

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2020 r. przez wykonawcę

ZURAD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej

w postępowaniu prowadzonym przez

Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy **PoICam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawcy **Lifor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża ZURAD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ZURAD Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania.**

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 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:

Sygn. akt: KIO 1344/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Główny Inspektorat Transportu Drogowego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę 26 sztuk stacjonarnych urządzeń rejestrujących przeznaczonych do pracy na masztach wraz z urządzeniami integrującymi oraz obudowami i masztami w ramach projektu pn. *Zwiększenie skuteczności i efektywności systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu operacyjnego infrastruktura i środowisko 2014-2020*” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 stycznia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 009-015825. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – ZURAD Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przeprowadzenie testów jakościowych przewidzianych w celu weryfikacji wymagań technicznych i funkcjonalnych oferowanych urządzeń rejestrujących w sposób dyskryminujący Odwołującego oraz ustalenie wyników na podstawie części (a nie całego) zgromadzonego materiału dowodowego, co doprowadziło do niezgodnego z ustawą Prawo zamówień publicznych odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uchylenie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia testów jakościowych, jakie zostały przewidziane w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Zamawiający przewidywał przeprowadzenie testów jakościowych oferowanych urządzeń rejestrujących, których podstawowym założeniem było fizyczne sprawdzenie zgodności deklarowanych przez wykonawców parametrów techniczno-funkcjonalnych urządzeń rejestrujących z parametrami zadeklarowanymi w złożonej ofercie, w tym badanie wskaźników jakościowych oferowanych urządzeń rejestrujących zgodnie ze scenariuszem testów potwierdzających, że oferowana dostawa urządzeń spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Warunkiem uzyskania pozytywnego wyniku z testów jest osiągnięcie pozytywnej oceny we wszystkich przypadkach testowych, które opisane zostały w etapie I oraz etapie II testu, zgodnie z załącznikiem nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opis przedmiotu zamówienia). Oferta, która nie uzyska pozytywnej oceny w każdym z przypadków testowych, podlegać będzie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W myśl dokumentu „Scenariusze testów jakościowo-funkcjonalnych opracowanych dla stacjonarnych urządzeń rejestrujących”, stanowiącego załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia („scenariusz testów”) próba oznaczona jak K2 polegała na dokonaniu symulacji 20 przejazdów pojazdami testowymi (grupą pojazdów) przez obszar detekcji w porze dziennej przed południem w oznaczonych wariantach. Zamawiający zobowiązany był przeprowadzić testy dla wszystkich zaoferowanych urządzeń rejestrujących w warunkach zbliżonych do rzeczywistych warunków drogowych oraz w zbliżonym do siebie zakresie czasowym dla wszystkich urządzeń (1.2 scenariusza testów). Próba oznaczona jako K2 dla urządzenia Odwołującego – jako jedyna – została wykonana po południu i rozpoczęła się o godz. 14:39. Test urządzenia Odwołującego odbył się w innych warunkach pogodowych, w szczególności przy gorszym oświetleniu, co w ocenie Odwołującego stanowiło naruszenie równego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Detekcja pojazdów, w tym wizerunku kierującego oraz numerów tablic rejestracyjnych w przypadku testu urządzenia Odwołującego odbywała się „pod słońce”, co stanowiło znaczne utrudnienie. Ponadto testy odbywały się na lotnisku, a pojazdy poruszały się po betonowych płytach. Pojazdy nie były myte i po kolejnych przejazdach uległy zabrudzeniu (zakurzeniu).

W tym stanie faktycznym Odwołujący uważa, że nie miał równych szans w testach. Sposób przeprowadzenia testu urządzenia Odwołującego mógł mieć wpływ na skuteczność zarejestrowania numeru tablicy rejestracyjnej pojazdów oraz wizerunku kierującego, zwłaszcza, że prywatne testy dokonywane przez Odwołującego gwarantowały osiągnięcie pułapu minimalnego. Tak znacząca różnica – urządzenie Odwołującego osiągnęło wynik ok.

74% detekcji numerów tablic i wizerunku kierującego – między wynikami testów u Zamawiającego a testami robionymi przez Odwołującego nie może być przypadkiem.

W zakresie testu urządzenia wykonawcy Lifor Sp. z o.o. w ramach próby urządzenia pod kątem automatycznego rozróżniania pojazdów osobowych i motocykli od samochodów ciężarowych (kod testu 1.8 scenariusza testów) materiał zdjęciowy wytworzony i przekazany w ramach przypadku testowego o kodzie 1.6 został użyty jako materiał do weryfikacji testu o kodzie 1.8. Celem testu była weryfikacja możliwości dokonania rozróżnienia pojazdów osobowych (w tym motocykli) oraz pojazdów ciężarowych. W materiale zdjęciowym (wytworzonym dla przypadku testowego 1.6) nie znajduje się ani jeden pojazd ciężarowy, mimo że w pozostałych próbach pojazd ciężarowy poruszał się na pasie 4. W związku z powyższym test został wadliwie przeprowadzony, gdyż nie umożliwia faktycznej oceny detekcji pojazdu ciężarowego przez urządzenia.

14 czerwca 2020 r. pracownicy Odwołującego zapoznali się z materiałem z testów wszystkich urządzeń i zbadali, czy urządzenie Lifor Sp. z o.o. jest zdolne do rozróżnienia samochodów ciężarowych od osobowych. Z zestawienia zrobionego na podstawie zdjęć znajdujących się w aktach sprawy wynika, że rozpoznawalność samochodów ciężarowych wynosi zaledwie 28%.

Zgodnie z punktem 9.3 części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tabela, pkt 8) jednym z minimalnych wymagań urządzenia rejestrującego jest zdolność rejestracji naruszeń w ruchu drogowym na co najmniej czterech pasach ruchu niezależnie od tego, po którym pasie porusza się mierzony pojazd, bez konieczności zmiany ustawień i konfiguracji urządzenia rejestrującego. Lifor Sp. z o.o. podczas trwania przejazdów dokonywał manualnej zmiany parametrów pracy anteny radarowej urządzenia, w szczególności parametru czułość anteny. Parametr ten znajduje się na zdjęciu w aktach sprawy w polu „Czułość”, określony jest liczbą od 1 do 3 (1 = niska czułość anteny, 2 = średnia czułość anteny, 3 = wysoka czułość anteny). Opis zmiany i działania urządzenia na różnych poziomach czułości znajduje się w Instrukcji obsługi urządzenia Multaradar CD (str. 86). Zmiana czułości może mieć znaczenie przy rozróżnianiu samochodu ciężarowego od osobowego.

Zmiana parametrów pracy anteny radarowej już w czasie trwania testów mogła istotnie wpływać na ogólny poziom detekcji wykroczeń oraz skuteczności rozpoznawania rodzaju pojazdu. Na zdjęciach wydrukowanych i dostarczonych przez Lifor Sp. z o.o. widać zmiany parametru czułość w następujących testach: a) test K1: zmiana czułości z wartości 2 na wartość 1, b) test K2: zmiana czułości z wartości 1 na wartość 3, c) test K3: zmiana czułości z wartości 2 na wartość 1, d) test K6: zmiana czułości z wartości 3 na wartość 1.

W opinii Odwołującego tego typu ingerencja w urządzenie i zamiana parametrów urządzenia podczas testów jest niedopuszczalna zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Kolejne uchybienie Zamawiającego przy testowaniu urządzeń polega na zaakceptowaniu materiału zdjęciowego wydrukowanego i dostarczonego przez Lifor Sp. z o.o., który nie odpowiada wersji elektronicznej tych zdjęć oraz nie odpowiada raportowi robocznemu stworzonemu przez Zamawiającego. W zakresie wyników testów urządzenia Lifor Sp. z o.o. brak jest wymaganego raportu – zamawiający sam stworzył własny dokument, w którym niektóre zdjęcia zostały pominięte (zdjęcia z wynikami niekorzystnymi dla oferenta).

Naruszony został również pkt 1.7 scenariusza testów (ostatni akapit, str. 5) wedle którego: „Tablica rejestracyjna jest uznawana za rozpoznaną poprawnie, jeżeli wybrany wariant z automatycznego rozpoznawania zgadza się literalnie co do liczby znaków oraz ich wartości z wynikiem wskazanym przez zespół testowy Zamawiającego – przy porównaniu wszelkie znaki inne od liter i cyfr są pomijane, a litery są kapitalizowane.” Wskazane postanowienie należy rozumieć w ten sposób, że rozpoznanie tablicy wymaga utrwalenia prawidłowego numeru tablicy rejestracyjnej. Chodzi tu nie tylko o prawidłową ilość znaków, ale także o prawidłowe utrwalenie ich rodzaju. Zgodność co do „wartości” znaku należy odczytywać jak prawidłowy rodzaj znaku. Do takich wniosków prowadzi wykładnia literalna, która powinna mieć pierwszeństwo jak i funkcjonalna. Inna wykładnia prowadzi do zaakceptowania urządzenia nieprzydatnego w praktyce. Zdjęcia z urządzenia rejestrującego, które zniekształca numery lub litery tablicy rejestracyjnej jest nieprzydatne dla zamawiającego i wystawiony na jego podstawie mandat mógłby zostać podważony.

