryterium jakościowego.

Obydwa warunki musiały być spełnione łącznie, na co wskazywał spójnik „kiedy”. Zamawiający w sposób prawidłowy przytoczył definicję nocy, ale w dalszej części pisma do Odwołującego interpretował ją odmiennie - pominął wymóg „ciemności na dworze” wskazując, że za noc uznaje czas między astronomicznym zachodem, a astronomicznym wschodem, podczas gdy w przytoczonej definicji nie zostało użyte słowo astronomiczny, w kontekście wschodu i zachodu słońca. Jednak w SIWZ, ani w żadnym załącznikach do SIWZ nie zostało zawarte określenie „noc astronomiczna”, ale jedynie „noc”. Według zaś Encyklopedii powszechnej PWN „noc astronomiczna” to „pora doby, podczas której Słońce znajduje się co najmniej 18 stopni pod horyzontem”.

Wszyscy wybrani wykonawcy — Hydrogeotechnika, Brant oraz Sonar w „Oświadczeniu o spełnieniu wymagań przez urządzenia wideorejestracji i nagrania zgłoszone w Ofercie” zadeklarowali, że będą prowadzili 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. Powinni oni zatem załączyć wyżej wymienione trzy rodzaje próbek, zarówno dla przekroju jednojezdniowego jak i dwujezdniowego.

Wykonawca Hydrogeotechnika przedstawił w ofercie dziesięć następujących próbek nagrań:

1. próbka nr 1 (katalog „nagranie_1”) o długości 5 minut, przedstawiającą warunki dzienne w przekroju jednojezdniowym;
2. próbka nr 2 (katalog „nagranie_2”) o długości 5 minut, przedstawiającą warunki przejściowe (wieczór — narastający zmrok) w przekroju jednojezdniowym bez oświetlenia;
3. próbka nr 3 (katalog „nagranie_3”) o długości 5 minut, przedstawiającą moment włączenia oświetlenia w przekroju jednojezdniowym;

4. próbka nr 4 (katalog „nagranie_4”) o długości 5 minut, przedstawiającą warunki nocne z oświetleniem w przekroju jednojezdniowym;
5. próbka nr 5 (katalog „nagranie_5”) o długości 5 minut, przedstawiającą warunki nocne z oświetleniem w przekroju jednojezdniowym;
6. próbka nr 6 (katalog „nagranie_6”) o długości 5 minut, przedstawiającą warunki dzienne z intensywnym opadem deszczu w przekroju dwujezdniowym;
7. próbka nr 7 (katalog „nagranie_7”) o długości 5 minut, przedstawiającą warunki dzienne w przekroju dwujezdniowym;
8. próbka nr 8 (katalog „nagranie_8”) o długości 5 minut, przedstawiającą moment włączenia oświetlenia w przekroju dwujezdniowym;
9. próbka nr 9 (katalog „nagranie_9”) o długości 5 minut, przedstawiającą warunki nocne z oświetleniem i intensywnym opadem deszczu w przekroju dwujezdniowym;
10. próbka nr 10 (katalog „nagranie_10”) o długości 5 minut, przedstawiającą moment wyłączenia oświetlenia w przekroju dwujezdniowym.

Żadna z wymienionych próbek nie została nagrana w nocy, w rozumieniu definicji „nocy” według Słownika języka polskiego PWN, ani definicji „nocy astronomicznej” według Encyklopedii PWN. Do tej kategorii z pewnością nie można było zaliczyć nagrań w okresie wschodu lub zachodu słońca. W świetle celu, jakiego 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.

Każda z ww. próbek wykonawcy Hydrogeotechnika nie spełniała wymogu długości nagrania wynoszącej co najmniej 10 minut. Ponadto niska jakość obrazu uniemożliwiała prawidłowe przyporządkowanie niektórych pojazdów do wymaganych kategorii, głównie z powodu rozmytego lub nieostrego obrazu. Za przykład można dać tu próbki nr 3 i 4, nagrane tego samego dnia, w tym samym przekroju. Próbka nr 4, mimo, że nagrana była jeszcze nie w pełnej ciemności, w okresie włączania latarni (gdy nie mają one jeszcze pełnej wydajności), miała znacznie gorszą jakość, niż kolejna, nagrana już w warunkach nocnych, lecz z w pełni wydajnym sztucznym oświetleniem. Można sobie tylko wyobrazić, jak zła byłaby jakość obrazu w całkowitej ciemności bez oświetlenia drogowego.

