

WYROK

z dnia 4 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie **30 kwietnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **6 kwietnia 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Siemens Mobility sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu pn. *Katowicki Inteligentny System Zarządzania Transportem* (nr postępowania 37/XII/2020/WP)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Katowice – Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Katowicach**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie:

A. Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

B. Dynniq Poland sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczce

– po stronie Odwołującego

C. SPRINT S.A. z siedzibą w Olsztynie

D. WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach

– po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Miasto Katowice – Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Katowicach {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Katowicki Inteligentny System Zarządzania Transportem* (nr postępowania 37/XII/2020/WP).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 11 grudnia 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_242 pod poz. 596528.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

24 marca 2021 r. Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} polegającej na wprowadzeniu nowej treści załącznika n 10 do SIWZ pn. „Wymagania dotyczące prezentacji sterownika”.

6 kwietnia 2021 r. Siemens Mobility sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Odwołujący” lub „Siemens”} wniosła w postaci elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 192 ust. 3 pkt 1 – przez wykonanie czynności w postępowaniu niezgodnie z wyrokiem Izby z 3 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 3408/20 oraz jego uzasadnieniem, tj. zmianę treści załącznika nr 10 do SIWZ, zawierającego wymagania dotyczące prezentacji sterownika, wbrew wytycznym wynikającym z tego wyroku Izby.
2. Art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez wprowadzenie w pkt 4.1.3.2., 4.2, 4.6.3.4., 4.6.3.5, 4.6.4.2, 4.7.3.8. oraz 4.7.3.9. załącznika nr 10 do SIWZ wymagań, które utrudniają uczciwą konkurencję (i które są niezgodne z treścią powyższego wyroku

Izby).

3. Art. 7 ust. 1 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282) {dalej: „rozporządzenie”) – przez zobowiązanie wykonawców w ramach prezentacji nr 9 z załącznika nr 10 do SIWZ (pkt 4.9. w całości, w tym pkt 4.9.1.-4.9.4.2., oraz tabela oceny prezentacji) do demonstracji funkcjonalności wykraczających poza zakres standardowych funkcjonalności sterowników prezentowanych przed udzieleniem zamówienia publicznego, co wykracza poza ocenę zgodności z wymaganiami na podstawie próbki i narusza zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w załączniku nr 10 do SIWZ i dokonania dalszych czynności:

1. Wykreślenia z pkt 4.1.3.2. dotyczącego prezentacji nr 1 słów „z poziomu pulpitu operacyjnego”.
2. Usunięcia pkt 4.2. (wraz z podpunktami) dotyczącego prezentacji nr 2.
3. Usunięcia pkt 4.6.3.4. i 4.6.3.5. oraz 4.6.4.2. dotyczących prezentacji nr 6.
4. Usunięcia pkt 4.7.3.8. i 4.7.3.9. dotyczących prezentacji nr 7.
5. Usunięcia pkt 4.9. w całości (wraz z podpunktami) dotyczącego prezentacji nr 9.
6. Usunięcia z tabeli oceny prezentacji pkt odnoszących się do prezentacji nr 2 i 9.
7. Przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny dla wprowadzenia zmian w przygotowywanych ofertach.
8. Publikacji dokonanych zmian w SIWZ i ogłoszeniu.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

21 grudnia 2020 r. Siemens wniósł odwołanie m.in. od zaniechania przez Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz dokonania tego opisu przedmiotu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

3 lutego 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała w sprawie tego odwołania (sygn. akt KIO 3408/20) wyrok, w którym:

- 1) umorzyła postępowanie w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 2., 3., 4., 9., 10., 11., 12. i 13. petitum odwołania z powodu uwzględnienia odwołania w tej części przez Zamawiającego;

- 2) uwzględniła odwołanie w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 6. i 7. petitum odwołania i nakazała Zamawiającemu zmianę treści załącznika nr 10 do SIWZ, określającego wymagania dotyczące prezentacji sterownika, przez ograniczenie ww. dokumentu do dwóch pierwszych stron i usunięcie z jego treści pozostałych fragmentów, tj. od strony trzeciej włącznie do końca;
- 3) w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie (tj. odwołanie zostało oddalone w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 5. i 8.).

W ramach uzasadnienia Izba wskazała w szczególności, że *sformułowany w wyroku nakaz nie oznacza, że treść Załącznika nr 10 nie może zostać przez Zamawiającego doprecyzowana lub rozwinięta (...), przy czym możliwość doprecyzowania lub rozwinięcia Załącznika nr 10 przez Zamawiającego musi być zdeterminowana postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia (tzn. doprecyzowanie lub rozwinięcie treści ww. załącznika musi mieć oparcie w opisie przedmiotu zamówienia i z niego wynikać) oraz przepisami pzp.*

24 marca 2021 r. Zamawiający opublikował nowy załącznik nr 10 do SIWZ, którego poprzednia wersja była przedmiotem zarzutów nr 6 i 7 poprzedniego odwołania.

Załącznik ten opisuje przebieg prezentacji sterownika, która wykonywana jest w 9 kolejnych prezentacjach (etapach), przy czym dla każdej z nich Zamawiający określił: wymaganie, które ma być osiągnięte przez sterownik, zapis PFU stanowiący podstawę do sformułowania wymagania, cel prezentacji, przebieg prezentacji oraz oceniane elementy.

Brzmienie zaskarżonych postanowień załącznika nr 10 do SIWZ:

(...)

4.1. Prezentacja 1

(...)

4.1.3.2. *Wyłączyć wybrane przez Zamawiającego skrzyżowanie z poziomu pulpitu operacyjnego*

(...)

4.2. Prezentacja 2

4.2.1. Wymagania

Możliwość wykonania zmian parametrów pracy sygnalizacji świetlnej. Zapis PFU pkt 6.1.1. posiada pulpit operacyjny umożliwiający wykonanie zmiany parametrów pracy sygnalizacji świetlnej.

4.2.2. Cel prezentacji

Celem prezentacji jest sprawdzenie możliwości zmiany parametrów pracy sygnalizacji przy wykorzystaniu standardowego wyposażenia sterownika, bez konieczności wykorzystania

dodatkowych urządzeń takich jak np. komputer, tablet, palmtop, smartfon, karta pamięci, pendrive itp.

W ramach testu Zamawiający wymaga zmiany podstawowego parametru pracy sygnalizacji jakim jest długość sygnału zielonego w . wybranej grupie sygnałowej.

4.2.3. Przebieg prezentacji

4.2.3.1. Uruchomić Program testowy 1

4.2.3.2. Zasymulować obecność pojazdów na wszystkich detektorach

4.2.3.3. Udokumentować długość sygnału zielonego we wskazanej przez Komisję grupie sygnalizacyjnej (za pomocą dedykowanego oprogramowania lub stoperem)

4.2.3.4. Za pomocą standardowego wyposażenia sterownika podwoić czas sygnału zielonego we wskazanej grupie sygnalizacyjnej

4.2.3.5. Udokumentować długość sygnału zielonego we wskazanej grupie po zmianie (za pomocą dedykowanego oprogramowania lub stoperem)

4.2.4. Oceniane elementy

4.2.4.1. Możliwość zwiększenia czasu maksymalnego w grupie sygnałowej przy pomocy standardowego wyposażenia sterownika bez wykorzystania dodatkowych urządzeń takich jak np.: komputer, tablet, palmtop, smartfon, karta pamięci, pendrive, itp.

(...)

4.6. Prezentacja 6

(...)

4.6.3.4. Przy pomocy standardowego wyposażenia sterownika (pulpitu operacyjnego, PFU pkt 6.1.1) zmienić wartość wybranego przez Komisję parametru. Zmiana musi być wykonana bez konieczności przełączania fizycznych przełączników oraz bez wykorzystania jakiegokolwiek urządzenia zewnętrznego.

4.6.3.5. Zademonstrować w sterowniku nową wartość zmienionego parametru

(...)

4.6.4.2. Możliwość lokalnej zmiany parametru konfiguracyjnego pętli indukcyjnej przy wykorzystaniu jedynie standardowego wyposażenia sterownika. (np. pulpitu operacyjnego, PFU pkt 6.1.1)

(...)

4.7. Prezentacja 7

4.7.3.8. Przy pomocy standardowego wyposażenia sterownika (pulpitu operacyjnego, PFU pkt 6.1.1) zmniejszyć wartość czasu maksymalnego w innej wybranej przez Komisję grupie sygnałowej

Pkt 4.7.3.9 Udokumentować pracę sterownika (stan grup sygnałowych i detektorów) – 1 cykl

(...)

4.9. Prezentacja 9

Pkt 4.9 w całości (4.9.1. - 4.9.4.2)

4.9.1. Wymaganie

Zapis PFU pkt 1.4.1.2.14.