Ze zdjęć znajdujących się w aktach sprawy wynika, że Zamawiający w zakresie oferty Lifor Sp. z o.o. uznał za prawidłowe zdjęcia, na których numer tablicy rejestracyjnej jest inny niż w rzeczywistości (numer zdjęcia/ prawidłowy numer tablicy rejestracyjnej/ numer odczytany przez ANPR): 4755/CT 1304M/CT 1301W; 4777/CT 1304M/CD 130JM; 4945/WU 0340K/WK 0340K; 4926/WU 8133F/WUN8133F; 4901/WU 0340K/WK 0340K; 5059/WU 0342K/W0 342K; 5056/WE 266CT/W 266; 5055/WU 0340K/W0 340K; 5054/WU 0342K/W0 342K; 5052/U 5989J/WUS 989J.

Powyższe uchybienie wynika albo z niedbalstwa Zamawiającego, albo z celowego działania, a nie z niezauważenia błędnego odczytu, w sytuacji, gdy prawidłowość rozpoznania była głównym celem przeprowadzenia tego testu. Według Zamawiającego poprawność odczytu ANPR urządzenia Lifor Sp. z o.o. wynosi 90,756%, czyli jest na granicy wymagania minimalnego wynoszącego 90%. Po poprawnym odczytaniu ww. zdjęć odczyt ANPR wynosi ok. 82%, a więc jest poniżej wymagań minimalnych.

Zatem oferta Lifor Sp. z o.o. nie spełniała wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinna zostać odrzucona, jednak na skutek nieuczciwego i nierównego potraktowania przez Zamawiającego wykonawców została wybrana jako najkorzystniejsza. Odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło po przeprowadzeniu testu w sposób niezgodny z zasadami ustalonymi w scenariuszu testów, który jest załącznikiem do

specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzucenie Odwołującemu, iż jego oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jest chybione.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Opisane w odwołaniu naruszenia wykazują nierówne traktowanie wykonawców i popełnianie rażących błędów przez Zamawiającego na korzyść Lifor Sp. z o.o. Poszanowanie uczciwej konkurencji zobowiązuje Zamawiającego do traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie w sposób jednakowy, a proporcjonalność i przejrzystość – do transparentnego stosowania środków adekwatnych do zamierzonego celu. Zamawiający nie ma więc prawa w jakikolwiek sposób uprzywilejowywać bądź zniechęcać potencjalnych wykonawców zamówienia publicznego. Stąd obowiązkiem Zamawiającego jest traktowanie wszystkich wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji prawnej lub faktycznej w identyczny sposób.

Zamawiający naruszał wcześniej ustalone przez siebie zasady, zwłaszcza określone w scenariuszu testów, i doprowadził tym do wyboru oferty, która nie spełnia minimalnych warunków i powinna zostać odrzucona. Jednocześnie w stosunku do Odwołującego podjęto działania stawiające go w gorszej pozycji. Tym samym o równym traktowaniu wykonawców nie może być mowy. Testy urządzeń rejestrujących zostały przeprowadzone w sposób nieprawidłowy. Skutkuje to nieważnością odrzucenia oferty Odwołującego.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania.

Zamawiający wskazał, że zakres zaskarżenia sprecyzowany we wniesionym odwołaniu dotyczy wyłącznie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, na co wskazuje petitum odwołania: „odwołujemy się od odrzucenia oferty złożonej przez Spółkę”, Odwołujący nie zaskarżył tym samym czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez spółkę Lifor Sp. z o.o., co potwierdza fakt sprecyzowania przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wyłącznie w zakresie odrzucenia jego oferty, który to zarzut koreluje z wnioskiem o uchylenie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty.

Już tylko z tego powodu odwołanie powinno zostać oddalone. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wiąże możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej z ochroną interesu wykonawcy, który to interes realizuje się przez możliwość uzyskania zamówienia wskutek wniesienia odwołania. Posiadanie interesu w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 musi zostać ocenione pod kątem osiągnięcia zamierzonego celu, tj. uzyskania zamówienia w kontekście zasadności i możliwości podnoszenia zarzutów względem czynności czy zaniechań zamawiającego. Taki kontekst sytuacyjno-prawny, czyli zespół okoliczności, który faktycznie umożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia, pozwala na uznanie posiadania interesu. Obowiązkiem wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej jest wykazanie opisanych w art. 179 ust. 1 przesłanek. Wykonawca musi zatem wykazać wpływ podnoszonych zarzutów na jego sytuację, wyrażający się zaistnieniem uszczerbku stanowiącego szkodę w następstwie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób pozwalający na wykazanie związku przyczynowo-skutkowego między zarzucanymi naruszeniami prawa a uszczerbkiem po stronie wykonawcy.

Samo zaskarżenie własnego odrzucenia i żądanie powtórzenia testów jest niewystarczające do wykazania interesu Odwołującego. Odwołujący zaniechał obowiązku wykazania przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (interes oraz szkoda).

Odwołujący, dla uzasadnienia zarzutu odrzucenia jego oferty, powołuje się na przeprowadzenie próby testowej K2 na zaoferowanym przez niego urządzeniu w godzinach popołudniowych (14:39), nie zaś przed południem, jak zakładał scenariusz testów jakościowo-funkcyjnych opracowany dla stacjonarnych urządzeń rejestrujących (załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Zgodnie z tym dokumentem próba K2 miała polegać na dokonaniu symulacji 20 przejazdów pojazdami testowymi (grupą pojazdów) przez obszar detekcji, zarejestrowanych w porze dziennej przed południem w określonych wariantach I – IV.

Zamawiający nie zaprzecza, że test urządzenia Odwołującego w zakresie próby K2 odbył się w godzinach popołudniowych. Jednak jest to jedyne odstępstwo od założeń wynikających ze scenariusza testów, jakie miało miejsce w zakresie testowania urządzenia Odwołującego. Odstępstwo to wynikało z przyczyn organizacyjnych związanych z problemami wykonawców odnośnie ustawień własnych urządzeń. Odstępstwo dotyczyło wszystkich podmiotów uczestniczących w testach i odbyło się za ich zgodą. Wykonawcom zaproponowano przeniesienie testów na kolejny dzień, ale zgodnie wyrazili oni wolę kontynuowania testów. W trakcie całego dnia testowego Odwołujący nie składał jakichkolwiek zastrzeżeń odnośnie przeprowadzonej próby K2, co znalazło wyraz w protokole podpisanym przez Odwołującego,

co potwierdza notatka z przeprowadzonych testów z 25 maja 2020 r., protokół podpisany przez Odwołującego.

Co więcej, odstępstwo to nie może mieć żadnego wpływu na zmianę rozstrzygnięcia postępowania w postaci dokonania wyboru oferty złożonej przez przystępującego Lifor Sp. z o.o. i odrzucenia oferty Odwołującego.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający ustanowił 4 kryteria oceny ofert: cena – 40%, cena roboczogodziny pracy serwisanta – 10%, okres gwarancji – 10%, jakość urządzenia – 40%. W kryterium jakości urządzenia badane były następujące parametry jakościowe: 1) poziom detekcji wykroczeń drogowych, 2) skuteczność rozpoznawania wizerunku kierującego pojazdem, 3) skuteczność prawidłowego rozpoznawania tablic rejestracyjnych przy użyciu silnika ANPR zainstalowanego przez wykonawcę, 4) gwarantowana sprawność jednego urządzenia w okresie gwarancji.

Ocena punktowa miała zostać dokonana w ramach wartości procentowych uzyskanych z testu jakościowego (poz. 1-3) oraz w ramach wartości procentowych zaoferowanych przez wykonawcę (poz. 4). W przypadku pozycji 1-3 Zamawiający wskazał procentową wartość minimalną na poziomie 90%, za osiągnięcie której nie przyznawano punktów (0 pkt), oraz wartość 100% jako optymalną, za osiągnięcie której przyznawano maksymalną ilość 10 pkt. Natomiast za zaoferowanie wartości z przedziału od minimalnej do optymalnej oferta otrzymywała proporcjonalną liczbę punktów. Wybrana przez Zamawiającego oferta przystępującego Lifor Sp. z o.o. uzyskała łącznie 94 punkty: 40 punktów w kryterium „Cena”, 10 punktów w kryterium „Cena roboczogodziny pracy serwisanta”, 4 punkty w kryterium „Okres gwarancji” oraz 40 punktów w kryterium „Jakość urządzenia”.

Oferta Odwołującego była znacznie droższa od oferty przystępującego Lifor Sp. z o.o. (odpowiednio 6.363 660,84 zł i 5.729.832,00 zł). Podobnie w kryterium „Cena jednej roboczogodziny brutto” (odpowiednio 430,50 i 24,60 zł). Jedynie okres gwarancji, zaoferowany przez obu wykonawców był taki sam (37 miesięcy). Jednak ze względu na brak spełnienia minimalnych wymagań jakościowych postawionych przez Zamawiającego (74,17% w zakresie rozpoznawania numerów tablic rejestracyjnych przez moduł ANPR oraz 74,17% w zakresie prawidłowego rozpoznawania wizerunków kierujących osobami), oferta Odwołującego została odrzucona.

Ponieważ Odwołujący w zakresie naruszeń przy ocenie złożonej przez niego oferty podnosi tylko okoliczność przeprowadzenia próby K2 w czasie odbiegających od założeń scenariusza, powtórzenie testów może dotyczyć wyłącznie ww. próby i wyłącznie urządzenia Odwołującego. W ocenie Zamawiającego nawet uwzględnienie odwołania i powtórzenie testów nie może dotyczyć testów przeprowadzonych na urządzeniu zaoferowanym przez przystępującego Lifor Sp. z o.o. i w żaden sposób nie może wpłynąć na liczbę punktów

uzyskaną przez tego wykonawcę. Nawet przy powtórzeniu testów w zakresie próby K2 na urządzeniu Odwołującego, nie jest on w stanie uzyskać łącznie minimalnego poziomu sprawności określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który warunkuje brak odrzucenia oferty wykonawcy.