Próbki nagrań Hydrogeotechniki nie spełniały wymogów SIWZ, co najmniej z następujących powodów:

- brak nagrania w warunkach nocnych przy braku oświetlenia w przekroju jednojezdniowym;
- brak nagrania w warunkach nocnych przy braku oświetlenia w przekroju dwujezdniowym; niewystarczająca długość żadnej z próbek;

- niska jakość obrazu, powodująca rozmycie sylwetek pojazdów, uniemożliwiająca przyporządkowanie pojazdów do właściwych kategorii.

Wykonawca Brant przedstawił w ofercie dwie próbki nagrań:

1. próbka nr 1 (plik „2DK”) o długości 14 minut, przedstawiająca moment włączenia oświetlenia w przekroju jednojezdniowym;
2. próbka nr 2 (plik „DKI S”) o długości 12 minut, przedstawiająca warunki nocne z intensywnym opadem śniegu w przekroju dwujezdniowym z oświetleniem.

Żadna z wymienionych próbek nie zawierała nagrania w nocy przy braku oświetlenia. Postawiony zarzut Odwołujący uzasadnił analogicznie jak w przypadku oferty wykonawcy Hydrogeotechnika. Ponadto wskazał, że żadna z próbek wykonawcy Brant nie zawierały nagrania z momentem włączenia lub wyłączenia oświetlenia w przekroju dwujezdniowym.

Próbki nagrań nie spełniały wymogów SIWZ, co najmniej z następujących powodów:

- brak nagrania w warunkach nocnych przy braku oświetlenia w przekroju jednojezdniowym;
- brak nagrania w warunkach nocnych przy braku oświetlenia w przekroju dwujezdniowym;
- brak nagrania prezentującego moment włączenia lub wyłączenia oświetlenia w przekroju dwujezdniowym.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Sonar, ze względu na fakt, że Sonar złożył te same próbki nagrań jak wykonawca Brant, Odwołujący przywołał taką samą argumentację, jak w przypadku oferty Brant. Tym samym Odwołujący podniósł, że próbki nagrań wykonawcy Sonar nie spełniały wymogów SIWZ, co najmniej z następujących powodów:

- brak nagrania w warunkach nocnych przy braku oświetlenia w przekroju jednojezdniowym;
- brak nagrania w warunkach nocnych przy braku oświetlenia w przekroju dwujezdniowym;
- brak nagrania prezentującego moment włączenia lub wyłączenia oświetlenia w przekroju dwujezdniowym.

W toku rozprawy Odwołujący oświadczył, że odstępuje od popierania argumentacji dotyczącej kwestii związanych z definicją nocy i sposobami rozumienia tego pojęcia.

Ponadto w toku rozprawy Odwołujący wniósł o przeprowadzenia dowodu z:

1. protokołu z postępowania (dowód nr 1) na okoliczność wykazania, że Zamawiający nie dokonał oceny próbek nagrań wykonawców pod kątem ich zgodności z wymogami SIWZ,

2. wydruków pojedynczych klatek filmowych z nagrań złożonych wraz z ofertą przez wykonawcę Hydrogeotechnika na okoliczność wykazania ich niskiej jakości technicznej (w tym braku możliwości identyfikacji niektórych pojazdów i przypisania ich do określonych kategorii).

Zamawiający 9 października 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o jego oddalenie i o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, wskazując ponadto m.in.:

Ocena wszystkich ofert została przeprowadzona zgodnie z Pzp i wymogami SIWZ, a także przy zachowaniu zasad równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji. Głównym celem postępowania „GPR — pomiar ruchu 2020” był wybór wykonawcy zdolnego zrealizować zamówienie polegające na określeniu liczby pojazdów poruszających się po drodze i kwalifikacji tych pojazdów do poszczególnych kategorii: samochód osobowy, ciężarowy, ciężarowy z przyczepą, itd. Zamawiający w ogłoszonym przetargu przedstawił warunki uczestnictwa określające wymagania minimalne, które zweryfikował na etapie postępowania przetargowego. Weryfikacja próbek nagrań video polegała na określeniu zdolności wykonawcy do prowadzenia działań w zakresie rejestracji pojazdów podczas GPR 2020 na odcinkach pomiarowych dróg krajowych administrowanych przez Oddział w Kielcach, w tym miała wykazać, że dany wykonawca ma świadomość potencjalnych problemów związanych z wykonywaniem pomiaru w różnych warunkach oświetleniowych i przekrojach drogowych oraz związanych z tym zagrożeń. Przedstawione w wybranych ofertach próbki nagrań potwierdziły, że potencjalni wykonawcy będą w stanie spełnić wymagania Zamawiającego w tym zakresie, w trakcie realizacji pomiarów.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że wykonawcy zobowiązani byli przedstawić co najmniej próbki prezentujące ruch pojazdów:

1. w warunkach nocnych ze sztucznym oświetleniem w przekroju jednojezdniowym;
2. w warunkach nocnych bez sztucznego oświetlenia w przekroju jednojezdniowym;
3. włączenie lub wyłączenie oświetlenia w przekroju jednojezdniowym (okres przejściowy — wieczorem lub rano).