Wykonawca w ramach prowadzonych działań powinien wykorzystać w jak największym stopniu istniejącą infrastrukturę, dlatego dostarczony sterownik musi być kompatybilny z co najmniej dwoma typami sterowników eksploatowanych w mieście Katowice – przez kompatybilność sterowników rozumie się: możliwość wymiany danych o stanie grup sygnalizacyjnych (fizycznych i logicznych), stanie detektorów, stanie wejść sprzętowych i programowych, numerze realizowanego planu, numerze realizowanej fazy, wartości licznika cyklu i licznika bazowego pomiędzy sterownikiem dostarczanym przez Wykonawcę a sterownikami eksploatowanym na terenie miasta Katowice bez dodatkowych urządzeń pośredniczących

4.9.2. Cel prezentacji

Celem prezentacji jest sprawdzenie czy sterownik umożliwia wymianę danych z minimum jednym typem sterownika spośród eksploatowanych w Katowicach wymienionych w Załączniku 1aa do PFU.

4.9.3. Przebieg prezentacji

4.9.3.1. Zamawiający udostępni jeden typ sterownika z Załącznika 1aa do PFU,

4.9.3.2. Oferent otrzyma czas na skonfigurowanie sterowników celem umożliwienia wymiany danych ze Sterownikiem Testowym a w szczególności:

4.9.3.2.1 Stanu wskazanej przez Komisję grupy sygnałowej

4.9.3.2.1 Stanu wskazanego detektora indukcyjnego

4.9.3.2.1 Stanu wskazanego wejścia dwustanowego

4.9.3.2.1 Numeru realizowanego planu

4.9.3.2.1 Numeru aktualnie realizowanej fazy

4.9.3.2.1 Wartości licznika cyklu

4.9.3.2.1 Wartości licznika bazowego

4.9.3.3. Do sterowników należy wgrać program analogiczny do Programu Testowego 1

4.9.3.4. Wymiana danych między sterownikami musi odbywać się przy wykorzystaniu sieci Ethernet.

4.9.3.5. Sterownikom należy nadać wskazane przez Komisję adresy IP

4.9.3.6. Prezentację wymiany danych należy przeprowadzić dla każdego (osobno) z udostępnionych przez Zamawiającego sterowników

4.9.3.7. Należy zaprezentować w Sterowniku Testowym (np. na pulpicie operacyjnym Sterownika Testowego lub w inny wybrany przez Oferenta sposób) odbiór w czasie

rzeczywistym wskazanych przez Zamawiającego danych.

4.9.4. Oceniane elementy

4.9.4.1. Możliwość wymiany danych pomiędzy Sterownikiem Testowym a sterownikiem udostępnionym przez Zamakającego – przy wykorzystaniu sieci Ethernet

4.9.4.2. Możliwość odebrania przez Sterownik Testowy wybranych przez Komisję danych, nadchodzących ze sterownika udostępnionego przez Zamawiającego w czasie rzeczywistym.

Zamawiający uprzednio 28 stycznia 2021 r. dokonał także zmiany innych dokumentów zamówienia, w tym Załącznika nr 9 do SIWZ – Programu funkcjonalno-użytkowego {dalej „PFU”}, zgodnie z żądaniem zgłoszonym w związku z uwzględnionym zarzutem nr 2, w szczególności zmiany pkt 6.1.1. tiret 7. PFU (zarzut nr 2 odwołania z 21 grudnia 2020 r.): *Każdy nowy instalowany sterownik musi spełniać poniższe wymagania oraz każda lokalizacja wskazana w Załączniku Ia musi być wyposażona w sterownik sygnalizacji świetlnej, spełniający co najmniej poniższe wymagania: (...)*

- posiada pulpit operacyjny umożliwiający wykonanie zmiany ~~wszystkich~~ parametrów pracy sygnalizacji świetlnej {czyli wykreślono słowo „wszystkich”}.*

Ponadto Zamawiający doprecyzował, że *z pulpitu sterującego należy zapewnić możliwość wyboru, który(m) skrzyżowaniem steruje operator* [trzecie zdanie na początku pkt 6.1.1. PFU.

Zgodnie z pkt 6.1.1. tiret 16. PFU sterownik powinien *umożliwiać zdalną kalibrację i zmianę ustawień parametrów detektorów.*

Zgodnie z pkt 6.1.1. tiret 17. PFU instalowany sterownik powinien *umożliwiać zdalną zmianę maksymalnej długości sygnału zezwalającego poszczególnych grup sygnałowych bez potrzeby restartowania sterownika w każdym trybie pracy oraz lokalną i zdalną zmianę parametrów programu.*

W pkt 1.4. PFU wskazano cechy, jakimi powinien się charakteryzować system sterowania ruchem, który zostanie zaprojektowany i zbudowany przez wykonawcę. W ramach punktu 1.4.1 wskazano cechy podsystemu sterowania i zarządzania ruchem drogowym wraz ze stacjami pomiaru potoków ruchu (natężenie, struktura rodzajowa i kierunkowa – kamery ANPR).

Jedną z wymaganych funkcjonalności jest cecha określona w pkt 1.4.1.2.14, szczegółowo opisana w pierwszej kolumnie po lewej stronie tej tabeli. W skrócie – dostarczany sterownik musi być kompatybilny z co najmniej dwoma typami sterowników już

eksploatowanych w Katowicach. W dalszej części tego punktu wyjaśniono, co należy rozumieć pod pojęciem kompatybilności sterowników (możliwość wymiany danych o stanie grup sygnalizacyjnych, stanie detektorów itd.).

Wymaganie to znajduje się w 1. części PFU, gdzie opisane są założenia dotyczące przyszłego systemu sterowania ruchem. Pozostałe wymagania dotyczące sterownika znalazły się w pkt 6. PFU.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 369 (wyjaśnienia z 24 marca 2021 r.), prośbę o udostępnienie protokołów komunikacyjnych sterowników zainstalowanych na terenie Katowic w zakresie pozwalającym na zrealizowanie wymagania pkt 1.4.1.2.14. PFU wskazał, że *oczekuje od Wykonawcy jako doświadczonego podmiotu zaproponowania najbardziej optymalnego systemu. Zamawiający nie posiada pełnej wiedzy w przedmiotowym zakresie.*

Odwołujący wyprowadził z zacytowanych lub opisanych powyżej postanowień SIWZ oraz przywołanej treści sentencji wyroku i jego uzasadnienia następujące wnioski.

Z przywołanego fragmentu uzasadnienia wyroku wynika, że doprecyzowanie lub rozwinięcie załącznika nr 10 do SIWZ musi być zdeterminowane postanowieniami załącznika nr 9 do SIWZ zawierającego opis przedmiotu zamówienia.

Przy czym treść pkt 6.1.1. PFU jest istotna z punktu widzenia oceny wykonania wyroku Izby przez Zamawiającego w odniesieniu do nowych postanowień załącznika nr 10 do SIWZ.

Przede wszystkim po usunięciu z tiret 7. słowa „wszystkie” wykonawca może w zasadzie swobodnie zdecydować, jakie parametry pracy sygnalizacji świetlnej mają być zmieniane przez pulpit operacyjny, gdyż przywołane wymagania opisu przedmiotu zamówienia będą spełnione, jeśli pulpit operacyjny umożliwi wykonanie zmiany co najmniej dwóch parametrów pracy sygnalizacji świetlnej, w tym umożliwi wybór, którym skrzyżowaniem steruje operator.

Wymaganie z pkt 6.1.1. tiret 17 zawiera w sobie dwa bardziej szczegółowe wymagania: pierwsze – zdalnej zmiany konkretnego parametru – długości sygnału, drugie – lokalnej i zdalnej zmiany parametrów – bez doprecyzowania, jakich parametrów to dotyczy.

Wymagania z pkt 6. PFU dotyczą już obecnie skonkretyzowanych cech, jakimi musi się charakteryzować sterownik, natomiast wymagania z pkt 1. PFU dotyczą cech całego systemu, który dopiero ma być zaprojektowany i wybudowany.

W tak zaprezentowanych okolicznościach faktycznych Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, co następuje.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Po pierwsze, że zmienił treść załącznika nr 10 do SIWZ niezgodnie z treścią powyższego wyroku Izby, gdyż jedynie pozornie usunął z pkt 6.1.1. tiret 7 PFU sformułowanie „wszystkich”, a *de facto* je podtrzymał, wprowadzając do opisu prezentacji nr 1, 2, 6, i 7 dodatkowe elementy sprawdzane w ramach prezentacji, omijając w ten sposób nakaz wynikający z wyroku.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Po drugie, w tabeli załączonej do odwołania sprecyzowane zostały następujące szczegółowe zarzuty odnośnie zaskarżonych etapów prezentacji.

