

Sygn. akt: KIO 2154/19

WYROK
z dnia 8 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Osiecka**
Członkowie: **Anna Packo**
 Aleksandra Patyk

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2019 r. przez wykonawcę **K. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EUTRA K. R. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku**

przy udziale wykonawcy **Manbroker Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części 1, 2, 3, 4, 5 oraz 6, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ww. częściach, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Manbroker Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EUTRA K. R. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego - **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku** na rzecz wykonawcy **K. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EUTRA K.R. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 617 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przeprowadzenie w ramach Generalnego Pomiaru Ruchu 2020, bezpośrednich pomiarów ruchu drogowego na odcinkach pomiarowych dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Białymstoku w podziale na 6 części*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 148-364943.

W dniu 24 października 2019 r. wykonawca K. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EUTRA K. R. z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie części 1-6 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Manbroker Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, dalej „Manbroker”, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu w zakresie części 1-6 zamówienia: odrzucenia oferty Manbroker, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazywał, że z postanowień SIWZ wynikał obowiązek, aby wykonawca przedstawił co najmniej próbki prezentujące ruch pojazdów: w nocy ze sztucznym oświetleniem w przekroju jednojezdniowym, w nocy bez sztucznego oświetlenia w przekroju jednojezdniowym, włączenie lub wyłączenie oświetlenia w przekroju jednojezdniowym (okres przejściowy - wieczorem lub rano). Jeżeli wykonawca zamierza wykonywać pomiary na drogach dwujezdniowych za pomocą jednej kamery powinien przedstawić powyższe trzy rodzaje nagrań również dla przekroju dwujezdniowego, co nie zwalnia z obowiązku przedstawienia nagrań dla przekroju jednojezdniowego. Te są w każdym przypadku obowiązkowe.

Odwołujący wskazywał, że wykonawca Manbroker w oświadczeniu o spełnieniu wymagań przez urządzenia wideorejestracji i nagrania zgłoszone w ofercie zadeklarował, że będzie prowadził na drogach dwujezdniowych pomiar z wykorzystaniem jednej kamery przy zachowaniu pełnej widoczności i czytelności wszystkich pasów ruchu, pozwalającej na

zarejestrowanie wszystkich pojazdów w przekroju pomiarowym i ich jednoznaczne zakwalifikowanie do jednej z kategorii. Powinien zatem załączyć wyżej wymienione trzy rodzaje próbek, zarówno dla przekroju jednojezdniowego, jak i dwujezdniowego. Niemniej nie przedstawił żadnego z trzech wymaganych rodzajów nagrań w przekroju jednojezdniowym, choć był do tego zobowiązany bez względu na to, czy przedstawiłby próbki nagrań w przekroju dwujezdniowym.

Dalej Odwołujący podnosił, że żadna z próbek załączonych do oferty spółki Manbroker nie zawiera nagrania w nocy bez sztucznego oświetlenia. Do tej kategorii z pewnością nie można zaliczyć nagrań w okresie wschodu lub zachodu słońca. W okresie bowiem co najmniej godziny po zachodzie i co najmniej godziny przed wschodem słońca panują warunki przejściowe (półmrok), co nie wystarcza do stwierdzenia, że wykonawca zapewni pełną widoczność, czytelność i rozpoznawalność kategorii wszystkich pojazdów w całkowitej ciemności, czyli w nocy bez sztucznego oświetlenia. Oczywiście jest, że w świetle celu, jakiemu ma służyć zastosowanie rejestracji wideo w Generalnym Pomiarze Ruchu, pojęcie „noc bez sztucznego oświetlenia” oznacza warunki całkowitej ciemności, a więc najgorsze warunki oświetleniowe, mogące wystąpić w punkcie pomiarowym. Przedstawiona przez wykonawcę Manbroker próbka nr 4 nie przedstawia nocnych warunków oświetleniowych, lecz okres tuż przed wschodem słońca, charakteryzujący się bardzo dobrym oświetleniem naturalnym. Nie ulega wątpliwości, że żadna z próbek spółki Manbroker nie zawiera nagrania w całkowitej ciemności.

Ponadto, niska jakość obrazu na próbkach Manbroker uniemożliwia prawidłowe przyporządkowanie niektórych pojazdów do wymaganych kategorii, głównie z powodu rozmytego lub nieostrego obrazu. Nie trzeba nawet odnosić się do nagrań nocnych. Wystarczy podać przykłady z okresu dobrego oświetlenia naturalnego, gdzie w próbce nr 5 nie sposób rozpoznać liczby osi pojazdów ciężarowych z przyczepami, np. o godz. 7:01:40 na dalszej jezdni, o godz. 7:01:45 na bliższej jezdni, czy o godz. 7:03:38 na bliższej jezdni, co czyni niemożliwym prawidłowe przeprowadzenie pomiaru dodatkowego.