Zamawiający oceniał spełnianie kryterium oceny ofert „Jakość - nagranie wideo” opierając się na ogólnym oraz potocznym znaczeniu użytych określeń oraz ich rozumieniu, zgodnie z definicjami językowymi zaczerpniętymi ze Słownika Języka Polskiego PWN. Argumentacja Odwołującego dotycząca definicji nocy zawarta w odwołaniu w ocenie Zamawiającego była nietrafna. Przyjęte w SIWZ kryterium dotyczące oceny jakości nagrań nie zdefiniowało pojęcia nocy. Zamawiający przyjął, że jest to czas między astronomicznym zachodem i wschodem słońca, co miało swoje oparcie w treści punktu 19.1.2 pkt 1 SIWZ. Ze względu na ogólny charakter postanowień SIWZ Zamawiający dokonywał rozstrzygnięć na korzyść

podmiotów, bowiem mogły one inaczej interpretować noc. Poza tym, Zamawiający wskazał, że nagranie nocne mogło przedstawiać moment włączenia i wyłączenia oświetlenia ulicznego, co zwykle ma miejsce w okresie zmierzchu/świt, a nie w czasie tzw. pełnej nocy. Zamawiający nie wymagał, aby każdy z wykonawców dostarczył mu trzy różne próbki nagrań w nocy, z warunków, jakie określił Odwołujący, tj. w warunkach nocnych ze sztucznym oświetleniem w przekroju jednojezdniowym, w warunkach nocnych bez sztucznego oświetlenia w przekroju jednojezdniowym oraz włączenie lub wyłączenie oświetlenia w przekroju jednojezdniowym (okres przejściowy — wieczorem lub rano). Te same wymagania miały by również dotyczyć przekroju dwujezdniowego. Zdaniem Zamawiającego, dla spełnienia wymogu dotyczącego nagrania z okresu nocy, zgodnie z rozumieniem tego terminu przyjętym w treści SIWZ, w obu przekrojach (jedno/dwujezdniowym) wystarczające było przedstawienie przez wykonawców choćby jednej próbki nagrania wideo z nocy obejmującej czasookres - czy to ze sztucznym oświetleniem i bez, czy moment włączenia lub wyłączenia oświetlenia. Wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu spełnili ww. wymagania.

Zamawiający nie zgodził się także z utożsamianiem znaczenia słów próbka i plik — w żadnym miejscu w dokumentacji postępowania nie zawarto regulacji wskazującej dającej podstawę do takiego wnioskowania. Próbka zatem mogła składać się z kilku plików z danymi, a kwestionowane przez Odwołującego nagrania Przystępującego Hydrogeotechnika spełniały wymagania SIWZ, ponieważ łącznie miały więcej niż żądane 10 minut.

W ramach Instrukcji GPR 2020 stanowiącej podstawę wykonania pomiarów, dopuszczalny błąd przyporządkowania pojazdów do poszczególnych kategorii wynosił nie więcej niż 3% pojazdów (lub nie więcej niż 2 pojazdy przy próbach mniejszych niż 35 pojazdów) — punkt 12.14 Instrukcji GPR. Próbki dostarczone przez wszystkich wykonawców charakteryzowały się wystarczającą jakością, zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

W SIWZ zawarte zostały następujące regulacje dotyczące próbek nagrań:

- „14.6. Wraz z ofertą Wykonawca zobowiązany jest złożyć za pośrednictwem Platformy: (...)
- 5) próbki nagrań spełniające wymagania określone w punkcie 12 „Instrukcji GPR 2020”, podlegające ocenie Zamawiającego”.
- „14.13. Próbki nagrań, o których mowa w pkt 14.6. ppkt 5 IDW 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. Jeżeli do odtworzenia nagrań niezbędne jest specjalistyczne oprogramowanie lub kodeki, wówczas Wykonawca pomiarów zobowiązany jest do jego przekazania wraz z ofertą, w tym niezbędnych licencji pozwalających na dalsze korzystanie z tego oprogramowania lub kodeków przez Zamawiającego, GDDKiA DSS i Podmiot opracowujący wyniki pomiaru”.
- „14.14. Brak możliwości odtworzenia nagrań przez Zamawiającego lub niedostarczenie wszystkich wymaganych próbek (różne warunki oświetleniowe, w szczególności warunki nocne bez oświetlenia ulicznego) będzie stanowił podstawę do odrzucenia oferty. 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 Wytocznych GPR 2020”.
- „19.1.2. Kryterium „Jakość – nagranie wideo (J)” 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 warunkach 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 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. 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 sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment włączania/wyłączania oświetlenia ulicznego);
 - Nie można odtworzyć chociaż jednej z dostarczonych próbek nagrań wideo;
 - Wykonawca nie dostarczył do wykorzystania przez Zamawiającego w pomiarze GPR2020 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”.

Uwaga: 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”.

Wobec braku definicji lub wyjaśnienia w jaki sposób należało rozumieć pojęcie próbki, Izba uznała, że Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność w tej kwestii. Zatem uprawnione było rozumienie słowa próbka jako:

1. pojedynczego nagrania, tj. w postaci pojedynczego pliku,
2. kilku plików składających się na jedno nagranie, z zachowaniem ciągłości czasowej,
3. kilku plików składających się na jedno nagranie, bez zachowania ciągłości czasowej.

Istotne było, niezależnie od formy technicznej złożonych próbek, by spełniały one przytoczone wyżej wymogi SIWZ. Między stronami i uczestnikami nie było sporu co do tego, że próbka mogła składać się z kilku plików. W tej sytuacji Izba uznała, że zarzut odwołania wskazujący, że oferta Przystępującego Hydrogeotechnika podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ze względu na załączenie do oferty próbek pięciominutowych zamiast co najmniej dziesięciminutowych był niezasadny. Niezależnie od sposobu rozumienia pojęcia „próbka” pod uwagę wziąć należy, że łączna długość nagrań Przystępującego Hydrogeotechnika wynosiła około 50 minut.

Główną osią sporu między Odwołującym a Zamawiającym oraz Przystępującymi była kwestia wymogów technicznych dotyczących warunków oświetleniowych próbek/nagrań. Zgodnie z przytoczonym punktem 19.1.2 ppkt 2 lit. c Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że oferta podlegać będzie odrzuceniu, gdy uzyska 0 punktów w ramach kryterium „Jakość – nagranie wideo (J)”. Tym samym, porównując przytoczone wyżej regulacje SIWZ dotyczące próbek nagrań, określona przez Zamawiającego podstawa do odrzucenia ofert z tytułu nieprawidłowości dotyczących tych próbek jest znacząco węższa niż wymogi wskazane w punkcie 19.1.2 ppkt 1 SIWZ. Do takiego wniosku prowadzi literalna analiza postanowienia 19.1.2 ppkt 2 lit. c SIWZ, gdzie Zamawiający zawarł zamkniętą listę przesłanek stanowiących podstawę do odrzucenia ofert. Tym samym, o ile nie budzi wątpliwości fakt, że wykonawcy, którzy zakładali możliwość filmowania drogi o przekroju dwujezdniowym za pomocą jednej kamery, mieli obowiązek przedstawienia Zamawiającemu dodatkowych nagrań, o których mowa w punkcie 19.1.2 ppkt 1 SIWZ, to brak jest postanowienia dotyczącego możliwości odrzucenia oferty wykonawcy w przypadku, gdy jego próbki nie spełniłyby wymogów SIWZ co do nagrań dróg dwujezdniowych.

W przypadku, gdyby wykonawca nie spełnił wymogów SIWZ dotyczących próbek, podstawą prawną odrzucenia jego oferty byłby art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”. Jednak katalog przesłanek stanowiących podstawę do odrzucenia ofert określony w 19.1.2 ppkt 2 lit. c SIWZ ma charakter zamknięty, co mimo oczywistego prymatu przepisu ustawy przed postanowieniami SIWZ, może budzić uzasadnione wątpliwości interpretacyjne – Zamawiający w punkcie 19.1.2 ppkt 2 lit. c SIWZ

jasno określił okoliczności, w jakich uzna ofertę wykonawcy za nieodpowiadającą treści SIWZ.