{zarzuty szczegółowe nr 1 i 2 do prezentacji 1. i 2.}

Skoro według PFU pulpit operacyjny ma zapewnić co najmniej możliwość wyboru sterowanego skrzyżowania, samo sterowanie jego parametrami pracy, w tym jego wyłączenie i zmiana długości sygnału zielonego w wybranej grupie sygnałowej, może odbywać się w sposób wybrany przez wykonawcę, który może zdecydować się na wykorzystanie w tym celu laptopa podłączanego do sterownika.

{zarzuty szczegółowe nr 3 i 4 do prezentacji 6. i 7.}

Zamawiający w prezentacji 6. w sposób sprzeczny z pkt 6.1.1. tiret 16. PFU wymaga lokalnej (zamiast zdalnej) zmiany parametrów detektorów.

Wymagania z prezentacji 7. nie można uzasadniać tym, że w pkt 6.1.1. tiret 17. PFU jest mowa o zarówno lokalnej, jak i zdalnej zmianie parametrów programu, gdyż z pkt 6.1.1. tiret 7. wynika, że zakres parametrów, które mają być zmieniane lokalnie przy pomocy pulpitu operacyjnego, została pozostawiony decyzji wykonawcy.

{zarzuty wspólne dla prezentacji 1., 2., 6. i 7.}

Zaskarżone wymagania nie są uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a w efekcie utrudniają uczciwą konkurencję.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Po trzecie, że Zamawiający nie może w ramach prezentacji 9. sprawdzać, w jaki sposób zostanie zapewniona kompatybilności oferowanego sterownika ze sterownikiem już przez niego użytkowanym, gdyż według PFU ma to być dopiero cecha docelowego systemu, który zostanie zaprojektowany i wykonany w ramach realizacji tego zamówienia.

Ponadto skoro Zamawiający nie ma wiedzy na temat protokołów komunikacyjnych sterowników zainstalowanych w Katowicach, a wymaga kompatybilności z nimi nowych sterowników, nie jest to wymaganie, które może być spełnione na etapie składania oferty.

Odwołujący powołał się na wskazywanie w orzecznictwie Izby dotyczącym możliwości przeprowadzenia demonstracji, że zamawiający może żądać jej przeprowadzenia tylko w przypadku systemów standardowych, gdyż demonstracja działania systemu traktowana jest podobnie jak próbka w rozumieniu rozporządzenia w sprawie dokumentów, a próbki można żądać tylko w zakresie systemów istniejących na chwilę składania ofert, a nie systemów, które mają być dopiero opracowane w ramach zamówienia (tak m.in. w wyrokach wydanych: 28 kwietnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 469/09, 7 listopada 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 1173/08, KIO/UZP 70/08).

Według Odwołującego analogicznie w odniesieniu do sterowników, których kompatybilność w zakresie cech wskazanych w pkt 1.4.1.2.14 PFU, skupiających się na wymianie danych, zostanie zapewniona dopiero w toku realizacji zamówienia.

Zobowiązanie wykonawców do prezentacji kompatybilnego sterownika przed udzieleniem zamówienia jest w ocenie Odwołującego przedwczesne i ograniczające konkurencję. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której kompatybilność może być zapewniona wyłącznie na 2 sposoby – albo dzięki zaoferowaniu sterowników tego samego rodzaju co sterowniki aktualnie działające na terenie Katowic, co stanowi ewidentne ograniczenie konkurencji, albo dzięki zapewnieniu sterownika, który zostanie dopracowany w toku realizacji zamówienia, po uzyskaniu dostępu do protokołów komunikacyjnych umożliwiających zapewnienie funkcjonalności.

Przystępujący Dynniq Poland sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczce {dalej: „Dynniq” lub „Przystępujący”} w zgłoszeniu przystąpienia z 12 kwietnia 2021 r. w odniesieniu do oceny skutków usunięcia z treści pkt 6.1.1. tiret 7 PFU wyrazu „wszystkich” zajął stanowisko zbieżne z Odwołującym.

Według Przystępującego tym samym Zamawiający dopuścił urządzenia sterujące, które umożliwiają zmiany wybranych parametrów sterownika z pulpitu. Innymi słowy po tej zmianie o tym, czy dany parametr może zostać zmieniony z pulpitu decyduje funkcjonalność

sprzętowa danego producenta, a nie Zamawiający.

Wobec tego Zamawiający nie może wymagać od wykonawcy, aby pulpit operacyjny sterownika umożliwiał wykonanie zmiany wszystkich parametrów pracy sygnalizacji świetlnej w tym m.in. w pkt 4.1.3.2. nowego załącznika nr 10 do SIWZ zdecydować, że to właśnie możliwość wyłączenia wybranego skrzyżowania będzie tym parametrem, który można zmienić z pulpitu sterownika.

Ponieważ poza tym Przystępujący podniósł w kontekście żądań przedłużenia terminu składania ofert oraz publikacji dokonanych zmian w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu okoliczności pozostające bez związku z zarzutami zawartymi w odwołaniu, nie ma potrzeby ich relacjonowania, gdyż te zarzuty nie mogą być przedmiotem rozpoznania w tej sprawie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 29 kwietnia 2021 r. wniósł {abstrahując od wniosku o odrzucenie odwołania} o jego oddalenie, w szczególności następująco odnosząc się do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

W przekonaniu Zamawiającego dokonał zmiany treści załącznika nr 10 do SIWZ zgodnie z dyrektywami określonymi przez Izbę w wyroku z 3 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 3408/20 tzn. w oparciu o opis przedmiotu zamówienia.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Podstawą do zamieszczenia zakwestionowanych postanowień załącznika nr 10 do SIWZ są następujące postanowienia zamieszczone w pkt 6.1.1. PFU: *Każdy nowy instalowany sterownik musi spełniać poniższe wymagania oraz każda lokalizacja wskazana w Załączniku 1a musi być wyposażona w sterownik sygnalizacji świetlnej, spełniający co najmniej poniższe wymagania: (...)*

- *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach [tiret 1.]*
- *posiada pulpit operacyjny umożliwiający wykonanie zmiany parametrów pracy sygnalizacji świetlnej [tiret 7.]*
- *umożliwia zdalną kalibrację i zmianę ustawień parametrów detektorów [tiret 16.]*
- *umożliwia zdalną zmianę maksymalnej długości sygnału zezwalającego poszczególnych grup sygnałowych bez potrzeby restartowania sterownika w każdym trybie pracy oraz lokalną*

i zdalną zmianę parametrów [tiret 17.]

- *umożliwia zdalną kalibrację i zmianę ustawień parametrów detektorów [tiret 18.]*
- *umożliwia zdalną zmianę maksymalnej długości sygnału zezwalającego poszczególnych grup sygnałowych bez potrzeby restartowania sterownika w każdym trybie pracy oraz lokalną i zdalną zmianę parametrów programu [tiret 19.]*
- *przechowuje dane archiwalne w przypadku utracenia łączności z System Sterowania Ruchem – dane gromadzone w pamięci lokalnej [tiret przedostatni]*

W załączniku nr 2 do ww. rozporządzenia pn. „Szczegółowe warunki techniczne dla znaków drogowych poziomych i warunkach ich umieszczenia na drogach”, w pkt 3.3.1., opisującym wymagania funkcjonalne dla urządzeń sterujących, wskazane jest, że: *Sterownik powinien umożliwiać wprowadzanie zmian programowych w miejscu lokalizacji lub zdalnie, przy zachowaniu pełnej kontroli dostępu do poszczególnych poziomów ingerencji.*

Według Zamawiającego wszystkie wymagania określone w prezentacji mają swoją podstawę w opisie przedmiotu zamówienia, a ponadto znajdują oparcie w powyżej przywołanym rozporządzeniu.

Z ostrożności Zamawiający podniósł, że w myśl wyroku Izby o sygn. akt KIO 3408/20 wymagane jest, aby postanowienia prezentacji miały swoje źródło w zapisach dokumentów postępowania. Natomiast Izba nie narzuciła Zamawiającemu obowiązku sporządzenia opisu prezentacji polegającego na dosłownym przeniesieniu zapisów z PFU.

Wieloletnie doświadczenie Zamawiającego w zarządzaniu sygnalizacjami doprowadziło go do wniosku, że wprowadzanie zmian programowych w miejscu lokalizacji za pomocą pulpitu operacyjnego jest niezbędne, gdyż w awaryjnych sytuacjach podnosi poziom bezpieczeństwa i płynność ruchu oraz obniża koszty eksploatacji.