W związku z powyższym próbki nagrań załączone do oferty Manbroker nie spełniają warunków określonych w SIWZ, co najmniej z następujących powodów: brak nagrania w nocy przy braku oświetlenia w przekroju jednojezdniowym; brak nagrania w nocy przy braku oświetlenia w przekroju dwujezdniowym; brak nagrania w nocy ze sztucznym oświetleniem w przekroju jednojezdniowym; brak nagrania zawierającego moment, włączenia lub wyłączenia oświetlenia w przekroju jednojezdniowym; niska jakość obrazu, także w dzień, powodująca rozmycie sylwetek pojazdów, uniemożliwiająca przyporządkowanie pojazdów do właściwych kategorii, szczególnie w przypadku pomiaru dodatkowego, w którym niezbędne jest m.in. określanie liczby osi pojazdów ciężarowych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Manbroker Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, dalej także „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 4 listopada 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający podnosił, że oferta Odwoływającego znacznie przekracza kwotę jaką zamierza przeznaczyć Zamawiający na realizację zamówienia. Zatem nawet gdyby wykonawca obecnie sklasyfikowany na drugiej pozycji z nieznanych przyczyn, odmówił podpisania umowy, wówczas Zamawiający byłby zmuszony do unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że cena najkorzystniejszej oferty przekraczałaby kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

Zamawiający stwierdzał, że w pkt 19 SIWZ opisał wszystkie wymagania, jakie muszą spełnić próbki nagrań wideo składane przez wykonawców wraz z ofertą, natomiast w „Instrukcji GPR 2020” ujęte zostały wymagania dotyczące jakości wykonania usługi GPR na etapie realizacji umowy, czego nie należy ze sobą łączyć na etapie oceny ofert. Przytoczony przez Odwoływającego pkt 12.4 z „Instrukcji GPR 2020” przedstawia warunki oceny wykonywania pomiarów na etapie realizacji usługi GPR 2020, a nie na etapie składania ofert. Żaden z wykonawców nie zaprezentował sposobu instalacji kamery i technologii wykonania takiego pomiaru oraz nie ubiegał się o uzyskanie dopuszczenia, dlatego mimo iż nie zaznaczono tylko jednego wyboru w oświadczeniu, wobec braku deklaracji, Zamawiający uznał, że wykonawcy będą wykonywać pomiary dwoma kamerami na drodze dwujezdniowej.

W jego ocenie próbki nagrań mogą być wykonane w przekroju jezdni jednej z dwóch w przekroju drogi dwujezdniowej (co zostało przedstawione przez spółkę Manbroker), bądź też w całym przekroju jednojezdniowym. Postanowienie dotyczące przedstawienia próbek nagrań zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego nie określało, że ma być to droga jednojezdniowa, zatem dopuszcza się przekrój jednojezdniowy, jako jednej z jezdni w przypadku dróg dwujezdniowych. Przystępujący przedstawił próbki nagrań zgodnie z kryterium jakości na etapie oceny ofert, które zostały wykonane w przekroju jezdni (w tym przypadku jednej jezdni w dwujezdniowym przekroju drogi zgodnie z postawionym kryterium, które nie wymaga, by musiały być to przekrój jednojezdniowy). Zamawiający nie wnosił żadnych zastrzeżeń co do jakości obrazu w próbkach spółki Manbroker. Jakość nagrań jest dobra, przedstawia pełną identyfikację pojazdów, a ponadto przedstawia wyraźny ruchomy obraz z napisami, które nie zlewają się z nagraniem.

Zamawiający stwierdził też, że kryterium dotyczące oceny jakości nagrań nie reguluje terminu związanego z nocą, z uwagi na to, że uznano iż określenie to jest powszechnie zrozumiałe. „Wytyczne GPR 2020” określają jedynie czas który podlegać będzie pomiarom