Poważne wątpliwości budzi też punkt 19.1.2 ppkt 1 SIWZ – „Próbki 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) (...)”. Zacytowane zdanie zawiera szereg nieostrych pojęć:

- 1) próbki powinny być zarejestrowane w różnych warunkach oświetleniowych, ale brak doprecyzowania, jak należy rozumieć takie „różne” warunki,
- 2) próbki powinny być zarejestrowane przede wszystkim w nocy – oczywistym jest, że w tej sytuacji większość nagrań powinna prezentować warunki nocne, nie wiadomo jednak, jaka to większość.

W świetle zarzutów odwołania szczególnie doniosły dla rozstrzygnięcia był ww. punkt drugi – wykonawcy mieli obowiązek złożyć próbki prezentujące nocne warunki – ze sztucznym oświetleniem, bez sztucznego oświetlenia oraz moment włączania lub wyłączania oświetlenia (przyjmując zgodnie z przyjętymi zasadami interpretacji, że znak „ukośnik” oznacza słowo „lub”), a warunki te miały stanowić bliżej nieokreśloną większość dziesięciopiętnastominutowych próbek, które z kolei mogły mieć zarówno postać jednolitego nagrania, jak i być zbiorem odrębnych plików.

Biorąc pod uwagę powyższe, postanowienia SIWZ dotyczące próbek dawały możliwość bardzo szerokiej interpretacji wymogów Zamawiającego. W konsekwencji Izba uznała, że nie ma podstawy do stwierdzenia, że próbki któregośkolwiek z Przystępujących nie odpowiadały treści SIWZ.

Próbki załączone do oferty Przystępującego Hydrogeotechnika przedstawiają:

1. dzień, droga jednojezdniowa,
2. noc (w rozumieniu SIWZ), droga jednojezdniowa, włączenie kamery podczerwieni,
3. noc, droga jednojezdniowa, moment włączenia latarni,
4. noc, droga jednojezdniowa,
5. noc, droga jednojezdniowa,
6. dzień, droga dwujezdniowa, opady deszczu,
7. dzień, droga dwujezdniowa, opady deszczu,
8. noc (w rozumieniu SIWZ), droga dwujezdniowa, moment włączenia latarni,
9. noc, droga dwujezdniowa, opady śniegu,
10. noc (w rozumieniu SIWZ), droga dwujezdniowa, moment wyłączenia latarni.

W tej sytuacji przyjąć należy, że Przystępujący Hydrogeotechnika przedstawił próbki zgodne z wymogami SIWZ. Również próbki Przystępujących Brant i Solar odpowiadały wymogom Zamawiającego, zatem nie zaistniały przesłanki do odrzucenia ofert tych wykonawców.

Izba nie znalazła również podstaw do uznania, że próbki nagrań Przystępującego Hydrogeotechnika nie spełniały wymogów dotyczących jakości nagrań. Skład orzekający przeprowadził dowód z wydruków klitek filmowych z nagrań Hydrogeotechniki (dowód nr 2 złożony przez Odwołującego) i porównał je z odpowiednimi fragmentami tych nagrań. Efektem porównania było stwierdzenie, że obraz prezentowany na próbkach filmowych w pełni pozwala na prawidłową identyfikację nagranych pojazdów i ich właściwe przyporządkowanie do kategorii wynikających z Instrukcji GPR 2020.

W związku z faktem, że Odwołujący w toku rozprawy oświadczył, że wycofuje argumentację dotyczącą kwestii związanych z interpretacją słowa „noc” w rozumieniu SIWZ, Izba odstąpiła od analizy stanowiska Odwołującego w tym zakresie. Nie ulega jednak wątpliwości, że Zamawiający nie określił na potrzeby prowadzonego postępowania, co będzie rozumiał pod pojęciem nocy, co – biorąc pod uwagę istnienie wielu jej definicji – musiało prowadzić do kolejnych niejasności i rozbieżności interpretacyjnych.

Postanowienia SIWZ dotyczące próbek nagrań, ze względu na ich nieostrość, powodowały, że wykładnia tych postanowień nie była jednoznaczna. W efekcie uczestnicy postępowania w różny sposób – ale mieszczący się w dyspozycji postanowień SIWZ – rozumieli obowiązki nałożone przez Zamawiającego na wykonawców.

Biorąc pod uwagę wskazane wyżej argumenty Izba oddaliła odwołanie uznając, że warunkiem podstawowym do orzeczenia o niezgodności oferty z SIWZ jest możliwość precyzyjnego odkodowania obowiązków dla wykonawców, jakie wynikają z SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu warunek ten nie został spełniony. Tym samym ewentualne uwzględnienie zarzutów odwołania stanowiłoby niedopuszczalne, na obecnym etapie postępowania, doprecyzowanie postanowień SIWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

.....

.....

.....