Zamawiający stwierdził, że w celu podniesienia konkurencyjności prowadzonego postępowania przy poprzednim odwołaniu wycofał się z zapisu, że z poziomu pulpitu należy zapewnić możliwość zmiany wszystkich parametrów, gdyż w praktyce nie jest to potrzebne. Doprecyzowany załącznik nr 10 wskazuje, jakie parametry należy zmienić, a załącznik nr 9 (PFU) wskazuje, że taka funkcjonalność jest w sterowniku wymagana.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących pkt 4.2., 4.6.3.4., 4.6.3.5., 4.6.4.2 załącznika nr 10 do SIWZ Zamawiający dodał, że parametry tam określone należy traktować jako zbiór funkcjonalności, jakie musi posiadać sterownik.

Zamawiający skonstatował, że wymaga przeprowadzenia prezentacji dla kilku wybranych funkcjonalności.

W prezentacji nr 2 pkt 4.2. odwołuje się do wymogu zmiany parametrów z poziomu pulpitu operacyjnego sterownika, co nie stoi w sprzeczności funkcjonalnością wymienioną również w pkt 6.1.1. tiret 19. PFU – chodzi o wykazanie możliwości zmiany tego parametru

sygnalizacji z poziomu pulpitu.

Zamawiający w pkt 6.1.1. tiret 19. wymaga również, aby zmiany parametrów można było dokonać zdalnie, co zostało odzwierciedlone w prezentacji nr 6 (pkt 4.6.3.4., 4.6.3.5., 4.6.4.2.). Obie opisane w PFU funkcjonalności znajdują uzasadnienie w pracy systemu. Możliwość wprowadzenia zmiany parametrów z poziomu pulpitu wiąże się z sytuacją, w której zostanie zerwana łączność z systemem i konieczne będzie sterowanie w trybie lokalnym, a możliwość wprowadzenia zmiany parametrów zdalnie dotyczy pracy systemu z zastosowaniem łączności zdalnej.

Z kolei wskazane w pkt 4.7.3.9. wymaganie wynika wprost z 6.1.1 tiret przedostatni PFU. Ponieważ w trakcie testu sterownik nie ma łączności z systemem sterowania ruchem, powinien rejestrować swoją pracę lokalnie. Stąd Zamawiający wymaga przedstawienia takiego zapisu pracy sterownika. Zamawiający celowo nie wskazał, w jaki sposób ma to zostać udokumentowane, aby uniknąć zarzutów związanych z ograniczaniem konkurencyjności.

Niezależnie od powyższego Zamawiający zakłada, że współcześnie, w dobie cyfrowej, wszystkie sterowniki sygnalizacji posiadają funkcjonalność polegającą na rejestrowaniu swojej pracy i możliwość jej udokumentowania.

Nie jest to wymaganie ponad nadmiarowe, gdyż sterowniki firm Dynniq, AsterIT, MSR posiadają taką funkcjonalność.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Zamawiający przywołał brzmienie pkt 1.4.1.2.14. PFU: *Wykonawca w ramach prowadzonych działań powinien wykorzystać w jak największym stopniu istniejącą infrastrukturę, dlatego dostarczony sterownik musi być kompatybilny z co najmniej dwoma typami sterowników eksploatowanych w mieście Katowice – przez kompatybilność sterowników rozumie się: możliwość wymiany danych o stanie grup sygnalizacyjnych (fizycznych i logicznych), stanie detektorów, stanie wejść sprzętowych i programowych, numerze realizowanego planu, numerze realizowanej fazy, wartości licznika cyklu i licznika bazowego pomiędzy sterownikiem dostarczonym przez Wykonawcę a sterownikami eksploatowanym na terenie miasta Katowice bez dodatkowych urządzeń pośredniczących.*

Zamawiający zwrócił uwagę, że w ramach prezentacji wymaga tylko wykazania kompatybilności jedynie z jednym typem sterownika spośród eksploatowanych w Katowicach, a nie dwoma jak w przytoczonym postanowieniu PFU.

{ad pkt 1.-3.listy zarzutów}

Zamawiający podsumował, że na etapie prezentacji sprawdza tylko część kluczowych funkcjonalności i to w oparciu o dane testowe, a nie rzeczywiste.

W szczególności nie są objęte prezentacją:

- 1) algorytmy sterowania ruchem – wykonawca decyduje, jaki algorytm zastosuje, żeby uzyskać poprawę warunków ruchu;
- 2) takie podstawowe parametry sterownika, jak: kontrola prądowa i napięciowa, dwa niezależne układy nadzoru;
- 3) interfejs aplikacji centralnej systemu;
- 4) zapewnienie prawidłowej pracy w zakresie napięcia zasilającego 230V -20% do +15%; zapewnienie nadzoru grup sygnałowych z pomiarem prądu dla wszystkich sygnałów, czasów międzzielonych, minimalnych/maksymalnych długości sygnałów zielonych, sekwencji sygnałów, podłączonej detekcji oraz wyjść i wejść sterownika, nadzorowanie zegara sterownika oraz jego synchronizacja z systemem sterowania.

Według Zamawiającego możliwość zweryfikowania, czy oferowany sterownik będzie kompatybilny z minimum jednym typem sterownika spośród eksploatowanych w Katowicach oraz czy posiada wybrane kluczowe funkcjonalności stanowi jego uprawnienie.

W piśmie z 29 kwietnia 2021 r. Przystępujący SPRINT S.A. z siedzibą w Olsztynie {dalej: „Sprint” lub „Przystępujący”} w szczególności następująco odniósł się do zarzutów odwołania.

Zdaniem Przystępującego usunięcie słowa „wszystkich” z treści postanowienia zawartego w pkt 6.1.1. tiret 7. PFU nie odebrało Zamawiającemu uprawnienia do sprecyzowania, jakie konkretnie zmiany parametrów pracy sygnalizacji świetlnej mają być możliwe za pomocą pulpitu operacyjnego. Ponadto Przystępujący wyraził przekonanie, że czyni to zadość zarówno żądaniom poprzedniego odwołania, jak i odpowiada treści wyroku Izby.

Przystępujący podkreślił, że z treści uzasadnienia zarzutów poprzedniego odwołania wynika, że Odwołujący nie miał wtedy wątpliwości, że wyszczególnione w treści załącznika nr 10 do SIWZ funkcjonalności, które mają być przedmiotem prezentacji, stanowią wymagania dla oferowanego sterownika i w praktyce składają się na opis przedmiotu zamówienia. Istotą podniesionych wówczas zarzutów było zakwestionowanie zasadności tak sprecyzowanych parametrów opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do sterowników.

Z uwagi na powyższe w ocenie Przystępującego aktualnie prezentowane stanowisko, jakoby funkcjonalności wskazane w nowej treści załącznika nr 10 do SIWZ nie były elementem opisu przedmiotu zamówienia, nie zasługuje na wzięcie pod uwagę.

Z kolei twierdzenie, że wystarczające jest, aby pulpit operacyjny umożliwił wykonanie zmiany co najmniej dwóch parametrów sygnalizacji świetlnej, nie znajduje oparcia ani w pkt 6.1.1. tiret 7. załącznika nr 9 do SIWZ, ani w treści załącznika nr 10 do SIWZ, gdyż wręcz przeciwnie, wynika z nich, jakie parametry sygnalizacji świetlnej podlegają zmianie za pomocą pulpitu operacyjnego sterownika.

W odniesieniu do zakwestionowanych postanowień załącznika nr 10 do SIWZ z opisu prezentacji 1., 2. i 6. Przystępujący stwierdził, że znajdują one oparcie w pkt 6.1.1. tiret 7. PFU, z którego wynika, że sterownik ma posiadać pulpit operacyjny umożliwiający wykonanie zmiany parametrów pracy sygnalizacji świetlnej, co zostało wprost wskazane w ramach opisu tych prezentacji.

Natomiast zakwestionowane postanowienia załącznika nr 10 do SIWZ z opisu prezentacji nr 7. jest odzwierciedleniem pkt 6.1.1. tiret 17. PFU, zgodnie z którym sterownik ma umożliwić zdalną zmianę maksymalnej długości sygnału zezwalającego poszczególnych grup sygnałowych bez potrzeby restartowania sterownika w każdym trybie pracy oraz lokalną zmianę parametrów programu. Z tego postanowienia opisu przedmiotu zamówienia wynika zdaniem Przystępującego m.in. właśnie wymaganie zapewnienia przez sterownik możliwości lokalnej, czyli za pomocą pulpitu operacyjnego zmiany parametrów programu zarządzającego pracą sterownika.

W odniesieniu do kwestionowanych postanowień z opisu prezentacji 9. Przystępujący zauważył, że w poprzedniej sprawie zarzut dotyczący pkt 1.4.1.2.14. PFU został uznany za niezasadny, a zatem prawomocnie zostało rozstrzygnięte, że wymaganie kompatybilności oferowanych sterowników ze sterownikami już użytkowanymi przez Zamawiającego nie stanowi naruszenia uczciwej konkurencji. W konsekwencji za bezzasadne należy uznać kwestionowanie obecnie przez Odwołującego uprawnienia Zamawiającego do sprawdzenia tej funkcjonalności oferowanego sterownika w ramach prezentacji.