Wyniki testów przeprowadzone na urządzeniu Odwołującego, dotyczące parametru skuteczności rozpoznawania tablic rejestracyjnych (ANPR) oraz parametru skuteczności rozpoznawania wizerunku kierującego pojazdem, osiągnięte w każdej z przeprowadzonych prób wynoszą (parametr – ANPR – wizerunek): K1 – 14/20 – 12/20; K2 – 14/20 – 12/20; K3 – 15/20 – 14/20; K4 – 15/20 – 12/20; K5 – 14/20 – 19/20; K6 – 17/20 – 20/20; razem $89/120 = 74,16\%$; $89/120 = 74,16\%$.

Z powyższego zestawienia wynika, że nawet gdyby w próbie K2 urządzenie Odwołującego wykazało 100% skuteczności odczytów (tj. 20/20), to w zakresie parametru ANPR (skuteczność rozpoznawania tablic rejestracyjnych), wynik wynosiłby $95/120 = 79,16\%$, natomiast w zakresie parametru związanego ze skutecznością rozpoznawania wizerunku kierującego, wynik wynosiłby $97/120 = 80,83\%$, czyli w obu przypadkach Odwołujący nadal nie osiągnąłby wymaganej wartości minimalnej 90%. A zatem nawet najlepszy wynik skuteczności urządzenia Odwołującego w próbie K2 nie może wpłynąć na zmianę rozstrzygnięcia postępowania nie tylko w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty, ale również w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego.

Co więcej, nawet w przypadku powtórzenia wszystkich testów na urządzeniu Odwołującego i przyznaniu mu maksymalnej liczby punktów w kryterium jakości urządzenia (40 pkt), oferta Odwołującego nadal pozostanie mniej korzystna niż oferta przystępującego Lifor Sp. z o.o. (biorąc pod uwagę zaoferowanie przez Odwołującego znacznie wyższe wartości w obu kryteriach cenowych).

Zatem Odwołujący – na skutek zawężenia zaskarżenia czynności Zamawiającego do odrzucenia złożonej przez niego oferty – nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia, a wskazywane przez niego naruszenia przepisów nie wywołują po jego stronie żadnej szkody. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania czyni co prawda zastrzeżenia co do prawidłowości przebiegu testów w zakresie urządzenia zaoferowanego przez przystępującego Lifor Sp. z o.o., jednak zastrzeżenia te pozostają poza zakresem zaskarżenia i jako takie pozostają bezprzedmiotowe dla sprawy. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Przeprowadzone badanie wyników testów co do oferty przystępującego Lifor Sp. z o.o. było prawidłowe, a jego wynik przekraczał minimalny próg 90%, więc oferta przystępującego Lifor Sp. z o.o. jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

III Stanowisko przystępującego PolCam Systems Sp. z o.o.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca PolCam Systems Sp. z o.o.

Przystępujący poparł stanowisko Odwołującego. Stwierdził, iż wbrew twierdzeniu Zamawiającego tabela ze str. 55 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy urządzeń, które mają być poddawane testom. Czas na skarżenie warunków testu minął. Przystępujący Lifor Sp. z o.o. dokonał modyfikacji w zdjęciach przedstawionych Zamawiającemu, co oznacza, że wprowadził Zamawiającego w błąd i powoduje to konieczność wykluczenia tego wykonawcy, gdyż potwierdził, że wykorzystał urządzenie inne niż to z testów i zaoferowane w ofercie. W ofercie wskazano urządzenie wraz z oferowanym oprogramowaniem. Uważa, że testy powinny być powtórzone.

Stwierdził, iż zgodził się wyłączyć swoje urządzenie, chociaż uważa, że ze strony technologicznej nie było możliwości zakłócania urządzeń konkurencji – ze względu na usytuowanie to raczej jego urządzenie było najbardziej narażone na odbicia fal. Nie zauważył, czy przystępujący Lifor Sp. z o.o. zmienia ustawienia urządzenia, chociaż urządzenie to było sprowadzane na dół po maszcie i pracownicy Lifor Sp. z o.o. uzyskiwali do niego dostęp. Stwierdził, że po południu słońce było mocniejsze, co mogło mieć wpływ na wynik testu.

IV Stanowisko przystępującego Lifor Sp. z o.o.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Lifor Sp. z o.o.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania oraz zakwestionował interes Odwołującego w złożeniu odwołania.

W ocenie Przystępującego, na podstawie podnoszonych przez Odwołującego argumentów nie można uznać, że Odwołujący ma interes prawny w podważeniu skarżonej decyzji. Odwołujący nie wykazał, że gdyby, jak twierdzi, Zamawiający prowadził testy jakościowe w sposób zgodny z przepisami i warunkami przetargu, a także w sposób gwarantujący równe traktowanie wykonawców, to jego oferta byłaby najlepszą ofertą. Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek analizy i dowodów, że w poszczególnych etapach testów jakościowych w stosunku do jego urządzenia została zastosowana wadliwa ocena Zamawiającego. Na tym powinno polegać wykazanie interesu prawnego Odwołującego, czemu Odwołujący nie podołał. Nadto Odwołującego wnosi tylko o uchylenie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu

oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia testów jakościowych, jakie zostały przewidziane w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wnosi o uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ani nie wnosi o ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert, w skład którego wchodził test jakościowy.

Zarzuty Odwołującego w przedmiotowym stanie faktycznym są nie tylko niezasadne, ale również nieuprawnione. Na wykonawcy kwestionującym w postępowaniu odwoławczym przebieg przeprowadzonych testów jakościowo-funkcjonalnych ciąży obowiązek uprawdopodobnienia okoliczności, które wskazuje jako podstawę faktyczną zarzutów. Nie jest wystarczające samo postawienie przez Odwołującego tezy, że określone zasady zostały przez Zamawiającego naruszone, w przypadku gdy Odwołujący wskazuje tylko wybiórczo określone fakty i zataja całościową perspektywę w celu uzyskania dla siebie określonych skutków prawnych.

Zgodnie z punktem 9.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w niniejszym postępowaniu, w ramach badania i oceny ofert, Zamawiający przeprowadzi test jakościowy oferowanych urządzeń, weryfikując czy posiadają one wymagane cechy. Scenariusz testu jakościowego znajduje się w załączniku nr 3. Przeprowadzenie testu jakościowego jest obowiązkowe i odbyć się może tylko jeden raz. Zamawiający nie przewiduje możliwości powtórzenia przeprowadzenia testu jakościowego. W związku z powyższym niestawienie się Wykonawcy do przeprowadzenia testu lub uniemożliwienie zbadania wymaganych cech w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie skutkuje odrzuceniem oferty. Analogicznie, niewykazanie w toku testu jakościowego, iż urządzenie posiada wymagane minimalne cechy skutkować będzie odrzuceniem oferty. Natomiast zgodnie z punktem 9.1.1 po przeprowadzeniu testów urządzenia rejestrującego zostanie sporządzony protokół. Protokół podpisują osoby biorące udział w testach danego urządzenia. Osoby ze strony wykonawcy muszą posiadać pisemne upoważnienia do podpisania protokołu.

Zgodnie z punktem 1.2 załącznika nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Scenariusz testów jakościowo-funkcjonalnych opracowany dla stacjonarnych urządzeń rejestrujących, Zamawiający przeprowadzi testy dla wszystkich zaoferowanych urządzeń rejestrujących w warunkach zbliżonych do rzeczywistych warunków drogowych oraz w zbliżonym do siebie zakresie czasowym dla wszystkich urządzeń. Testy zostaną przeprowadzone w porze dziennej oraz w porze niedostatecznej widoczności (pora nocna). Zakłada się, że zaoferowane urządzenie będzie działać na oczekiwanym poziomie jakości o dowolnej porze dnia i nocy w dowolnych warunkach atmosferycznych. Wyjątkiem są jednak sytuacje, gdy wystąpi jeden z poniższych czynników: a) występuje opad śniegu trwający dłużej niż 50% zakładanego czasu trwania testu, b) warunki atmosferyczne w sposób wyraźny zakłócają prawidłową pracę urządzeń lub/i utrudniają prawidłowy odczyt numerów tablic rejestracyjnych, np.: opady deszczu trwające dłużej niż 50% zakładanego

czasu trwania testu, (widoczność poniżej 30 m), grad (w miejscu pomiarowym), zamglenie (widoczność poniżej 30 m), porywisty wiatr powodujący kołysanie konstrukcji wsporczych na których zainstalowane zostały urządzenia rejestrujące obraz, c) jeżeli w trakcie testu wystąpi dowolny z czynników, który uniemożliwi jego przeprowadzenie, test zostanie przerwany i przeprowadzony ponownie w innym terminie.