ruchu nazwany okresem dziennym i nocnym - liczonym od godziny 22.00 do godziny 6.00 następnego dnia (nie jest to tożsame z ogólnie rozumianą nocą). Wobec przedstawionych argumentów strony i braku możliwości wskazania do uznania, bądź też nie, okresu zmierzchu i świtu przyznano, że noc jest czasem między astronomicznym zachodem i wschodem słońca. Nagranie w nocy, ze sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment włączenia (wyłączenia oświetlenia), oznacza, że w okresie bez sztucznego oświetlenia ma zostać uchwycony moment włączenia/wyłączenia. W okresie całkowitej ciemności nie jest standardowo dokonywane włączenie lub wyłączenie oświetlenia.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 7 listopada 2019 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie w ramach Generalnego Pomiaru Ruchu 2020, bezpośrednich pomiarów ruchu drogowego na odcinkach pomiarowych dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku w podziale na 6 części. Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Tomie III SIWZ. Załącznik nr 2 do Tomu II stanowiły „Wytyczne organizacji i przeprowadzenia Generalnego Pomiaru Ruchu w 2020 na drogach krajowych”.

Zgodnie z punktem 14.5.2 Tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, ofertę stanowi m.in. formularz „Kryteria pozacenowe”, a stosownie do pkt 14.6.6 wraz z ofertą wykonawca był zobowiązany złożyć *próbki nagrań wideo spełniające wymagania określone w punkcie 12 „Instrukcji GPR 2020”, które będą podlegać ocenie przez Zamawiającego.*

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

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

Próbki nagrań wideo powinny mieć długość 10-15 minut każda i być zarejestrowane przy drodze i prezentować ruch pojazdów w przekroju jezdni, w różnych 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 opisana w punkcie 4.5 k), gdy Wykonawca pomiarów chce prowadzić pomiar na drogach dwujezdniowych z wykorzystaniem jednej kamery, wówczas próbki nagrań powinny być zarejestrowane również dla przekroju dwujezdniowego. Jeżeli do odtwarzania nagrań przekazanych w ofercie niezbędne jest dedykowane oprogramowanie lub „kodeki”, wówczas Wykonawca pomiarów przekaże je wraz z ofertą i licencją na ich wykorzystanie przez Zamawiającego w pomiarze do celów odtwarzania nagrań wideo.

2) Zamawiający przyzna punkty w następujący sposób:

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

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

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

- Wykonawca nie dostarczył próbek nagrań wideo o długości minimum 10 minut każda prezentujących ruch pojazdów w przekroju jezdni, w różnych warunkach oświetleniowych, przede wszystkim w nocy (ze 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 umożliwi 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.

Zgodnie z pkt IV.3 lit. e) Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wymaga by Wykonawca pomiarów dostarczył wraz z ofertą próbki nagrań spełniające wymagania określone w punkcie 12 „Instrukcji GPR 2020”, które będą podlegać ocenie przez Zamawiającego. Próbki nagrań muszą umożliwiać zarejestrowanie wszystkich pojazdów przejeżdżających przez przekrój pomiarowy (m.in. eliminacja zjawiska zasłaniania się pojazdów na drogach dwujezdniowych) oraz pozwalać na ich jednoznaczne zakwalifikowanie do jednej z wymaganych kategorii pojazdów, niezależnie od warunków oświetleniowych. 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. Wraz z ofertą Wykonawca pomiarów składa oświadczenie, że w trakcie wykonywania zamówienia jakość rejestrowanych przez niego nagrań w poszczególnych terminach pomiarowych będzie spełniać wymagania określone w „Wytycznych GPR 2020” i będzie nie gorsza niż jakość próbek nagrań dostarczonych z ofertą (Załącznik nr 5 do OPZ). 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 „Wytycznych GPR 2020”.

Dalej, stosownie do pkt 4.5 k) Instrukcji GPR 2020, na drogach dwujezdniowych (autostradach i drogach ekspresowych) zaleca się lokalizowanie oddzielnych stanowisk pomiarowych dla każdego kierunku ruchu, aby zapewnić odpowiednią widoczność pojazdów na wszystkich pasach ruchu każdej z jezdni. Jeżeli wykonawca pomiarów będzie chciał realizować pomiary na drogach dwujezdniowych przy pomocy jednej kamery wówczas musi zaprezentować w ofercie sposób instalacji kamery i technologię wykonania takiego pomiaru

oraz uzyskać dopuszczenie Oddziału GDDKiA. Ewentualnie późniejsza zmiana technologii wykonywania pomiaru będzie wymagała uzgodnienia Oddziału i GDDKiA DSS.