W piśmie z 29 kwietnia 2021 r. Przystępujący WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach {dalej: „Wasko” lub „Przystępujący”} w szczególności następująco odniósł się do zarzutów odwołania dotyczących prezentacji oferowanego sterownika.

W odniesieniu do zakwestionowanego postanowienia z opisu prezentacji 1.

Przystępujący zauważył, że w ramach argumentacji dotyczącej tego zarzutu Odwołujący wyrwał z kontekstu wymagania określonego w pkt 6.1.1. PFU jedynie zakończenie zdania trzeciego, podczas gdy z pierwszej części tego zdania wynika, że jedną z czynności sterowania za pomocą pulpitu sterującego jest możliwość *przejścia jednego skrzyżowania w wyciemnienie*, czyli wyłączenie tego skrzyżowania.

Wobec tego Przystępujący stwierdził, że funkcjonalność badana w ramach prezentacji nr 1 wprost znajduje oparcie w opisie przedmiotu zamówienia.

W przekonaniu Przystępującego wnioskowana przez Przystępującego zmiana w sposobie przeprowadzenia badania sterownika zmierza do pozbawienia Zamawiającego uzasadnionej jego potrzebami możliwości szybkiego (bez dodatkowych urządzeń) wyłączenia wybranego skrzyżowania, co często jest konieczne przy usuwaniu awarii infrastruktury lub zdarzeń drogowych w celu zapewnienie bezpieczeństwa na skrzyżowaniu.

Również w odniesieniu do zakwestionowanego postanowienia z opisu prezentacji 6. Przystępujący stwierdził, że znajduje ono oparcie w wymaganiach opisu przedmiotu zamówienia a opisem przeprowadzenia badania sterownika. Zgodnie z pkt 4.6.3.2. opisu prezentacji nr 6 zmianę wskazanych parametrów należy przeprowadzić *przy pomocy komputera i złącza Ethernet*, co jest zgodne z wymaganiem, zgodnie z którym sterownik sygnalizacji świetlnej *umożliwia zdalną kalibrację i zmianę ustawień parametrów detektorów*.

Przystępujący wskazał, że opisany w pkt 6.1.1. PFU (który został przytoczony w pkt 4.6.3.4 opisu badania sterownika). pulpit operacyjny może być zainstalowany na komputerze (co potwierdza pkt 4.6.3.2. tej prezentacji), natomiast zastrzeżenia z pkt 4.6.3.4., że *zmiana musi być wykonana bez konieczności przełączania fizycznych przełączników oraz bez wykorzystania jakiegokolwiek urządzenia zewnętrznego*, ma na celu zapewnienie, że wprowadzenie tych zmian nastąpi za pomocą złącza Ethernet.

Niezależnie od powyższego Przystępujący oświadczył, że znane mu są przynajmniej dwa sterowniki dostępne na rynku spełniające wymagania Zamawiającego i realizujące funkcjonalności w sposób określony w prezentacji sterownika. Ponieważ sterowniki te produkowane są przez niepowiązane i niezależne od siebie podmioty gospodarcze tj. Swarco oraz Wasko, zapewniona jest konkurencyjność i otwartość tego przetargu.

W ocenie Przystępującego wymagania określone w stosunku do prezentacji oferowanego sterownika nie wykraczają poza wymagania opisu przedmiotu zamówienia oraz nie wymagają realizacji tego przedmiotu zamówienia przed podpisaniem umowy.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został

uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 npzp.

Izba oddaliła zgłoszony w odpowiedzi na odwołanie wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 4 i 5 npzp, gdyż: po pierwsze – w odniesieniu do wymogu kompatybilności sterownika z istniejącą infrastrukturą Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie poprzedniego jego odwołania w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, po drugie – w pozostałym zakresie odwołanie dotyczy zmiany załącznika nr 10 do SIWZ, czyli czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z 3 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 3408/20 (dodatkowo Zamawiający wskazał na art. 527 npzp, z którego wynika, że na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby nie przysługuje odwołania, jako ustanawiającego zasadę powagi rzeczy osądzonej).

Izba ustaliła na podstawie treści powyżej wskazanego wyroku wraz z uzasadnieniem, co następuje.

W poprzedniej sprawie Izba {abstrahując od częściowego umorzenia postępowania odwoławczego} uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów podniesionych w pkt 6. i 7. petitum odwołania i nakazała Zamawiającemu zmianę treści załącznika nr 10 do SIWZ, określającego wymagania dotyczące prezentacji sterownika, przez ograniczenie tego dokumentu do dwóch pierwszych stron i usunięcie z jego treści pozostałych fragmentów tj. od strony trzeciej do końca, a w pozostałym zakresie oddaliła tanto odwołanie [zob. pkt 2. i 3. sentencji].

Uwzględnione przez Izbę zarzuty dotyczyły naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 3 (w zw. z art. 7 ust. 1) pzp przez wprowadzenie w pkt 6.4. SIWZ i w załączniku nr 10 do SIWZ sposobu zaprezentowania funkcjonalności sterownika ograniczającego konkurencję do urządzeń producenta Swarco.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający w ramach wykonania przywołanego powyżej pkt 2. sentencji wyroku usunął całą treść załącznika nr 10 do SIWZ z wyjątkiem str. 1. i 2., a obecnie wniesione odwołanie nie dotyczy tej czynności, a zupełnie nowej treści wprowadzonej do tego załącznika określającego sposób przeprowadzenia prezentacji sterownika.

Izba stwierdziła, że wniosek o odrzucenie odwołania Siemens w tej sprawie jest bezzasadny, gdyż powyżej ustalone okoliczności nie stanowią wypełnienia ani hipotezy normy z art. 528 pkt 4 npzp (wyłącznie te same okoliczności, które były już przedmiotem rozpoznania), ani hipotezy normy z art. 528 pkt 5 npzp (czynność wykonana przez

zamawiającego zgodnie z treścią wyroku), które mają uniemożliwić wystąpienie w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym, stanowiąc urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*).

Wbrew temu, co sugerował Zamawiający, wyłączenie usunięcie przez niego postanowień załącznika nr 10 do SIWZ może być poczytywane za czynność wykonaną przez niego zgodnie z treścią przywołanego powyżej wyroku (czyli sentencji). Natomiast sformułowanie następnie nowego brzmienia treści tego załącznika stanowi zupełnie nową czynności Zamawiającego. Nie ma przy tym znaczenia, czy uwzględnił wskazówki wynikające z uzasadnienia poprzedniego wyroku, gdyż wyrok należy odróżnić od uzasadnienia, czyli wyjaśnienia powodów, dla których zapadło rozstrzygnięcie wynikające z sentencji.

Niezależnie od powyższego z oczywistych względów Izba w poprzednim wyroku nie mogła antycypować, w jaki sposób Zamawiający doprecyzuje treść załącznika nr 10 do SIWZ, czyli czy i jakie postanowienia w miejsce usuniętych zostaną przez niego wprowadzone. Z kolei nawet jeżeli w ramach kwestionowania tych zupełnie nowych postanowień zgłoszona została również analogiczna argumentacja jak w poprzednim odwołaniu, nie są to wyłącznie te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w poprzednim wyroku.

Reasumując, wniosek o odrzuceniu odwołania nie mógł zostać uwzględniony, gdyż oznaczałoby to, że rezultat nowej czynności przeprowadzonej w postępowaniu przez Zamawiającego jest niezaskarżalny, pomimo że Izba w poprzednim wyroku nie mogła i nie przesądziła w sposób wiążący, czy i jak Zamawiający ma poprawić treść załącznika dotyczącego prezentacji sterowników.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może

ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż wskazał, że chce się ubiegać o jego udzielenie, a jednocześnie w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami, nie może tego uczynić skutecznie, a zatem może ponieść szkodę.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Ponieważ zarzuty zawarte w odwołaniu polegają na zakwestionowaniu nowych postanowień załącznika nr 10 do SIWZ przez pryzmat wyroku Izby z 3 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 3408/20 oraz treści jego uzasadnienia, konieczne jest ustalenie, co, jak i dlaczego Izba rozstrzygnęła w poprzedniej sprawie odwoławczej i jakie ma to znaczenie w kontekście aktualnie rozpoznawanej sprawy.