Testy jakościowe były przeprowadzane dla wszystkich w takich samych warunkach w czasie bezchmurnego nieba i nasłonecznienia, wszyscy inni wykonawcy mieli takie same warunki. Testy następowały jeden po drugim i słońce mogło przeszkadzać każdemu wykonawcy podczas testów. Słońce było obecne cały czas podczas testów i nie było sytuacji, że inni wykonawcy w czasie testu mieli lepsze warunki pogodowe, tj. bezsłoneczne, a wyjątkowo tylko Odwołujący musiał wykonywać testy w warunkach silnie nasłonecznionych. Ponadto próba oznaczona jako K2 dla urządzenia Odwołującego jako jedyna została wykonana po południu, gdyż za zgodą wszystkich wykonawców na prośbę przedstawicieli Zamawiającego została zrobiona przerwa. Warunki związane z nasłonecznieniem zasadniczo były analogiczne i bardzo zbliżone tak dla tych prób przedpołudniowych, jak popołudniowych. Dodatkowo, po południu wykonywane były także kolejne testy, w których udział brali wszyscy wykonawcy, a padanie promieni słonecznych zbliżone dla pozostałych wykonawców. Żaden z przedstawicieli Odwołującego nie wnosił sprzeciwu co do przeprowadzenia przerwy, a nawet wyraźnie się na to zgodził, kiedy członkowie komisji ze strony Zamawiającego zgłosili się z takim zapytaniem. Na koniec przeprowadzonych testów każdy z wykonawców podpisywał protokół, gdzie była klauzula, że nie wnosi zastrzeżeń do przeprowadzonych testów. Wszyscy wykonawcy podpisali te protokoły, również przedstawiciel Odwołującego. Podpisując protokół z testów strona Odwołująca nie wносиła żadnych uwag i zarzutów co do przeprowadzonego testu K2, a tym samym podnoszenie tego dopiero na etapie odwołania jest spóźnione i nieuprawnione.

Zarzut wpływu brudnych pojazdów biorących udział w testach na równe szanse Odwołującego w testach jest bezpodstawny. Testy odbywały się cały czas i pojazdy ulegały ewentualnemu zabrudzeniu w takim samym stopniu dla wszystkich i urządzenia innych wykonawców także robiły zdjęcia pojazdom ewentualnie ulegającym zabrudzeniu od kurzu. Odwołujący nie wykazał, że testy przez niego prowadzone odbywały się na bardziej brudnych pojazdach, niż wykonywane przez pozostałych wykonawców. Odwołujący w tym zakresie nie wnosil żadnych uwag i zastrzeżeń do komisji, a także podpisał protokół bez uwag na zakończenie testów. Ponadto, jak Odwołujący wyobraża sobie pracę swojego urządzenia w normalnych warunkach drogowych, które płyta lotniska imitowała, skoro zwykły pył i kurz zakłóca pracę jego urządzenia. Przed fotoradarami Odwołującego nie będą stać mobilne myjnie w celu umycia pojazdów tak, aby urządzenie Odwołującego mogło wykonać prawidłowe i czytelne zdjęcia.

Odwołujący i jego przedstawiciele znali postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przeprowadzanych testów, oceny tych testów i skutków z tego wynikających. Jeśli Odwołujący nie wykazał jakichkolwiek wątpliwości, a następnie nie zgłaszał ich do protokołu, to Zamawiający miał wyraźną podstawę do uznania, że Odwołujący nie miał żadnych uwag co do przeprowadzonych testów. Nie po to w testach biorą udział przedstawiciele Odwołującego, aby ich uczestnictwo miało charakter bierny, pozorny. Niewątpliwie także każdy, kto przyjechał, uczestniczył w testach i podpisuje protokół, winien zapoznać się z jego treścią. Jednocześnie Odwołujący winien dać wyraz swoim wątpliwościom w trakcie tych testów, jeśli takowe z jego strony mają miejsce, w szczególności dotyczy to kluczowych kwestii dla oceny złożonych ofert, które mogą skutkować ich odrzuceniem. Obecne stanowisko Odwołującego względem tego, na co przystał poprzez swojego przedstawiciela przy sporządzaniu protokołu podczas testów, budzi uzasadnione wątpliwości, czy nie jest podyktowane tylko strategią procesową.

Co do oceny testów Przystępującego wskazał on, że test 1.8 zgodnie z zapisem 9.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia punkt 10. Minimalne wymagania dla urządzeń rejestrujących, miał zapewnić automatyczne rozróżnianie pojazdów osobowych i motocykli od ciężarowych wraz z odpowiednim zapisem w zestawie danych ewidencyjnych dotyczących każdego z zarejestrowanych wykroczeń. W przypadku testowym 1.6 wykorzystanym do weryfikacji testu o kodzie 1.8 urządzenie MultaRadar CD zarejestrowało 10 zdjęć pojazdów przejeżdżających przez obszar działania urządzenia rejestrującego z prędkościami powyżej progu 51 km/h, zgodnie z konfiguracją przejazdów poszczególnych pojazdów po 4 pasach ruchu podaną przez Zamawiającego. Wszystkie pojazdy zostały prawidłowo zidentyfikowane przez urządzenie jako pojazdy osobowe, co należy uznać za spełnienie warunku określonego w scenariuszu testów. Test przebiegał zgodnie ze scenariuszem podanym przez Zamawiającego, co potwierdza kopia raportów z testu 1.6.

Co do rzekomego niespełnienia warunku rozpoznawalności samochodów ciężarowych oraz okoliczności zmiany parametrów czułości urządzenia, to sytuacja opisana przez Odwołującego była spowodowana występowaniem zakłóceń od urządzenia innego wykonawcy biorącego udział w testach – PolCam Systems Sp. z o.o., którego urządzenie było ustawione 50 m za urządzeniem MultaRadar CD Przystępującego, ze względu na typ zastosowanej w nim anteny śledzącej 3D miało obszar pomiarowy pokrywający się z obszarem pomiarowym urządzenia MultaRadar CD, co w ewidentny sposób wywołało zakłócenia w trakcie testów. W momencie rozpoczęcia testów według scenariusza Zamawiającego urządzenie PolCam powodowało zakłócenia objawiające się brakiem rejestracji pojazdów przez MultaRadar CD. Żeby zaradzić tej sytuacji, za zgodą Zamawiającego i pozostałych uczestników testów, wykonywane były dodatkowe przejazdy,

podczas których Przystępujący modyfikował za zgodą Zamawiającego ustawienie czułości, żeby wyeliminować sytuację braku zapisywania pomiarów, która wcześniej przy pojedynczych przejazdach nie występowała. Następnie na wniosek Przystępującego komisja Zamawiającego zobowiązała wykonawcę PolCam Systems Sp. z o.o. do całkowitego wyłączenia urządzenia w trakcie testów Przystępującego. Wszelkie problemy związane z zakłócaniem urządzenia Przystępującego zostały zgłoszone komisji Zamawiającego podczas trwania testów.

Odwołujący przywołuje w swoim odwołaniu przykłady zdjęć z różnych scenariuszy testowych, w których przedmiotem sprawdzenia nie było automatyczne rozróżnianie pojazdów osobowych i motocykli od samochodów ciężarowych, jakie zrobione były właśnie w trakcie zakłócania urządzenia Przystępującego przez urządzenie wykonawcy PolCam Systems Sp. z o.o., sugerując niesłusznie i bezpodstawnie niską skuteczność rozpoznawalności pojazdów ciężarowych, jednocześnie mając świadomość że Przystępujący zgłosił ww. zakłócenia w trakcie testów, a sam Odwołujący i drugi uczestnik mieli tego świadomość i zgodzili się na częściowe powtórzenie testów urządzenia MultaRadar CD Przystępującego. Obecnie Odwołujący manipuluje faktami, co wskazuje, że działa w złej wierze i nie cofa się przed tym, by treścią odwołania wprowadzać w błąd.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że w większości przypadków następowało zmniejszenie czułości anteny, co mogło mieć wpływ na pogorszenie skuteczności wykrywania pojazdów. Wszystkie pojazdy, także na najbardziej oddalonym pasie, były prawidłowo wykrywane przez urządzenie Przystępującego, nawet przy najniższej czułości anteny. W normalnych warunkach pracy, bez anteny 3D ustawionej 50 m za urządzeniem i zakłócającej pomiary, urządzenie MultaRadar CD pracowałoby na 3. stopniu czułości, nie tylko wykrywając 100% przejazdów, ale również klasyfikując je bezbłędnie.

Zmiana czułości anteny nie ma wpływu na jakość zarejestrowanych zdjęć, a tym samym nie wpływa na poprawność odczytu tablic rejestracyjnych i wizerunek kierującego. Ten parametr może być zmieniany zdalnie na urządzeniu. W tym teście ważniejsze były ustawienia kamery np. przesłony, której nie można zmieniać zdalnie i jedno ustawienie musi zapewniać wykonanie dobrej jakości zdjęć zarówno w nocy, jak i w dzień przy pełnym słońcu.

Wszystkie zmiany czułości urządzenia były zgłaszane przez Przystępującego komisji Zamawiającego i akceptowane przez nią, właśnie z tego powodu, że nie ma to wpływu na jakość wykonywanych zdjęć. Powodem zmian czułości były występujące zakłócenia od anteny 3D ustawionej 50 m od urządzenia Przystępującego, gdzie minimalna odległość zapewniająca brak zakłóceń to 250 m. Z powodu występowania zakłóceń dochodziło do odrzucania pomiarów przez urządzenie Przystępującego, a zmniejszenie czułości powodowało zmniejszenie tego efektu. Przy zachowaniu odpowiednich odstępów nie byłoby konieczności zmiany ustawień.