Wymagania instrukcji GPR 2020 określają m.in. że Wykonawca pomiarów zobowiązany jest do złożenia w ofercie próbek nagrań wideo o długości 10-15 minut każda, (...) prezentujących ruch pojazdów w przekroju jezdni, w różnych warunkach oświetleniowych, przede wszystkim w nocy (ze sztucznym oświetleniem i bez, w tym moment włączenia/wyłączenia oświetlenia) (...), spełniających wymagania jakości obrazu i technologii wykonania pomiaru określone w niniejszej „instrukcji GPR 2020”. Wystarczające jest przedstawienie próbek nagrań zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego. Wyjątek stanowi sytuacja (...), gdy Wykonawca pomiarów chce przeprowadzić pomiar na drogach dwujezdniowych z wykorzystaniem jednej kamery, wówczas próbki nagrań powinny być zarejestrowane również dla przekroju dwujezdniowego (podpunkt 12.2) (...) 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) (podpunkt 12.4)

Następnie Izba ustaliła, że w częściach 1-6 zamówienia oferty złożył m.in. Odwołujący oraz Przystępujący, który wraz z ofertą przedstawił pięć próbek nagrań: próbka nr 1 o nazwie „L91837 NOC” - w przekroju dwujezdniowym; próbka nr 2 o nazwie „L91837 DZIEŃ” - w przekroju dwujezdniowym; próbka nr 3 o nazwie „L91837 Dzień na Noc” - w przekroju dwujezdniowym; próbka nr 4 o nazwie „L91837 Śnieg” - w przekroju dwujezdniowym; próbka nr 5 o nazwie „L91837 Intensywny Śnieg” - w przekroju dwujezdniowym. Do oferty Przystępujący załączył również oświadczenia dotyczące każdej części (stanowiące załącznik nr 5 do OPZ).

Zgodnie z pkt 5 wykonawca winien oświadczyć, że na drogach dwujezdniowych będzie prowadził pomiar z wykorzystaniem co najmniej dwóch kamer, po jednej na każdy kierunek ruchu LUB na drogach dwujezdniowych będzie prowadził pomiar z wykorzystaniem jednej kamery przy zachowaniu pełnej widoczności i czytelności wszystkich pasów ruchu pozwalającej na zarejestrowanie wszystkich pojazdów w przekroju pomiarowym i ich jednoznaczne zakwalifikowanie do jednej z kategorii, a Załącznik nr 5 do Opisu przedmiotu zamówienia przedstawione w Ofercie próbki nagrań z dróg o takim przekroju spełniają wymagania w zakresie jakości obrazu określone w „Wytocznych GPR 2020”..

Zamawiający w przypisie na dole załącznika nr 5 wskazał, iż w przypadku pkt 5, możliwość wyboru obu lub jednej z opcji jest zależne od decyzji oferenta. Przystępujący nie

zakreślił którejkolwiek z opcji, co należało odczytać, jako wybór obu opcji realizacji zamówienia.

W dniu 14 października 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej w częściach 1-6 zamówienia, oferty wykonawcy Manbroker Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, otrzymując w kryterium jakość – nagranie wideo po 10 punktów w każdej części. Oferta Odwołującego uplasowała się na trzecim miejscu w rankingu ofert w każdej z ww. części.

Izba zważyła, co następuje.

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

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

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania. Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego co do braku wykazania interesu Odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania. Zamawiający podnosił, że cena oferty złożonej przez Odwołującego przekracza znacznie kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, zatem nie ma możliwości, aby jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba podziela stanowisko, że zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy Pzp interes w uzyskaniu zamówienia dotyczy daty wniesienia odwołania, a więc dalsze hipotetyczne czynności zamawiającego, zmierzające do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty zamawiający nie może zwiększyć (zresztą Zamawiający złożył jedynie głośne oświadczenie podczas rozprawy w tymże zakresie), nie pozbawiają wykonawcy środków ochrony prawnej. Pojęcie interesu należy traktować co do zasady szeroko, a działanie podmiotu kwestionującego wybór, nawet w przypadku, gdy oferta odwołującego się przekracza budżet Zamawiającego, prowadzi do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania.

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

Jak słusznie zauważył Odwołujący, zgodnie z 19.1.2 ppkt 1 SIWZ przypadek, gdy wykonawca zamierzał realizować pomiar na drogach dwujezdniowych za pomocą jednej kamery, nie zwalniał wykonawcy z obowiązku złożenia nagrania wideo także dla przekroju jednojezdniowego z uwzględnieniem dalszych wymogów Zamawiającego, na co bezspornie wskazuje spójnik „również”. Złożenie przez wykonawców próbek nagrań zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego było obligatoryjne. Zamawiający posłużył się sformułowaniem „wystarczające”, czyli stanowi to wymaganie obowiązkowe. W sytuacji zaś, gdy wykonawca chce prowadzić pomiar na drogach dwujezdniowych z wykorzystaniem jednej kamery, próbki powinny być zarejestrowane również dla przekroju dwujezdniowego. Zatem, okoliczność, w której wykonawca zamierzał realizować pomiar na drogach dwujezdniowych za pomocą jednej kamery, Zamawiający potraktował jako wyjątek.