Poprzednie odwołanie Siemensu zawierało zarzut naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 3 (w zw. z art. 7 ust. 1) pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niewyczerpujący i utrudniający uczciwą konkurencję, polegające na określeniu w załączniku nr 9 do SIWZ – Programie funkcjonalno-użytkowym {dalej: „PFU”}, w pkt 6.1.1. tiret 7. wymogu w brzmieniu: *Każdy nowy instalowany sterownik musi spełniać poniższe wymagania oraz każda lokalizacja wskazana w Załączniku 1a musi być wyposażona w sterownik sygnalizacji świetlnej, spełniający co najmniej poniższe wymagania: (...) posiada pulpit operacyjny umożliwiający wykonanie zmiany wszystkich parametrów pracy sygnalizacji świetlnej*, w sytuacji gdy określenie „wszystkich” jest zbyt ogólne i może być interpretowane dowolnie oraz prowadzić do wykluczenia oferentów na podstawie arbitralnej decyzji Zamawiającego dotyczącej nieistotnych z punktu widzenia projektu parametrów, co oznacza że powyższe wymaganie jest nadmierne oraz ma na celu ograniczenie konkurencji do jednego producenta sterowników tj. Swarco, co uniemożliwia złożenie ważnej i skutecznej oferty przez Odwołującego (pkt 2. petitum). W zakresie tego zarzutu Odwołujący wniósł o usunięcie z treści przywołanego wymagania słowa „wszystkich”.

Z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego m.in. powyższego zarzutu, Izba w orzeczeniu kończącym w pierwszej kolejności umorzyła poprzednie postępowanie odwoławcze m.in. w zakresie tego zarzutu [zob. pkt 1. sentencji wyroku].

Z kolei Zamawiający uczynił zadość zgłoszonemu w związku z tym zarzutem żądaniu i nadał wymaganiu z tiret 7. pkt 6.1.1. załącznika nr 9 do SIWZ oczekiwaną przez

Odwołującego treść, zgodnie z którą sterownik sygnalizacji świetlnej ma co prawda posiadać pulpit operacyjny umożliwiający wykonanie zmiany parametrów pracy sygnalizacji świetlnej, ale już nie wszystkich.

Ponieważ ani z poprzedniego, ani z obecnego odwołania nie wynika, czy zbiór, który można by określić nazwą „Wszystkie parametry sygnalizacji świetlnej”, ma charakter otwarty czy zamknięty i co dokładnie wchodzi w jego skład, a nie jest to okoliczność notoryjna, po dokonaniu powyższej zmiany nie sposób stwierdzić, jakich to parametrów miałyby nie obejmować sterowanie z pulpitu sterownika, poza tym, że nie może obejmować wszystkich parametrów. Taki stan rzeczy wynika z ogólnikowości podniesionych w poprzednim odwołaniu okoliczności, a w konsekwencji braku skorelowania z zarzutem m.in. naruszenia art. 29 ust. 1 pzp żądania, które zmierzałoby do rzeczywistego doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia. O ile zarzut wskazywał na nieprecyzyjność opisu polegającego na odwołaniu się do ogólnego określenia „wszystkie”, o tyle przedmiotem zgłoszonego w związku z tym żądania nie było nakazanie Zamawiającemu skonkretyzowania parametrów sygnalizacji świetlnej, które mają być zmieniane bezpośrednio z pulpitu sterownika.

Poza wszelkim sporem jest, że w pkt 6.1.1. załącznika nr 9 do SIWZ – w związku z dopuszczeniem, aby maksimum 3 znajdujące się blisko siebie skrzyżowania były obsługiwane przez jeden sterownik – zaznaczono, że w takim przypadku z pulpitu tego sterownika operator musi mieć wyboru, którym z tych skrzyżowań steruje. Nie jest to zatem postanowienie, które konkretyzuje parametr sygnalizacji świetlnej, a jedynie potwierdzenie reguły, że niezależnie od tego, czy sterownik obsługuje jedno czy więcej skrzyżowań, z poziomu jego pulpitu musi być możliwość sterowania parametrami sygnalizacji świetlnej na każdym z tych skrzyżowań.

Reasumując ten wątek, PFU, zarówno pierwotnie, jaki i po zmianach wprowadzonych przez Zamawiającego zgodnie z żądaniami poprzedniego odwołania (związanymi z zarzutami z pkt 2., 3. i 4. petitum, których zasadność Zamawiający uznał), nie określa, jakie to konkretnie parametry sygnalizacji świetlnej mają podlegać sterowaniu z pulpitu, niezależnie od tego, czy dany sterownik będzie obsługiwał jedno, dwa czy trzy skrzyżowania, gdyż nie było to przedmiotem zainteresowania Odwołującego w poprzedniej sprawie.

Z kolei w ramach uzasadniania zarzutów z pkt 6. i 7. petitum poprzedniego odwołania zostało podniesione, co następuje.

Po pierwsze, że opisana w załączniku nr 10 do SIWZ procedura spełniania wymogów określonych w załączniku nr 9 do SIWZ jest niezwykle szczegółowa i prowadzi do faktycznego rozszerzenia opisu przedmiotu zamówienia o dodatkowe elementy. Odwołujący zarzucał, że takie dookreślenie opisu przedmiotu zamówienia nie znajduje

uzasadnienia w technicznych czy funkcjonalnych potrzebach Zamawiającego {w domyśle w odniesieniu do systemu zarządzania transportem} [zob. pkt 2. uzasadnienia zarzutu 6. na str. 12.]

Po drugie, że opisana w załączniku nr 10 do SIWZ procedura jest niespójna z opisem przedmiotu zamówienia {tym razem nie wskazano, czy chodzi o załącznik nr 9 do SIWZ}, gdyż z jednej strony określa wymagania w odniesieniu do nieistotnych z punktu widzenia celu postępowania (jakim jest m.in. uzyskanie poprawy warunków ruchu drogowego) funkcji, takich jak interfejs użytkownika, zaś z drugiej nie dotyczy potwierdzenia spełniania przez sterownik takich istotnych okoliczności, „jak weryfikacja przywołanych norm wydanych przez niezależne instytucje badawcze...” [zob. pkt 3. i 4. uzasadnienia zarzutu na str. 12].

Po trzecie, że treść załącznika nr 10 do SIWZ opisuje proces weryfikacji, czy wybrane funkcjonalności realizowane są przez sterownik w ściśle określony sposób, który odpowiada sposobowi działania sterowników producenta Swarco, które cechują się: (1) opcją manualnego wprowadzania wszystkich zmian na skrzyżowaniu bezpośrednio z wbudowanych w nie pulpitów operatorskich oraz (2) zdolnością do bezpośredniej wymiany pomiędzy poszczególnymi egzemplarzami danych dotyczących wszystkich parametrów pracy [zob. pkt 2. i 3. uzasadnienia zarzutu 7. na str. 12.-13.].

Po czwarte, że skoncentrowanie się Zamawiającego na etapie oceny ofert wyłącznie na sterowniku, i to w zakresie opisanym bardzo szczegółowo w załącznikach nr 9 i 10 do SIWZ, powoduje taką zmianę charakteru przedmiotu zamówienia, jakby dotyczyło ono dostawy sterowników konkretnego producenta (Swarco), a nie zaprojektowania i wykonania systemu sterowania ruchem [zob. pkt 4. i 5. uzasadnienia zarzutu 7. na str.13.].

Natomiast z uzasadnienia wyroku w poprzedniej sprawie wynika, że Izba z następujących powodów uznała za zasadne zarzuty z pkt 6. i 7. petitum poprzedniego odwołania.

Po pierwsze, z uwagi na wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający w zbyt szerokim zakresie, w sposób niepowiązany z przedmiotem zamówienia {Izba nie wskazała jednak na załącznik nr 9 do SIWZ} przekopiował do załącznika nr 10 do SIWZ postanowienia z analogicznego dokumentu opracowanego na potrzeby postępowania prowadzonego przez innego zamawiającego, Gliwice [zob. przedostatni akapit na str. 20.].

Po drugie, Izba uznała za niewłaściwą konstrukcję załącznika nr 10 do SIWZ jako nie w pełni zgodnego z treścią opisu przedmiotu zamówienia {Izba ponownie nie wskazała, że chodzi tu o załącznik nr 9 do SIWZ}, a także narzucającego weryfikację realizacji przez sterownik wybranych funkcjonalności w ściśle określony sposób [zob. ostatni akapit na str. 20.].

Co istotne, z przywołanego już uprzednio pkt 2. sentencji wyroku wynika

jednoznacznie, że Izba nie uczyniła zadość zgłoszonemu w odwołaniu żądaniu wykreślenia w całości załącznika nr 10 do SIWZ, co oznacza, że nie w pełni uznała za zasadne zarzuty z pkt 6. i 7. petitum odwołania.