Odnosząc się do zarzutu rzekomego uchybienia Zamawiającego przy testowaniu urządzeń, które polegało na zaakceptowaniu materiału zdjęciowego wydrukowanego i dostarczonego przez Lifor Sp. z o.o., który nie odpowiadał wersji elektronicznej tych zdjęć oraz nie odpowiadał raportowi robocznemu stworzonemu przez Zamawiającego Przystępujący podkreślił, że materiał zdjęciowy w formie elektronicznej i wydrukowanej są ze sobą zgodne. 13 maja 2020 r. Przystępujący dostarczył Zamawiającemu gotowe raporty z zarejestrowanymi pomiarami wraz z tabelą według wzoru Zamawiającego. Automatyczne rozpoznawanie tablic zostało przeprowadzone na próbcie zarejestrowanych zdjęć z wykorzystaniem tego samego silnika ANPR, który wykorzystywany jest do rozpoznawania tablic przez Odwołującego, a którego dostawcą jest firma Neurosoft. Wszystkie zdjęcia Przystępującego podważane przez Odwołującego zostały przez komisję Zamawiającego słusznie sklasyfikowane jako prawidłowo odczytane przez ANPR, czego potwierdzeniem jest załącznik w postaci raportu wraz ze zdjęciami nr: 4755, 4777, 4945, 4926, 4901, 5059, 5056, 5055, 5054, 5052. Zatem wbrew twierdzeniom Odwołującego nie doszło do żadnych uchybień w zakresie oceny odczytu ANPR. Przystępujący gwarantuje i potwierdza ten sam wynik przeprowadzenia testu ANPR na oryginalnych zdjęciach źródłowych, które zostały przekazane Zamawiającemu po przeprowadzeniu testów i znajdują się w aktach postępowania Zamawiającego. Tym samym Zamawiający przeprowadził tę czynność prawidłowo, zgodnie z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zachowaniem zasady równego traktowania oferentów.

Nie doszło zatem do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Odwołujący nie został potraktowany nierówno czy nieuczciwie, a wszystkie czynności dokonywane przez Zamawiającego odbywały się przy zgodzie i akceptacji Odwołującego i Przystępujących. Oferta złożona przez Odwołującego słusznie została odrzucona i nie było żadnych podstaw, aby uznać, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona.

V Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, jak też, że zaskarżone czynności nie mają wpływu na wynik postępowania, gdyż Odwołujący nie zaskarżył czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Lifor Sp. z o.o., co potwierdza fakt sprecyzowania przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wyłącznie w zakresie odrzucenia

jego oferty i wniósł o uchylenie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający wskazał także, że odstępstwo od scenariusza podczas testów o nie może mieć wpływu na zmianę rozstrzygnięcia postępowania w postaci dokonania wyboru oferty przystępującego Lifor Sp. z o.o. i odrzucenia oferty Odwołującego. Ponadto uwzględnienie odwołania i powtórzenie testów nie może dotyczyć testów przeprowadzonych na urządzeniu zaoficerowanym przez przystępującego Lifor Sp. z o.o. i nie może wpłynąć na liczbę punktów uzyskaną przez tego wykonawcę, a Odwołujący, nawet przy powtórzeniu testów w zakresie próby K2, nie jest w stanie uzyskać łącznie minimalnego poziomu sprawności określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który warunkuje brak odrzucenia oferty wykonawcy. Z przeliczenia zaś punktów dla poszczególnych ofert wynika, że nawet gdyby w próbie K2 urządzenie Odwołującego wykazało 100% skuteczności odczytów, to w zakresie parametru ANPR (skuteczność rozpoznawania tablic rejestracyjnych), wynik wynosiłby 79,16%, a w zakresie parametru skuteczności rozpoznawania wizerunku kierującego – 80,83%, czyli Odwołujący nadal nie osiągnąłby wymaganej wartości minimalnej 90%. Odwołujący w próbie K2 nie osiągnąłby więc minimum, powyżej którego oferta powinna zostać odrzucona. Przy tym nawet w przypadku przyznania Odwołującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium jakości urządzenia, oferta Odwołującego nadal uzyskałaby mniej punktów niż oferta przystępującego Lifor Sp. z o.o.

Art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, 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 niniejszej ustawy. Z kolei, zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych) czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika natomiast dyspozycja, zgodnie z którą Izba uwzględnia odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W orzecznictwie przyjmuje się jednoznacznie, że wykonawca, którego oferta została odrzucona, ma interes we wniesieniu odwołania, jeśli uważa, że działanie zamawiającego było nieprawidłowe i niezgodne z przepisami, nawet jeśli w konsekwencji niekoniecznie zajmie pierwsze miejsce w rankingu ofert. Do chwili podpisania umowy postępowanie bowiem wciąż nie jest zakończone i inni wykonawcy, niż pierwotnie wybrany, nie utracili jeszcze definitywnie szansy na uzyskanie zamówienia.

Czym innym natomiast jest wpływ rozstrzygnięcia Izby na wynik postępowania przetargowego. Jak wskazał Zamawiający – co nie było kwestionowane – gdyby Odwołujący nawet otrzymał maksymalną liczbę punktów za kwestionowany test K2, czy też wszystkie testy, jego oferta wciąż nie stałaby się ofertą najlepiej ocenioną. W tym wypadku Izba mogłaby stwierdzić więc, że co prawda zarzuty w tym zakresie są słuszne, lecz dopóki istnieje możliwość zawarcia umowy z przystępującym Lifor Sp. z o.o., nie ma to wpływu na wynik postępowania przetargowego – i oddalić odwołanie. Jest to jednak już ostatnia konkluzja wyrokowania, którą poprzedza merytoryczne odniesienie się do zarzutów. Sytuacja taka mogłaby też mieć miejsce, gdyby odwołanie dotyczyło ofertę Odwołującego, bez odniesienia się do oferty uznanej za najkorzystniejszą.

Trzecią sporną kwestią formalną był zakres zaskarżenia odwołaniem czynności Zamawiającego, ze względu na to, że zarzuty i żądania odwołania nie pokrywały się z argumentacją zawartą w jego uzasadnieniu. Pierwsze bowiem wskazują na naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przeprowadzenie testów jakościowych w sposób dyskryminujący Odwołującego oraz ustalenie wyników na podstawie części (a nie całego) zgromadzonego materiału dowodowego, co doprowadziło do niezgodnego z ustawą Prawo zamówień publicznych odrzucenia oferty Odwołującego, w wyniku czego Odwołujący wniósł o uchylenie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia testów jakościowych. W uzasadnieniu Odwołujący natomiast wskazał na nierówne traktowanie jego i wybranego wykonawcy – przystępującego Lifor Sp. z o.o. oraz podstawy do odrzucenia oferty przystępującego Lifor Sp. z o.o. stwierdzając jednocześnie na stronie 6. odwołania, że oferta ta nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinna zostać odrzucona.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Co do zasady, i poprawnie, zarzuty i żądania formułowane są na wstępie odwołania, a uzasadnienie, jak nazwa wskazuje, służy przedstawieniu argumentacji na ich poparcie. Jednak w przypadku braku zastosowania tego schematu i tego typu wątpliwości, jak zaistniały w niniejszym odwołaniu, przyjmuje się, że zarzutem jest wynikająca z odwołania czynność/czynności lub zaniechanie/zaniechania zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, które można wywnioskować z całej treści odwołania, opisana na tyle jasno, by zamawiający mógł stwierdzić, czy zarzucane mu uchybienia rzeczywiście nastąpiły i ewentualnie uwzględnić odwołanie, by je naprawić.

W niniejszym odwołaniu – jak wynika z jego treści – Odwołujący zarzucił nieprawidłowe przeprowadzenie testu w ramach próby K2 w stosunku do jego oferty oraz nieprawidłowy przebieg i ocenę testu w stosunku do przystępującego Lifor Sp. z o.o., z powodów tam wskazanych, od str. 3 odwołania, które, według niego, powinny skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy. Na tej podstawie Zamawiający mógł zweryfikować, czego dotyczą zastrzeżenia Odwołującego w tym zakresie (oferty przystępującego Lifor Sp. z o.o.) i czy są słuszne. W związku z powyższym Izba uznała, że, pomimo braku wskazania na wstępie odwołania, Odwołujący postawił w tym zakresie zarzut, iż „oferta Lifor Sp. z o.o. nie spełnia wymagań wynikających z SIWZ i powinna zostać odrzucona, jednak na skutek nieuczciwego i nierównego potraktowania przez zamawiającego wykonawców została wybrana jako najkorzystniejsza”. W zasadzie koreluje to również z pierwszą częścią zarzutu: „naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przeprowadzenie testów jakościowych przewidzianych w celu weryfikacji wymagań technicznych i funkcjonalnych oferowanych urządzeń rejestrujących w sposób dyskryminujący Odwołującego oraz ustalenie wyników na podstawie części (a nie całego) zgromadzonego materiału dowodowego”. O ile jeszcze bowiem część pierwszą zarzutu można odnieść do Odwołującego (późniejsza godzina testu), to ustalenie wyników na podstawie części zgromadzonego materiału dowodowego było podnoszone w zakresie oceny testu w zakresie przystępującego Lifor Sp. z o.o.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przebieg testów, materiały przygotowane przez wykonawców po przeprowadzeniu testów) nie jest sporny między Stronami i Przystępującymi. Przy czym Izba stwierdziła, że te ostatnie również nie są sporne jako takie, a jedynie Odwołujący – jak wskazano – ich nie otrzymał podczas zapoznania się z dokumentacją postępowania przetargowego (otrzymał wcześniejszą wersję, do której się odniósł).

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępujących przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera naczelne zasady zamówień publicznych wskazując, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Natomiast zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki (inne niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe, o których mowa w punkcie 1. i 2. tego przepisu), polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Z ustaleń poczynionych podczas rozprawy wynika następujący przebieg testu.