Równocześnie Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego o niemożliwości łączenia ze sobą wymagań określonych w kryterium pozacenowym na etapie oceny ofert z wymaganiami jakościowymi wykonania usługi na etapie realizacji umowy określonymi w Instrukcji GPR 2020. Przeczy temu literalna treść pkt 19.1.2 ppkt 1 SIWZ, gdzie Zamawiający wprost wskazał, że próbki nagrań muszą *spełniać wymagania dotyczące jakości obrazu i technologii wykonania pomiaru określone w „Instrukcji GPR 2020”*. Zatem, ocena jakości i technologii miała być dokonana na podstawie parametrów określonych w Instrukcji GPR 2020. Nadto, za bezzasadną, przygotowaną jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego, Izba uznała argumentację Zamawiającego dotyczącą prawidłowości przedłożenia nagrań wykonanych w *przekroju jezdni jednej z dwóch w przekroju drogi dwujezdniowej*. Gdyby tak było, Zamawiający wprost dopuściłby taką możliwość w kryterium oceny ofert.

Reasumując, postanowienia SIWZ zobowiązywały wykonawców do obligatoryjnego przedstawienia próbek dla pomiarów nagrań zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego, a w przypadku wykorzystania przez wykonawcę nagrań dla przekroju dwujezdniowego z jednej kamery również załączenia takich próbek. Wykonawca Manbroker powyższego wymagania nie spełnił, bowiem nie złożył wraz z ofertą próbek dla pomiarów nagrań zarejestrowanych dla przekroju jednojezdniowego, tj. próbki nagrania wideo

obejmującej nagranie w nocy ze sztucznym oświetleniem oraz bez sztucznego oświetlenia w przekroju jednojezdniowym, jak również nagrania zawierającego moment włączenia lub wyłączenia oświetlenia w przekroju jednojezdniowym.

W związku z powyższym oferta wykonawcy Manbroker podlega odrzuceniu z uwagi na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie pkt 19.1.2. ppkt 2) lit. c) SIWZ, gdzie zgodnie z uwagą poczynioną poniżej wskazano, że nieprzedłożenie próbek nagrań wideo wraz z ofertą, a także uzyskanie 0 pkt w tym kryterium oceny ofert, skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego jakości obrazu zarejestrowanego na próbce złożonej przez wykonawcę Manbroker Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Izba wskazuje, że Zamawiający nie wymagał, aby załączone próbki wideo pozwalały na określenie liczby osi pojazdów ciężarowych. Warunkiem była, zgodnie z pkt 19.1.2. ppkt 2) lit. c) SIWZ, jedynie możliwość zakwalifikowania pojazdu do określonej kategorii wymienionej w tabeli 1 Instrukcji GPR 2020, która wyszczególnia podział pojazdów na kategorie w pomiarze podstawowym (pkt 5.2 Instrukcji GPR 2020). Izba uznała, że podany przez Odwołującego w odwołaniu czas w próbce nr 5 Przystępującego, tj. godz. 7:01:40, 7:01:45 oraz 7:03:38 nie potwierdza, jakoby w tych sekundach przedstawiony obraz był rozmyty lub nieostry. Można również przyporządkować pojazdy do wymaganych kategorii.

Odnosząc się do zarzutu braku nagrania w nocy bez sztucznego oświetlenia należy stwierdzić, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ definicji nocy, jak również nie podał, w jakich godzinach, uwzględniając przy tym porę roku, wykonawca winien przeprowadzić pomiary ruchu pojazdów składane w ramach próbek na potwierdzenie kryterium jakościowego. Niewiadomym jest zatem, czy pojęcie to należy rozumieć potocznie, czy też w sposób fachowy. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że nagranie w nocy bez sztucznego oświetlenia oznacza nagranie w całkowitej ciemności. Izba ustaliła, że chociaż Przystępujący nie załączył do oferty próbki pt. „Noc bez sztucznego oświetlenia” to jednak próbka nr 3 zawiera moment przed włączeniem świateł (po godzinie 16:24), co można potraktować jako ujęcie nocy bez oświetlenia. Wszelkie bowiem niejasności w formułowaniu warunków oceny w ramach kryterium niewątpliwie nie powinny być interpretowane na niekorzyść wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....