Znajduje to potwierdzenie w uzasadnieniu, z którego wynika, że zarzuty te zostały uznane przez Izbę za zasadne jedynie w odniesieniu do naruszenia art. 29 ust. 2 pzp (w zw. z art. 7 ust. 1 pzp), czyli w aspekcie naruszenia przez opis przedmiotu zamówienia zasady uczciwej konkurencji, a już nie w odniesieniu do zarzucanego również naruszenia art. 29 ust. 1 i 3 pzp [zob. podsumowanie uzasadnienia dla rozstrzygnięcia zarzutów nr 6 i 7 na str. 22.].

Izba uznała bowiem, że ponieważ Zamawiający ma prawo wymagać w ramach badania i oceny ofert prezentacji funkcjonalności oferowanych sterowników, może wprowadzić do załącznika nr 10 do SIWZ nowe postanowienia, które w jego ocenie pozwolą mu na skuteczną i adekwatną do przyjętych założeń ocenę złożonych ofert w zakresie zaoferowanych sterowników. Przy czym takie doprecyzowanie lub rozwinięcie treści tego załącznika powinno mieć swoje oparcie w opisie przedmiotu zamówienia i z niego wynikać {również w tym przypadku Izba konsekwentnie nie wskazała, że chodzi tu wyłącznie o załącznik nr 9 do SIWZ} [zob. akapit rozpoczynający się na str. 21 i kończący się na str. 22].

Reasumując, taki jest właściwy kontekst podkreślanej w odwołaniu wypowiedzi Izby, która przede wszystkim nie stanowi właściwego rozstrzygnięcia, a jedynie element uzasadnienia, wskazujący ogólnie, w jaki sposób według Izby powinien postąpić Zamawiający przy formułowaniu na nowo treści załącznika nr 10 do SIWZ.

Przed wszystkim kluczowe znaczenie dla obecnie rozpoznawanej sprawy ma brak zawarcia w odwołaniu, wniesionym przecież wobec tych nowych postanowień załącznika nr 10 do SIWZ, jakichkolwiek konkretnych okoliczności wskazujących na to, że zakwestionowane postanowienia dotyczące prezentacji oferowanego sterownika stanowią przejaw dokonania opisu przedmiotu zamówienia, który może utrudniać uczciwą konkurencję. W szczególności nie wiadomo, dlaczego sprecyzowanie przez Zamawiającego niektórych wymagań opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 10 do SIWZ, a nie wyłącznie w PFU, miałyby o tym świadczyć. Obecne odwołanie, w przeciwieństwie do poprzedniego, w ogóle nie polega na podnoszeniu takich okoliczności, które mogłyby świadczyć o tym, że zaskarżone postanowienia załącznika nr 10 do SIWZ zostały sformułowane w sposób naruszający uczciwą konkurencję. Zamiast tego w odwołaniu zostało przeprowadzone nielogiczne rozumowanie, jakoby miało to wynikać niejako samo przez się z uzasadnienia wyroku w poprzedniej sprawie, która dotyczyła przecież poprzedniej treści załącznika nr 10 do SIWZ.

Odwołujący powinien zdawać sobie z tego sprawę, skoro dla wykazania konieczności merytorycznego rozpoznania sprawy w kontekście braku zaistnienia podstaw do odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 4 i 5 npzp sam powołał się na orzeczenia Izby, z których wynika, że w przypadku gdy dana czynność została dokonana niezgodnie z wyrokiem Izby lub w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi w uwzględnionym odwołaniu, podlegają ponownemu zaskarżeniu, a tym samym ocenie Izby względem ich zgodności z materialnoprawnymi przepisami ustawy pzp.

Wreszcie Izba nie stwierdziła, aby brzmienie zaskarżonych postanowień załącznika nr 10 do SIWZ wskazywało na znaki towarowe, patenty, pochodzenie, źródło lub szczególny proces, który charakteryzowałby produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Co prawda w przypadku ostatniego z zarzutów odwołanie nie nawiązuje do wyroku Izby z 3 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 3408/20, jednak również w tym przypadku ma on znaczenie, gdyż poprzednie odwołanie zawierało zarzut dotyczący postanowienia PFU ustanawiającego wymóg zapewnienia kompatybilności oferowanych sterowników ze sterownikami już użytkowanymi przez Zamawiającego, oparty m.in. na okolicznościach, które ponownie zostały podniesione w tej sprawie. Już w poprzednim odwołaniu była mowa o tym, że Zamawiający nie opublikował żadnych informacji technicznych na temat sterowników rozmieszczonych już w Katowicach w odniesieniu do możliwości wymiany danych, jak np. stosowanych protokołów transmisji czy opisu formatu danych [zob. pkt 4. uzasadnienia zarzutu 1. na str. 8.].

Co istotne, zarzut ten (z pkt 1. petitum odwołania), czyli naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 3 (w zw. z art. 7 ust.1) pzp przez wprowadzenie w pkt 1.4.1.2.14. załącznika nr 9 do SIWZ definicji kompatybilności stawiającej nadmierne wymagania, co ma na celu ograniczenie konkurencji wyłącznie do sterowników producenta Swarco – był jednym z trzech zarzutów uznanych przez Izbę za niezasadne, a tym samym Izba nie uwzględniła żądania nakazania usunięcia tego postanowienia.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, że przyjęta przez Zamawiającego definicja kompatybilności sterowników wyklucza wszystkich wykonawców, którzy nie posiadają w swej ofercie sterowników zainstalowanych już u Zamawiającego. W tym kontekście skład orzekający zwrócił uwagę na dowód złożony przez Zamawiającego w postaci korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Swarco, w której

producent ten potwierdził, że kontroler ITC-3 jest otwartą platformą stworzona na światowy rynek, która łączy się bezpośrednio z głównymi systemami funkcjonującymi na rynku światowym np. SCATS, SCOOT, Aenor, OCIT, RDMP i innymi. Dzięki temu Zamawiający uprawdopodobnił, że funkcjonujące obecnie rozwiązanie dostarczone przez Swarco może być kompatybilne z systemami funkcjonującymi na rynku światowym, wobec tego sterowniki, które obsługują istniejące rozwiązanie, nie stanowią przeszkody dla większości firm z branży.

Izba nie znalazła także powodów do zakwestionowania twierdzenia Zamawiającego o nieadekwatności argumentacji, że powszechnie stosowane są rozwiązania techniczne zapewniające pracę urządzeń różnych producentów na sąsiednich skrzyżowaniach bez wymiany pomiędzy nimi danych. Zamawiający wyjaśnił bowiem, że planuje skrzyżowania wymienione w załączniku nr 1a do SIWZ w wybranych sytuacjach koordynować ze skrzyżowaniami wymienionymi w załączniku nr 1aa do SIWZ (niewłączanymi do systemu). W związku z tym konieczne jest zapewnienie opisanej w PFU funkcjonalności wymiany danych między sterownikami. O ile jest możliwe zapewnienie koordynacji bez takiej wymiany danych, o tyle jest to wtedy koordynacja oparta o synchronizację czasu, czyli koordynacja stałoczasowa – zapewniająca gorsze warunki ruchu niż nie tylko wdrażane koordynacje systemowe, ale również koordynacje już eksploatowane na terenie miasta. Dla zapewnienia płynnego ruchu pomiędzy skrzyżowaniami włączonymi do systemu (zaawansowane sterowanie acykliczne i adaptacyjne) a pozostałymi na terenie miasta konieczna jest wymiana danych na zasadach opisanych w PFU.

Podobnie odnośnie wymogu braku dodatkowych urządzeń pośredniczących Izba przychyliła się do argumentacji Zamawiającego, który wskazał, że ich brak pozwala mu na uruchomienie koordynacji z wykorzystaniem ogólnodostępnych metod łączności teleinformatycznej, co również znacząco wpływa na koszty takich inwestycji (tani ogólnodostępny sprzęt oraz brak konieczności angażowania specjalistycznie wykwalifikowanej grupy specjalistów), zatem postawienie tego wymogu było podyktowane obiektywnymi przyczynami [zob. uzasadnienie na str. 17.-18].

Niezależnie od powyższego już w poprzedniej wersji załącznika nr 10 do SIWZ jeden z etapów prezentacji *de facto* dotyczył zweryfikowania spełnienia wymagania wynikającego z pkt 1.4.1.2.14. PFU, gdyż celem ówczesnej prezentacji nr 6 było sprawdzenie funkcjonalności umożliwiającej wymianę danych z aktualnie eksploatowanymi przez Zamawiającego sterownikami.

Tymczasem Odwołujący poprzednio nie zarzucał, że badanie spełniania wymagania z pkt 1.4.1.2.14. PFU, jako postanowienia wskazującego cechy systemu sterowania ruchem, który zostanie dopiero zaprojektowany i wdrożony przez wykonawcę po zawarciu umowy

w sprawie tego zamówienia, jest nieuzasadnione na etapie badania złożonych ofert. Wobec tego podnoszenie tego typu zastrzeżeń dopiero po oddaleniu przez Izbę poprzedniego odwołania w zakresie zarzutu i żądania zmierzających do usunięcia wymagania kompatybilności jest nie tylko zarzutem spóźnionym, ale i niewiarygodnym.