Zamawiający wskazał, że testy odbyły się 8 maja 2020 r. oraz w nocy z 8 na 9 maja 2020 r. Pogoda w tym dniu była słoneczna, prawie bezchmurna, słońce świeciło z boku – poza samym popołudniem – nie powinno było więc oślepiać urządzenia. Także wykonawcy podczas testów nie zgłaszali, żeby słońce było zbyt agresywne. Dla Zamawiającego nie miało to znaczenia, ponieważ wymagał działania urządzeń w każdych warunkach pogodowych. Urządzenia wykonawców zostały rozstawione w odległości 50 m od siebie, na pasie lotniska i były włączone równocześnie (przed zmianą). Założeniem było, że za jednym przejazdem testowym każde urządzenie będzie rejestrowało ten przejazd i tak się odbywało, póki wykonawcy nie zaczęli zgłaszać zastrzeżeń technicznych. Pierwszy zgłosił Odwołujący podczas próby K1 wskazując, że ma problemy z detekcją, ale nie wyjaśniając, z jakich powodów. Następnie zgłosił przystępujący Lifor Sp. z o.o. stwierdzając, że wynika to prawdopodobnie z zakłóceń powodowanych przez urządzenie przystępującego PolCam Systems Sp. z o.o., które jest za blisko. W związku z powyższym podjęto decyzję o wyłączeniu urządzenia przystępującego PolCam Systems Sp. z o.o. i po tym wyłączeniu przystępujący Lifor Sp. z o.o. zgłosił, że zakłócenia ustały, a Odwołujący nie zgłosił niczego. Zamawiający założył więc, że urządzenia działają poprawnie. Z tego powodu Zamawiający dokonał modyfikacji założeń testu – osobno zostały przeprowadzone testy dla Odwołującego i przystępującego Lifor Sp. z o.o., a osobno dla przystępującego PolCam Systems Sp. z o.o. Według Zamawiającego różnica w pogodzie i w czasie testów nie była istotna, chodziło mu o to, żeby otrzymać miarodajne wyniki, a nie sztywno trzymać się scenariusza testowego i poodrzucać wykonawców. Zamawiający planował rozpoczęcie testów o godzinie 9., ale wykonawcy zgłaszali brak gotowości, dlatego rozpoczęły się około godz. 10. Zamawiający w trakcie testu spytał wykonawców, czy ze względu na fakt, że testy nie skończyły się przed

południem, mają być zakończone i wznowione następnego dnia, czy też kontynuowane. Wykonawcy stwierdzili, że powinny być kontynuowane. Według Zamawiającego warunki po południu nie były gorsze niż wcześniej, były takie same, co potwierdzają przedstawione przez niego zdjęcia obrazujące pogodę przed i po południu. W czasie testów, ok. godziny 14. zarządzono przerwę obiadową trwającą ok. 30 minut. Jeśli chodzi o kolejność testów, Zamawiający nie pamięta, dlaczego firmy były w takiej kolejności, wynikało to z kolejności zgłaszania gotowości i wykonawcy sami ustalili kolejność. Przedstawił zestawienie godzin rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych testów, przy czym, jeśli chodzi o test K2, dla przystępującego PolCam Systems Sp. z o.o. trwał on 11:44 – 12:07, dla przystępującego Lifor Sp. z o.o. 12:33 – 13:29 i dla Odwołującego 14:49 – 15:38. Zamawiający wyjaśnił, że godziny przeprowadzenia testów K2 powiązane były z godzinami zakończenia testów K1. Przystępujący PolCam Systems Sp. z o.o. skończył wcześniej test K1, zatem najwcześniej przeszedł do testu K2. Jeśli chodzi o przystępującego Lifor Sp. z o.o., to podczas testu K1 zaczął on zgłaszać zakłócenia; testy było trzeba przerwać, wyłączyć urządzenia przystępującego PolCam Systems Sp. z o.o. i, prawdopodobnie, Odwołującego. Dopiero można było wrócić do testów przystępującego Lifor Sp. z o.o., które skończyły się o 13:22. Ze względu na to, że firma ta miała włączone urządzenie, od razu przystąpiła do testu K2.

Odwołujący i obaj Przystępujący potwierdzili taki przebieg testu.

Odwołujący dodał, iż przy teście K1 zauważył, że urządzenie źle działa na pasie 4., dlatego zostały powtórzone przejazdy dla testu K1 – po wyłączeniu urządzenia przystępującego PolCam Systems Sp. z o.o. Zauważył, że w trakcie próby przystępującego Lifor Sp. z o.o. w ramach testu K1 przestawia on urządzenie (czułość anteny). Próba K1 została zakończona o 11. Zamawiający oficjalnie zakończył test K1 i zaczął K2, dlatego w odwołaniu Odwołujący wskazał, że zdjęcia z jednej próby zostały wykorzystane przy innej. Podkreślił, że przy teście K2 przystępujący Lifor Sp. z o.o. przedstawił czułość anteny, choć urządzenie przystępującego PolCam Systems Sp. z o.o. zostało wyłączone przy teście K1 tak, że przestawienie nastąpiło przy testach K3 i K6. Stwierdził, że godzina 14. była niekorzystna, ponieważ słońce mocno odbijało się od szyb, zatem trudno było zidentyfikować twarz kierowcy, a także światło odbijało się od płyt drogowych lub innego elementu, zatem program rozpoznający tablicę zrobił literówkę. Potwierdza to zdjęcie pojazdu z widocznym blaskiem na tablicy.

Przystępujący PolCam Systems Sp. z o.o. stwierdził, iż zgodził się wyłączyć swoje urządzenie, chociaż uważa, że ze strony technologicznej nie było możliwości zakłócania urządzeń konkurencji, ze względu na usytuowanie to raczej jego urządzenie było najbardziej narażone na odbicia fal. Nie zauważył, czy przystępujący Lifor Sp. z o.o. zmienia ustawienia urządzenia, chociaż urządzenie to było sprowadzane na dół po maszcie i pracownicy firmy

Lifor uzyskiwali do niego dostęp. Stwierdził, że po południu słońce było mocniejsze, co mogło mieć wpływ na wynik testu.

Przystępujący Lifor Sp. z o.o. dodał do stanowiska przystępującego PolCam Systems Sp. z o.o., że radary można ustawić na różnych kanałach, ale należy wziąć pod uwagę moc sygnału anteny radarowej. Urządzenia oferowane przez przystępującego Lifor Sp. z o.o. i Odwołującego działają na zasadzie anteny Dopplera, która wysyła wiązkę w jednym kierunku, natomiast urządzenie przystępującego PolCam Systems Sp. z o.o. jako antena 3D wysyła sygnał w różnych kierunkach, dlatego anteny przystępującego Lifor Sp. z o.o. i Odwołującego nie zakłócały innych urządzeń, natomiast antena 3D tak. Przystępujący nie wiedział, co było przyczyną zakłóceń, dlatego urządzenie było ściągane z masztu. Konsultował się też z producentem. Początkowo zakładał, że przyczyną mogą być pojazdy powracające, a następnie, że antena 3D, gdyż tak odpowiedział producent. Zmieniał czułość anteny, ponieważ nie wiedział, co się dzieje. Podkreślił jednak, że czułość anteny nie ma wpływu na funkcję odczytywania tablic rejestracyjnych czy twarzy kierowcy, tylko prędkości. Na badane funkcje ma wpływ optyka. Stwierdził, iż poprzedniego dnia podczas prób urządzenie działało bez zarzutów, nawet przy urządzeniu przystępującego PolCam Systems Sp. z o.o., problemy pojawiły się, gdy trzy urządzenia zostały włączone jednocześnie. Stwierdził, że jest powszechnie znane, że urządzenia nie mogą być blisko siebie usytuowane, muszą zachować minimum 250 metrów odstępu.

Zamawiający stwierdził, iż w scenariuszu testowym nie wykluczył możliwości zmiany parametrów podczas testów. Punkt 9.3 ppkt 8. tabeli zamieszczonej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mówiący o braku konieczności zmiany ustawienia, odnosi się do ostatecznej konfiguracji urządzenia dostarczonego, chodziło głównie, by nie zmieniać konfiguracji między dniem a nocą. W warunkach testowych wykonawcy dostali czas na ostateczną konfigurację, lecz z nią nie zdążyli (dlatego test rozpoczął się później), a inne niedociągnięcia wyszły, gdy zaczął się test. Podczas prób wykonawcy posługiwali się bowiem pojedynczymi pojazdami, a problemy rozpoczęły się, kiedy tych pojazdów było więcej. Według Zamawiającego zmiana czułości nie była kluczowa i gdyby przystępujący Lifor Sp. z o.o. zgłosił, że takiej zmiany dokonuje, Zamawiający by się zgodził. Testy były przeprowadzane „na żywo”, zatem występowały w nich różne okoliczności, które należało rozwiązać *ad hoc*. Zamawiający sam nie jest w stanie ocenić, czy do zakłócenia doszło, czy nie. Wykonawcy bezpośrednio po zakończeniu całości testów przekazali pendrive'y z zarejestrowanym przebiegiem testów, natomiast wydruki dostarczyli 2-3 dni później i na tym materiale Zamawiający pracował dokonując oceny. Przystępujący Lifor Sp. z o.o. przedstawił zaraz po testach segregator roboczy, do którego odniósł się Odwołujący w odwołaniu, natomiast później przedstawił segregator z uporządkowanymi materiałami. Zamawiający zakładał, że wydruki zostaną dostarczone zaraz po testach, jednak zakończyły

się one późno w nocy, osoby były już zmęczone, dlatego odłożono to w czasie. Zamawiający stwierdził, iż porównywał materiał wydrukowany z materiałem z pendrive'ów i się on zgadzał u wszystkich wykonawców. Podkreślił, że na koniec przeprowadzenia testów wykonawcy podpisali protokół i nikt nie zgłaszał zastrzeżeń.

Zamawiający wyjaśnił też, że podczas próby K1 zepsuł się samochód ciężarowy, który musiał zostać wymieniony, dlatego test K1 dla przystępującego Lifor Sp. z o.o. został dokończony później. Odwołujący stwierdził, że nie otrzymał informacji o powtórzeniu testu K1 dla przystępującego Lifor Sp. z o.o., natomiast zauważył, że zepsuła się ciężarówka i przyjechała nowa. Zamawiający sprostował, iż test nie był powtarzany tylko kończony, a o wszystkich zmianach wykonawcy byli powiadamiani.

Jak wynika z treści odwołania, jego zarzuty dotyczą przebiegu testu jakościowo-funkcjonalnego sprawdzającego sposób działania oferowanych przez wykonawców urządzeń rejestrujących. Podstawą postawionych zarzutów jest nierówne traktowanie podczas testów Odwołującego, którego oferta została w efekcie odrzucona, i przystępującego Lifor Sp. z o.o., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Po zapoznaniu się z opisem przebiegu testu, który to przebieg nie był sporny, Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył w jego trakcie obowiązku równego traktowania wykonawców wynikającego z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie naruszył także w sposób nieakceptowalny zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Scenariusza testów jakościowo-funkcjonalnych opracowanych dla stacjonarnych urządzeń rejestrujących”, choć nie wszystkie testy przebiegły zgodnie z zamierzeniami.

Przede wszystkim jednak odstępstwa te nie wynikały z przyczyn dotyczących Zamawiającego, lecz od niego niezależnych, jak też z przyczyn dotyczących wykonawców (z których jednak żadna nie była tego typu, by miała wykluczyć wykonawcę z udziału w teście). Były to głównie: opóźnienie wynikające z braku gotowości wykonawców do rozpoczęcia testów o wyznaczonej godzinie z powodu problemów z przygotowaniem urządzeń do testów, wzajemne zakłócanie się urządzeń oraz awaria samochodu ciężarowego, który miał służyć do testów.

Przy tym Izba nie stwierdziła, by wskazanie na zakłócanie pracy urządzenia przystępującego Lifor Sp. z o.o. przez urządzenie sąsiednie miało być nieprawdziwe. Przede wszystkim mało prawdopodobne jest, by przystępujący Lifor Sp. z o.o., który uzyskał wysoką liczbę punktów w innych kryteriach, chciał ryzykować dyskwalifikacją z testów lub ich negatywnym przebiegiem poprzez ponowne ustawianie testowanego urządzenia w trakcie testów, zwłaszcza że wykonawcy przed ich rozpoczęciem dostali czas na przygotowanie i przeprowadzenie własnych prób.

Poza tym zarzuty dotyczą zachowania Zamawiającego, któremu w tym wypadku nie można przypisać wadliwego zachowania – jakkolwiek testy nie przebiegały dokładnie zgodnie z założeniami przewidzianymi w scenariuszu, to Zamawiający starał się na bieżąco reagować na zaistniałe sytuacje, dostosowując się do okoliczności faktycznych. Jego działaniom i decyzjom zaś nie można przypisać cechy nierównego traktowania wykonawców. Skoro też nie udało się przeprowadzić testu zgodnie z założeniami Zamawiającego, tj. równocześnie w stosunku do wszystkich wykonawców, oczywiste jest, że któryś z wykonawców musiał być pierwszy, a któryś ostatni i nie można tego uznać za ich nierówne traktowanie.

Jak wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, próba K2 miała polegać na dokonaniu symulacji 20 przejazdów pojazdami testowymi (grupą pojazdów) przez obszar detekcji, zarejestrowanych w porze dziennej przed południem w określonych wariantach.

Odwołujący swoje nierówne traktowanie powiązał z przeprowadzeniem próby K2 swojego urządzenia o godzinie późniejszej niż założona (po godz. 14 zamiast przed południem).

Jednak, jak wyjaśnił Zamawiający, było to skutkiem opóźnień w przebiegu wcześniejszych prób, które to opóźnienia nie wynikały z jego winy. Zamawiający także pozostawił wykonawcom decyzję, czy test kontynuować, czy też przełożyć na kolejny dzień. Wykonawcy zdecydowali się test kontynuować, z czego można wnioskować, że uznali, iż warunki pogodowe, w tym intensywność promieni słonecznych, nie są niesprzyjające.

Nie ma też żadnych dowodów, że niepomyślny dla Odwołującego wynik testu wynikał z faktu, że został on przeprowadzony po godzinie 14, jak też, że w tym czasie panowały szczególnie niepomyślne warunki pogodowe, których nie było o wcześniejszej porze. Przeciwnie – jak wskazał Zamawiający, wyniki testów urządzenia Odwołującego w poszczególnych próbach prowadzonych przed południem, były na tym samym poziomie: K1 – 14/20 – 12/20; K2 – 14/20 – 12/20; K3 – 15/20 – 14/20; K4 – 15/20 – 12/20; K5 – 14/20 – 19/20; K6 – 17/20 – 20/20.

Z przedstawionych zdjęć i opisu dnia wynika, że pogoda tego dnia była stabilna. Był to również początek maja, a nie np. grudzień, kiedy to różnica pomiędzy oświetleniem przedpołudniowym a popołudniowym rzeczywiście może być znacząca.

Jak też wskazał Zamawiający, problem z rozpoznaniem twarzy czy tablicy rejestracyjnej nie wynikał z nieprawidłowego oświetlenia na zdjęciu, które samo w sobie uwidaczniało postać i numer.

Jeśli zaś chodzi o kurz i brud na pojeździe – są to naturalne warunki drogowe. Zatem wszelkie tego typu niedogodności dotyczyły wszystkich wykonawców i wynikały z warunków naturalnych.

Należy też zauważyć, że próba K2 była drugą próbą w kolejności scenariusza i niezależnie od tego, że kolejność przeprowadzania poszczególnych prób uległa pewnej zmianie, była próbą prowadzoną na początku testu, przy ładnej pogodzie, więc zabrudzenie pojazdów nie mogło być tak znaczne, by miało wpływać na wynik prób. Nie było to np. błoto zasłaniające tablice.

Odwołujący też w żaden sposób nie wykazał, w jakim stopniu ono nastąpiło i jaki miało wpływ na wynik próby – podobnie jak w przypadku nadmiernego słońca. Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że „sposób przeprowadzenia testu urządzenia Odwołującego mógł mieć wpływ na skuteczność zarejestrowania numeru tablicy rejestracyjnej pojazdów oraz wizerunku kierującego”, co jest daleko niewystarczające.

Przede wszystkim jednak, jak już Izba zauważyła poprzednio – przebieg testu był czynnością faktyczną i techniczną, istniejącą „tu i teraz”, zatem wszelkie tego typu uwagi, odnoszące się do okoliczności, które mogły fałszować lub wpływać na wynik testu, należało zgłaszać Zamawiającemu na bieżąco. Poza tym uwagi do scenariusza testów, typu wnioski o umycie pojazdów przed każdą kolejną próbą, można było zgłaszać Zamawiającemu już na etapie zapoznania się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Jak wskazał Odwołujący w odwołaniu, Zamawiający zobowiązany był przeprowadzić testy dla wszystkich zaoferowanych urządzeń rejestrujących w warunkach zbliżonych do rzeczywistych warunków drogowych oraz w zbliżonym do siebie zakresie czasowym dla wszystkich urządzeń. Zamawiający w taki sposób test przeprowadził, tj. w warunkach zbliżonych do rzeczywistych warunków drogowych (w tym słońce, kurz i brud) oraz w zbliżonym do siebie zakresie czasowym (nawet jeśli trwał on dłużej niż zakładano). Test urządzenia Odwołującego nie odbył się też w innych warunkach pogodowych – ewentualne rozbłyski słońca czy jego zajście za chmury w danej chwili były okolicznością niezależną od Zamawiającego i często przypadkową, mogły też nastąpić w dowolnej chwili – tak samo przed południem, jak i po południu. Natomiast zmiana położenia Słońca względem Ziemi nie powinna być zaskoczeniem i powinna być rozważona przez Odwołującego w trakcie trwania testu, a nie dopiero kilka tygodni później.

Dodatkowo, jak wskazał Zamawiający, jego wymaganiem było, by urządzenia działały w każdych warunkach pogodowych, a warunki pogodowe tego dnia – czy to przed południem, czy po południu – były raczej standardowe.

Co do przebiegu i badania wyników testu urządzenia rejestrującego przystępującego Lifor Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że również w tym przypadku – w zakresie badanym w ramach niniejszego odwołania – przebieg testu i decyzje podejmowane przez Zamawiającego w jego

trakcie należy uznać za poprawne, nawet jeśli okoliczności faktyczne spowodowały konieczność modyfikacji założeń scenariusza.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że oferowane urządzenia mają posiadać zdolność rejestracji naruszeń w ruchu drogowym na co najmniej czterech pasach ruchu niezależnie od tego, po którym pasie porusza się mierzony pojazd, bez konieczności zmiany ustawień i konfiguracji urządzenia rejestrującego.