Ponadto Odwołujący, na którym spoczywał w tym zakresie ciężar, nie zgłosił żadnych dowodów dla wykazania, że wykonawcy w ramach prezentacji nr 9 z załącznika nr 10 do SIWZ zostali zobowiązani do demonstracji funkcjonalności wykraczających poza zakres standardowych funkcjonalności sterowników prezentowanych przed udzieleniem zamówienia publicznego.

Przy czym Odwołujący już poprzednio twierdził, że wymaganie wymiany danych pomiędzy sterownikami bez dodatkowych urządzeń pośredniczących, nie pozwala na przyjęcie innych rozwiązań technicznych niż bezpośrednie połączenie sterowników w celu wymiany danych przez protokół komunikacyjny. A tym samym kompatybilność musi wynikać wprost z właściwości danego sterownika, a taką cechą będą mieć tylko sterowniki tego samego producenta, co sterowniki już zainstalowane w Katowicach [zob. pkt 5. uzasadnienia zarzutu 1. na str. 8.].

Natomiast umknęło uwadze Odwołującego, że to pkt 1.2. PFU, jak sama jego nazwa („Założenia dla przyszłego systemu”) wskazuje, dotyczy założeń docelowego systemu sterowania ruchem, natomiast szczegółowe wymagania odnośnie kompatybilności oferowanych sterowników zamieszczone zostały w pkt 1.4. PFU pn. „Elementy sterowania ruchem”.

Przede wszystkim rozstrzygające znaczenie ma brzmienie pkt 1.4.1.2.14. PFU [*Wykonawca w ramach prowadzonych działań powinien wykorzystać w jak największym stopniu istniejącą infrastrukturę dostarczony sterownik musi być kompatybilny co najmniej dwoma typami sterowników eksploatowanych w mieście Katowice – przez kompatybilność sterowników rozumie się: możliwość wymiany danych o stanie grup sygnalizacyjnych (fizycznych i logicznych), stanie detektorów, stanie wejść sprzętowych i programowych, numerze realizowanego planu, numerze realizowanej fazy, wartości licznika cyklu i licznika bazowego pomiędzy sterownikiem dostarczonym przez Wykonawcę a sterownikami eksploatowanym na terenie miasta Katowice bez dodatkowych urządzeń pośredniczących*], z którego wprost wynika, że to sam sterownik ma cechować się kompatybilnością w rozumieniu zdefiniowanym w tym wymaganiu.

Reasumując, uzasadnienie faktyczne zarzutu polega na wysnuciu z przywołanych i omówionych powyżej postanowień wniosków, które w rzeczywistości nie wynikają z brzmienia tych postanowień, względnie na powoływaniu się na te same okoliczności, które

zostały już poprzednio ocenione przez Izbę jako niewskazujące na naruszenie uczciwej konkurencji.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są niezasadne.

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Pomimo że w ramach listy zarzutów odrębnie wymieniony został zarzut naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 pzp i zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 (w zw. z art. 7 ust. 1) pzp z uzasadnienia odwołania wynika, że jest to w istocie jeden zarzut, gdyż wspólnym mianownikiem wszystkich szczegółowych zarzutów odnośnie załącznika nr 10 do SIWZ jest wywodzenie, że utrudniają one uczciwą konkurencję z rzekomej ich niezgodności z wyrokiem Izby w sprawie poprzedniego odwołania.

Jednocześnie uzasadnienie odwołania nie zawiera żadnego wyводу prawnego odnośnie tego, na czym miałyby polegać naruszenia przez Zamawiającego art. 192 ust. 3 pkt 1 pzp, zgodnie z którym Izba uwzględniając odwołanie może – jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta – nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Przy czym na rozprawie Odwołujący sprostował, że chodziło mu o naruszenie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b npzp, co nie ma żadnego znaczenia, gdyż są to analogiczne przepisy. Natomiast ma istotne znaczenie, że adresatem normy prawnej wynikającej z tych przepisów jest Izba jako organ orzekający, a nie zamawiający, gdyż są to przepisy proceduralne postępowania odwoławczego, w przeciwieństwie do materialnoprawnych przepisów z art. 29 ust. 1 i 2 pzp.

Ustawiczne powoływanie się w ramach uzasadnienia odwołania na orzeczenie zapadłe w poprzedniej sprawie odwoławczej zdaje się wskazywać, że w istocie Odwołujący usiłował postawić Zamawiającemu zarzut naruszenia powagi rzeczy osądzonej wynikającej z prawomocnego charakteru tego rozstrzygnięcia. Oczywiście Odwołującemu nie udało się wskazać żadnego konkretnego przepisu ustawy pzp, który w związku z opisanymi w odwołaniu okolicznościami faktycznymi miałyby naruszyć Zamawiający, gdyż taki przepis nie istnieje. Ustawa pzp (czy nowa ustawa pzp) nie tworzy żadnych przeszkód prawnych, aby przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu zamawiający nawet diametralnie zmienił stanowisko w stosunku do tego, które prezentował w toku sprawy zakończonej wyrokiem uchylającym jego czynność i nakazującym jej powtórzenie. Naczelnym celem ustawy pzp jest, co wynika m.in. *a contrario* z art. 7 ust. 3 pzp, aby wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany w zgodzie z jej przepisami.

Przede wszystkim w opisanym zarówno w odwołaniu, jak i odpowiedzi na odwołanie

(oraz pismach Przystępujących) okolicznościach faktycznych nie ma żadnych podstaw prawnych, aby przyjąć, że rezultat powtórnego przez Zamawiającego ustalenia postanowień treści SIWZ w jakikolwiek sposób był objęty prawomocnością wyroku wydanego w poprzedniej sprawie odwoławczej pomiędzy tymi samymi uczestnikami sporu. Jak to już wskazano na potrzeby rozstrzygnięcia wniosku o odrzucenie odwołania, w takim przypadku, jak w poprzedniej sprawie, kiedy Izba nakazuje wyłącznie wykreślenie dotychczasowych postanowień SIWZ, obiektywnie rzecz biorąc takie rozstrzygnięcie nie może dotyczyć nowych postanowień, które zostaną wprowadzone w ich miejsce. Właśnie dlatego Odwołującemu nie udało się przeprowadzić klarownego i spójnego logicznie wyводу wykazującego trafność przyjętej przez niego koncepcji co do tego, co miałyby wynikać z wyroku Izby, w którym Izba jedynie częściowo uwzględniła zarzuty i żądania poprzedniego odwołania.

W szczególności Odwołujący (podobnie jak Zamawiający na potrzeby uzasadnienia wniosku o odrzucenie odwołania) oczywiście błędnie utożsamił z wyrokiem zarówno jego sentencję, jak i uzasadnienie, podczas gdy wyłącznie sentencja stanowi rozstrzygnięcie, które podlega wykonaniu i ewentualnej ocenie z punktu widzenia prawomocności czy powagi rzeczy osądzonej. Natomiast uzasadnienie, jak już sama nazwa wskazuje, stanowi wyjaśnienie, dlaczego zapadło takie, a nie inne rozstrzygnięcie zarzutów zawartych w odwołaniu oraz może jedynie służyć na potrzeby ustalenia, czego dotyczyło prawomocne rozstrzygnięcie co do istoty sprawy.

Skoro, jak to ustalono powyżej, odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na naruszenie przez Zamawiającego ani art. 29 ust. 2 pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, ani art. 29 ust. 3 pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”, które to przepisy służą urzeczywistnieniu ustanowionej w art. 7 ust. 1 pzp zasady, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji – tak sprecyzowane zarzuty są oczywiście bezzasadne.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Na podstawie delegacji wynikającej z art. 25 ust. 2 pkt ustawy pzp zostało wydane rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282) {dalej: „rozporządzenie”}, jako niezbędne uszczegółowienie wskazujące katalog typów dokumentów mieszczących się w każdej z trzech generalnych kategorii dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1-3 pzp.

Ustalone powyżej okoliczności nie wskazują na naruszenie § 13 ust. 1 pkt 1 gdyż z przepisu tego wynika jedynie, że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego.

Natomiast odwołanie nie zawiera zarzutu naruszenia zasady wynikającej z art. 25 ust. 1 zd. 1 pzp, zgodnie z którą w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Z kolei ustalone powyżej okoliczności nie wskazują również na naruszenie przez Zamawiającego wynikającej z art. 7 ust. 1 pzp zasady nakazującej przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowego pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a-b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, potwierdzonymi złożoną fakturą.