Jest to, jak wskazał Zamawiający, wymóg dotyczący dostarczanych urządzeń – ale, w ocenie Izby, mający znaczenie także dla samego testu. Jeśli to bowiem jest wymóg dla samego urządzenia, to także podczas testu sprawdzającego jego jakość i zgodność z wymaganiami Zamawiającego, powinien być zachowany i wykazany (wykazany nie w znaczeniu odrębnej próby, jeśli Zamawiający jej nie przewidział w scenariuszu testów, lecz poprzez ogólny przebieg testu).

Nie było sporne, że podczas trwania przejazdów przystępujący Lifor Sp. z o.o. dokonywał manualnej zmiany parametrów pracy anteny radarowej urządzenia, w szczególności parametru czułość anteny. Wynikało to, jak wyjaśnił, ze szczególnych warunków przeprowadzenia testu, tj. bliskiej obecności innych urządzeń, które wpływały na pracę jego urządzenia (50 metrów), podczas gdy zgodnie z zaleceniami producenta urządzenia, odległość ta nie powinna być mniejsza niż 250 metrów. Okoliczność ta nie została ujawniona przed rozpoczęciem testu. Była to więc wada techniczna samego testu, nie wynikająca ani z winy Zamawiającego, ani z winy przystępującego Lifor Sp. z o.o., ani z winy pozostałych wykonawców, która musiała być rozwiązana i usunięta na bieżąco podczas trwania testu.

Przystępujący Lifor Sp. z o.o. był przy tym w o tyle gorszej sytuacji, że jego urządzenie usytuowane było bliżej urządzenia przystępującego PolCam Systems Sp. z o.o., które było podejrzewane o powodowanie zakłóceń, a przy tym pomiędzy dwoma urządzeniami pozostałych wykonawców.

Zamawiającemu w tym zakresie nie można zarzucić decyzji faworyzującej czy dyskryminującej któregoś z wykonawców. Jak wynika z opisu przebiegu testu, Zamawiający tak samo reagował na zgłoszenia wszystkich wykonawców – także Odwołującego, który również zgłaszał zakłócenia, choć w mniejszym stopniu – oraz starał się, by test przebiegał prawidłowo po względem technicznym.

Jak też wskazano podczas rozprawy, sama zmiana czułości anteny nie miała wpływu na kwestionowaną próbę, lecz, co najwyżej detekcję prędkości, do której to funkcji urządzenia zarzuty się nie odnoszą.

Odwołujący wskazał jako zarzut odwołania, że w zakresie testu urządzenia przystępującego Lifor Sp. z o.o. w ramach próby urządzenia pod kątem automatycznego rozróżniania

pojazdów osobowych i motocykli od samochodów ciężarowych (kod testu 1.8 scenariusza testów) materiał zdjęciowy wytworzony i przekazany w ramach przypadku testowego o kodzie 1.6 został użyty jako materiał do weryfikacji testu o kodzie 1.8 – jednak to wynika ze scenariusza testów zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. I jedyną kwestią, która mogłaby być wątpliwa, jest rezygnacja z wykorzystania w ramach próby o kodzie 1.8 scenariusza testów materiału zdjęciowego wytworzonego w ramach próby o kodzie 1.6, który, zgodnie ze scenariuszem testu o kodzie 1.8, miał być w tym teście wykorzystany.

Nie jest to jednak sytuacja, która wymagałaby powtórzenia samego testu – co najwyżej weryfikacji dokumentacji z tego testu. Jednak z przedstawionego opisu testu nie wynika, by ta poprawka miała wpływ na jego wynik. Trudno też stwierdzić, by mogła skutkować negatywnym wynikiem testu, gdyż, jak wskazał Odwołujący, w materiale zdjęciowym wytworzonym dla przypadku testowego 1.6 nie ma pojazdów ciężarowych. Zamawiający wyjaśnił, że zrezygnował z tej próby ze względu na opóźnienia oraz stwierdzenie podczas innych prób, że taka funkcja jest realizowana przez urządzenie.

Jest to błąd w przebiegu testu, ale może skutkować co najwyżej tym, że w konsekwencji nie dokonano sprawdzenia działania lub niedziałania tej funkcji (w próbie 1.6 nie było samochodów ciężarowych), co nie może obciążać wykonawcy. Nie może być też z tego powodu podstawą powtórzenia testu, co do którego Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że jest niepowtarzalny.

Kolejną z kwestii podniesionych przez Odwołującego było rozpoznanie tablic rejestracyjnych pojazdów. Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z punktem 1.7 scenariusza testów, tablica rejestracyjna jest uznawana za rozpoznaną poprawnie, jeżeli wybrany wariant z automatycznego rozpoznawania zgadza się literalnie co do liczby znaków oraz ich wartości z wynikiem wskazanym przez zespół testowy Zamawiającego (w skrócie, czy litery i cyfry na tablicy, składające się na numer rejestracyjny, zostały rozpoznane prawidłowo).

Kwestia ta związana jest z dwiema okolicznościami. Po pierwsze, z materiałem przekazanym Zamawiającemu przez wykonawców. Jak zostało wyjaśnione podczas rozprawy, materiały te miały zostać przekazane Zamawiającemu przez poszczególnych wykonawców zaraz po zakończeniu testu, lecz w praktyce okazało się, że ze względu na późne zakończenie testów jedynie przystępujący Lifor Sp. z o.o. był w stanie materiały te przekazać i to w raczej roboczej wersji. Przy czym materiały te sporządził pracownik producenta urządzenia, który miał je opracować także dla Odwołującego, lecz nie zdołał. Zatem Zamawiający uzgodnił z wykonawcami, że wymagane materiały zostaną dostarczone przez wykonawców później. Wszyscy wykonawcy takie materiały dostarczyli, włącznie z przystępującym Lifor Sp. z o.o.

Zamawiający, jak wskazał, badał materiały dostarczone przez wykonawców w późniejszym terminie, także w stosunku do przystępującego Lifor Sp. z o.o., natomiast Odwołujący w odwołaniu odniósł się do materiałów złożonych przez tego wykonawcę zaraz po zakończeniu testów, które znajdowały się w dokumentacji postępowania, lecz których Zamawiający nie oceniał.

Izba stwierdziła, że takie działanie Zamawiającego nie narusza równego traktowania wykonawców, którzy zostali przez Zamawiającego potraktowani w jednakowy sposób, nawet jeśli okoliczności faktyczne (przedłużające się testy), spowodowały, że materiały te nie mogły być dostarczone zgodnie z założeniami, od razu po zakończeniu testów.

Należy podkreślić, że Odwołujący swoje odwołanie oparł na nierównym traktowaniu wykonawców. Tymczasem w ocenie Izby nie byłoby równym traktowaniem w stosunku do przystępującego Lifor Sp. z o.o. badanie materiałów przedstawionych przez niego, jako jedyne, w pośpiechu, podczas gdy innym wykonawcom Zamawiający pozwoliłby złożyć materiały w terminie późniejszym.

Przy tym Izba nie badała drugiej okoliczności związanej z opracowanymi materiałami – jako nie wchodzącej w zakres odwołania – tj. wynikającej z informacji zawartych w piśmie firmy Neurosoft Sp. z o.o., które przedstawił podczas rozprawy przystępujący Lifor Sp. z o.o. W piśmie tym, w zakresie zastosowanej przez tę firmę procedury weryfikacji jakości ARTR (automatycznego rozpoznawania tablic rejestracyjnych), stwierdzono, że ze względu na to, że w scenariuszu testów stanowiącym część specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie został dokładnie sprecyzowany przebieg procedury testowania wyników ARTR, na podstawie tego scenariusza protokół z jakości rozpoznawania tablic rejestracyjnych został sporządzony przez tę firmę *post factum*, na podstawie wykonanych podczas testów zdjęć, przy wykorzystaniu najnowszej wersji oprogramowania NeuroCar Shot. Tego typu procedura była konieczna, ponieważ do rejestracji przejazdów na poligonie wykorzystywane było urządzenie NC Comm poprzedniej generacji (przygotowane do postępowania przetargowego z 2012 r.), z wbudowaną starszą wersją oprogramowania NeuroCar Shot. W aktualnym postępowaniu istotnie zmienione zostały wymagania odnośnie identyfikacji pojazdów, konieczne było więc przygotowanie nowej wersji urządzenia NC Comm (służącego do automatycznego rozpoznawania tablic rejestracyjnych), które na dzień przeprowadzanych testów nie było jeszcze gotowe. Zgodnie z wymogami PFU do aktualnego postępowania firma przygotowała nową wersję oprogramowania NeuroCar Shot, która spełnia wszystkie wymagania i wersja ta została wykorzystana do przetworzenia zebranych podczas testów na poligonie pomiarów. Taka sama procedura przygotowania raportu została zastosowana także w stosunku do Odwołującego.

Kwestia ta jest nową okolicznością, nie objętą zarzutami identyfikowanymi w sposób wskazany powyżej. Tym samym, zgodnie z zakazem wynikającym z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie mogła orzec w tej kwestii. Zatem już do Zamawiającego należy stwierdzenie, czy powyższe jest zgodne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy jednak zauważyć, że kwestia ta nie jest związana z samym przebiegiem testu i nie wymaga ponowienia prób testowych, lecz z jego późniejszą weryfikacją według dokumentacji.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych. Izba nie przyznała Zamawiającemu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, o które wnioskował w odpowiedzi na odwołanie wobec zmiany tego wniosku podczas rozprawy.

Przewodniczący: