

**WYROK**

**z dnia 15 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2011 r. przez **wykonawcę Videoradar Sp. z o.o., 62-040 Puszczykowo, ul. Brzozowa 10** w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Inspektorat Transportu Drogowego, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21**

przy udziale **wykonawcy Safety Solutions Sp. z o.o., 20-518 Lublin, ul. Krężnicka 96a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie odwołującego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu,**

**2. kosztami postępowania obciąża Główny Inspektorat Transportu Drogowego, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21 i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Videoradar Sp. z o.o., 62-040 Puszczykowo, ul. Brzozowa 10 tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od **Główny Inspektorat Transportu Drogowego, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21** na rzecz **wykonawcy Videoradar Sp. z o.o., 62-040 Puszczykowo, ul. Brzozowa 10** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Główny Inspektorat Transportu Drogowego, ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa wszczął na zakup stacjonarnych urządzeń rejestrujących na wyposażenie GITD w ramach Systemu Automatycznego Nadzoru nad Ruchem Drogowym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 listopada 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/S 223 - 362047.

Nie zgadzając się z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz niektórymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu Odwołujący Videoradar Sp. z o.o., 62-040 Puszczykowo, ul. Brzozowa 10 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ustalenie warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niedostatecznie jasny oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji,
- 3) art. 100 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie umowy ramowej do ograniczenia konkurencji,
- 4) art. 101 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zastosowanie różnych kryteriów oceny ofert uniemożliwiające ustalenie, czy oferta składana w postępowaniu w ramach umowy ramowej jest mniej korzystna od złożonej w ramach postępowania o zawarcie umowy ramowej.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania modyfikacji warunków udziału w postępowaniu poprzez wykreślenie w Rozdziale II SIWZ pkt. 1.6.2 sformułowania „na rzecz instytucji uprawnionych do wykrywania i rejestrowania naruszeń prędkości w ruchu drogowym”,
- 2) dokonania modyfikacji Rozdziału I SIWZ pkt 1.10 oraz Rozdziału II pkt 6.5 poprzez wykreślenie ograniczenia zawarcia umowy z wieloma dostawcami urządzeń tego samego producenta,
- 3) dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia we wskazany w uzasadnieniu sposób, umożliwiającą zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 4) dokonania modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez jego dokładne określenie, a w szczególności poprzez wskazanie, czy dopuszczalne jest składanie ofert wariantowych,
- 5) dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert poprzez jego odniesienie do ceny przedmiotu zamówienia,

6) dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert poprzez wskazanie jednego sposobu dokonywania oceny ofert na etapie postępowania na zawarcie umowy ramowej i postępowań w ramach umowy ramowej.

Analizując treść ogłoszenia i SIWZ w przedmiotowej sprawie Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający naruszył przepisy dotyczące umowy ramowej, a w szczególności zarzucił mu brak wymagania żądania w składanych ofertach podania ceny realizacji zamówienia.

Zwrócił uwagę, iż przedmiotem zamówienia jest określenie warunków udzielania zamówień publicznych w ramach umowy ramowej w przedmiocie dostaw stacjonarnych urządzeń rejestrujących przeznaczonych do pracy na masztach wraz z urządzeniami integrującymi oraz obudowami i masztami, a Zamawiający w formularzu ofertowym wymaga podania jedynie ceny usług, tj. stawki dziennej pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu, spełniającego wymagania określone w opisie sposobu oceny spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonującego czynności obsługowe, m. in. montaż, przegląd, regulacja urządzeń, zamiast ceny dotyczącej przedmiotu zamówienia.

Ponadto wskazał, iż Zamawiający wprowadza inne kryteria oceny ofert składanych w ramach tzw. zamówień cząstkowych, czyli udzielanych w ramach umowy ramowej. W tych przypadkach Zamawiający będzie oceniał wartość oferowanych urządzeń, ich jakość oraz termin realizacji zamówień. Wobec tego zarzucił Zamawiającemu, że kryteria te pozostają w oderwaniu od kryteriów wskazanych dla oceny ofert składanych w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej.

Powołał się na przepis art. 101 ust. 2 i 3 ustawy Pzp stwierdzając, że Zamawiający nie może dokonać zmiany kryteriów oceny ofert określonych w umowie ramowej, a kryteria oceny ofert składanych w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej oraz ofert składanych w ramach realizacji umowy ramowej muszą być tożsame.

Argumentował, że Zamawiający nie ma możliwości zbadania, czy oferta złożona w ramach umowy ramowej jest bardziej, czy też mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, jeżeli do obu tych ofert stosuje odmienne kryteria.

Podsumowując tę część uzasadnienia postawionych na wstępie zarzutów podkreślił, iż Zamawiający w sposób niezgodny z przepisami nie wymaga podania ceny realizacji zamówienia w ofertach składanych w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, lecz wprowadza kryterium oceny ofert nie mające nic wspólnego z przedmiotem zamówienia, dokonuje zmiany kryteriów oceny ofert w stosunku do postępowania prowadzonego w sprawie zawarcia umowy ramowej.

W kolejnym zarzucie podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu w Rozdziale I SIWZ pkt 1.10 Zamawiający wprowadza postanowienia, które ograniczają konkurencję w sposób nieuprawniony.

Podważał postanowienie zgodnie z którym „Umowa ramowa zostanie zawarta wyłącznie z jednym producentem albo jednym przedstawicielem producenta tego samego urządzenia (dotyczy to także przypadku oferowania przez nich różnych urządzeń tego samego producenta). W przypadku złożenia, w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, ofert przez więcej niż jednego producenta lub przedstawiciela producenta tego samego urządzenia, do zawarcia umowy zaproszony zostanie jeden wykonawca (producent albo przedstawiciel producenta) uzyskujący najwyższą punktację według kryteriów opisanych w Rozdziale II SIWZ.”

Nadto przytoczył również postanowienia Rozdziału II SIWZ pkt 6.5, w których Zamawiający wprowadził informację, iż „Spośród ofert oferujących urządzenie jednego producenta do zawarcia umowy ramowej zostanie zaproszony Wykonawca, który otrzyma najwyższą sumę punktów uzyskanych w ramach w/w kryteriów oceny ofert.”

Zdaniem Odwołującego powyższe postanowienia SIWZ stanowią naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie może bowiem pozbawiać się możliwości zawarcia umowy ramowej tych wykonawców, którzy złożą oferty korzystniejsze od innych, tylko dlatego, że oferują urządzenia tego samego producenta. Ograniczenie to nie znajduje żadnego uzasadnienia zarówno formalnego, jak i praktycznego, a Zamawiający pozbawia się możliwości konkurencji wykonawców w postępowaniach prowadzonych w ramach umowy ramowej.

Zarzucił Zamawiającemu brak opisanie przedmiotu zamówienia w sposób dostatecznie jasny oraz nie ograniczający uczciwej konkurencji. Obie te generalne zasady zostały przez Zamawiającego naruszone.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę, iż zgodnie z Rozdziałem I SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa stacjonarnych urządzeń rejestrujących przeznaczonych do pracy na masztach wraz z urządzeniami integrującymi oraz obudowami i masztami, a Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych.

Zauważył, że w dalszej części opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający stwierdził, iż przedmiotem może być montaż urządzeń rejestrujących na istniejących masztach wraz z ich ewentualną przebudową.

Według Odwołującego brak jest tożsamości przedmiotu zamówienia w wymaganiach dotyczących ofert składanych w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej z opisem przedmiotu zamówienia dla ofert częściowych.

W ocenie Odwołującego niedopuszczalne jest, aby Zamawiający rozszerzał przedmiot zamówienia w stosunku do ofert złożonych w postępowaniu toczącym się w celu zawarcia umowy

ramowej. Takie opisanie przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie zarówno art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jest niewystarczająco precyzyjne, ale również art. 7 ust 1 ustawy Pzp, gdyż uniemożliwia wykonawcom złożenie oferty wypełniającej oczekiwania Zamawiającego.

Odwołujący stanął również na stanowisku, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia naruszył również art. 29 ust. 2 ustawy Pzp., poprzez takie określenie parametrów urządzeń do rejestracji, które naruszają zasady uczciwej konkurencji, gdyż wskazują na jedno, konkretne rozwiązanie lub też są niemożliwe do wypełnienia przez żadne z istniejących na rynku urządzeń.

Odwołujący zakwestionował postanowienia SIWZ w pkt 1.3 oraz w pkt 1.6 w zakresie zamiennego użycia przez Zamawiającego sformułowań aparat cyfrowy i aparat fotograficzny dla opisanego urządzenia obrazującego konkretne naruszenie przepisów ruchu drogowego.

Powołał się na przepis § 7.2 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 9.11.2007 roku w sprawie wymagań którym powinny odpowiadać przyrządy do pomiaru prędkości pojazdów w ruchu drogowym, oraz szczegółowego zakresu badań i sprawdzeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych dopuszczającego wykorzystanie wraz z urządzeniem pomiarowym innych urządzeń rejestrujących obraz, takich jak np. kamera video czy kamera z cyfrowym urządzeniem rejestrującym.

Wskazał, że wśród dostępnych na rynku polskim urządzeń pomiarowych (fotoradarów posiadających decyzję GUM zatwierdzenia typu) dostępne jest tylko jedno urządzenie posiadające cyfrowy aparat fotograficzny - Fotorapid CM, zaś pozostałe fotoradary w wykorzystują urządzenia do obrazowania w postaci dedykowanych kamer cyfrowych (m. in. oferowane przez Odwołującego urządzenie INTEGRA Kp).

W ramach tego zarzutu zażądał od Zamawiającego zmiany stosownych zapisów opisu przedmiotu zamówienia umożliwiających zachowanie zasady uczciwej konkurencji poprzez dopuszczenie urządzeń pomiarowych wykorzystujących dedykowane, specjalistyczne kamery cyfrowe.

Kwestionował również wymóg Zamawiającego zawarty w pkt. 1.3 dotyczący dostawy przyrządu pomiarowego wraz z urządzeniem obrazującym o rozdzielczości nie mniejszej niż 1100x750 pikseli, umożliwiającej zapewnienie wysokiej skuteczności rozpoznawania numerów tablic rejestracyjnych przy użyciu dowolnego algorytmu ANPR, oraz wizerunku kierującego pojazdem, jeżeli został on zarejestrowany.

Wyjaśnił, że celem tego postanowienia SIWZ było uzyskanie wystarczającej rozdzielczości do rozpoznawania numerów tablic rejestracyjnych przez system ANPR.

Oświadczył, że urządzenie obrazujące zastosowane w przyrządzie pomiarowym INTEGRA Kp nie posiada rozdzielczości wskazanej przez Zamawiającego, jednakże posiada już zaimplementowany własny, skuteczny system rozpoznawania numerów tablic rejestracyjnych ANPR oraz zapewnia rejestrację wizerunku kierującego.

Wskazał, że numer rejestracyjny pojazdu popełniającego wykroczenie drogowe automatycznie sczytywany jest przez urządzenie pomiarowe i wraz z wykonywanym zdjęciem (oraz dodatkowymi danymi) przesyłany do Centralnego Systemu Przetwarzania Zamawiającego i nie wymaga stosowania dodatkowego algorytmu ANPR po stronie Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego rozwiązanie takie (o mniejszej rozdzielczości, ale wysokiej jakości obrazu) gwarantuje optymalizację wielkości przesyłanych danych, co też jest wymagane przez Zamawiającego (patrz punkt 2.3.a) i jest w interesie Zamawiającego, bowiem stanowi najlepszy przyrząd pomiarowy dający gwarancję poprawnej identyfikacji pojazdu popełniającego wykroczenie.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z § 10.1 powołanego wyżej rozporządzenia Ministra Gospodarki konstrukcja i wykonanie przyrządów pomiarowych (posiadających stosowną decyzję Prezesa GUM) powinny zapewniać identyfikację pojazdu którego prędkość jest kontrolowana.

Według Odwołującego fizyczna wielkość matrycy nie ma w tym wypadku znaczenia, a zastosowanie w fotoradarze np. cyfrowej lustrzanki DSLR, która z racji przeznaczenia (wykonywanie dużych i wielko powierzchniowych powiększeń) posiada duże matryce, nie oznacza jej efektywnego wykorzystania, gdyż nie ma to żadnego technicznego uzasadnienia.

Przekonywał, że z tych przyczyn producenci wykorzystujący w fotoradarach aparaty typu DSLR w stosowanych ustawieniach nie wykorzystują efektywnej rozdzielczości matrycy, gdyż jest to bezcelowe.

Ponadto zwrócił uwagę, że stosowany jest zapis JPG, czyli kompresja stratna która powoduje zmniejszenie pliku do wielkości ok. 1MB i w sposób nieodwracalny zmniejsza rozdzielczość zarejestrowanego obrazu. Jeśli uwzględni się jeszcze wielkość obrazu który jest w kadrze zarejestrowany przez aparat typu DSLR, to istotny element którym jest pojazd, zajmuje na nim ok 25% powierzchni. Pozostała część obrazu, czyli ok 75% stanowi bezużyteczne tło które „wykorzystują” również dostępne piksele.

Zdaniem Odwołującego lepsze efekty przynosi zastosowanie użytej w oferowanym przez niego fotoradarze specjalizowanej kamery zaprojektowanej pod kątem stosowania w fotoradarach (wykonującej 25 zdjęć/sekundę), a wspieranej komputerowym systemem doboru optymalnego zdjęcia identyfikującego pojazd, kierującego i numer rejestracyjny pojazdu.

W ramach powyższego zarzutu Odwołujący zażądał od Zamawiającego zmiany stosownych postanowień opisu przedmiotu zamówienia dopuszczających urządzenia pomiarowe wyposażone w urządzenia obrazujące o mniejszej niż wskazana rozdzielczości przy zachowaniu oczekiwanych przez Zamawiającego funkcjonalności - tj. wysokiej skuteczności rozpoznawania numerów tablic rejestracyjnych oraz wizerunku kierującego, jeżeli został on zarejestrowany.

Następny zarzut skierowany był przeciwko postanowieniu pkt. 1.7 w zakresie dostawy przyrządu pomiarowego rejestrującego i umieszczającego w kadrze zdjęcia następujących danych: data, czas, lokalizacja urządzenia, obowiązująca prędkość na danym odcinku drogi, wskazanie prędkości pojazdu, którego prędkość została zmierzona, numeru kolejnego zdjęcia, trybu, dla którego realizowany jest pomiar prędkości (pojazdy odjeżdżające lub nadjeżdżające oraz obu kierunków równocześnie) wraz z odpowiednim zapisem w języku polskim w zestawie danych ewidencyjnych dot. każdego z zarejestrowanych wykroczeń.

Wyjaśnił, że celem tego punktu jest gromadzenie (rejestracja) zestawu danych pokazujących w wiarygodny sposób okoliczności popełnionego wykroczenia drogowego.

Przedstawił informację, że zestaw ww. danych gromadzony jest przez oferowane przez niego urządzenie INTEGRA Kp (plus szereg dodatkowych istotnych danych np. suma kontrolna oprogramowania, numer przyrządu, data kolejnej legalizacji, informacja o temperaturze pracy także istotna z punktu widzenia możliwości wykorzystania wykonanego zdjęcia/pomiaru dla celów dowodowych) w postaci dodatkowego pliku xml przypisanego do wykonanego zdjęcia (w sposób zaszyfrowany kryptograficznie uniemożliwiający ingerencję w te dane i zapewniający najwyższy poziom ich bezpieczeństwa), jednakże ze względu na czytelność wykonanego zdjęcia dane te nie są umieszczane bezpośrednio w jego kadrze.

Przekonywał, że konstrukcja urządzenia gwarantuje niemożność modyfikacji załączonych do zdjęcia danych, a naniesienie ww. danych do kadru zdjęcia jest możliwe na etapie generowania dokumentacji na potrzeby postępowania w sprawie o popełnione wykroczenie.

Zgłaszając powyższy zarzut Odwołujący zażądał od Zamawiającego zmiany stosownych zapisów opisu przedmiotu zamówienia dopuszczających urządzenia pomiarowe nie umieszczające bezpośrednio w kadrze wykonanego zdjęcia danych wym. w ww. punkcie, a umożliwiających ich naniesienie do kadru zdjęcia po przekazaniu do Centralnego Systemu Przetwarzania Zamawiającego.

Kolejne sporne postanowienie obejmowało pkt. 1.10 w części obejmującej dostawę przyrządu pomiarowego wykorzystującego do doświetlenia kadru ksenonową lampę błyskową o barwie czerwonej lub pomarańczowej bez efektu oślepiania kierujących pojazdami oraz pkt. 1.11 przewidującego opcjonalnie urządzenia z użyciem promiennika IR (ang. Infrared) pracującego w niewidzialnym paśmie podczerwonym.



Zdaniem Odwołującego zastosowanie techniki doświetlenia kadru zdjęcia światłem widzialnym (1.10) wyklucza potrzebę stosowania doświetlenia podczerwonego. Postanowienie pkt. 1.11 umożliwia doświetlanie kadru zdjęcia promiennikiem IR, ale nie definiuje iż może być stosowany zamiennie w stosunku do lampy ksenonowej pkt. 1.10.

Ponadto zwrócił uwagę, że zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, przyrząd pomiarowy powinien zapewniać pomiar na co najmniej trzech pasach ruchu jednocześnie (patrz par. 1.13) W związku z tym moc zastosowanej lampy błyskowej w paśmie widzialnym (ksenonowa) umożliwiającą doświetlenie pojazdu na trzecim pasie ruchu musi spowodować olśnienie kierowców poruszających się na pierwszym pasie ruchu.

W ramach tego zarzutu wnosił, aby Zamawiający zmienił stosowne postanowienia opisu przedmiotu zamówienia poprzez jednoznaczne rozróżnienie sposobu doświetlenia łącznikiem lub (sposób określony w pkt. 1.10 lub w pkt. 1.11) oraz jednoznaczne określenie dopuszczalnej mocy lampy błyskowej nie powodującej efektu oślepienia.

Odwołujący nie zaakceptował również postanowień pkt. 1.12 odnoszących się do rejestracji wykroczeń w ruchu drogowym, na co najmniej trzech pasach ruchu jednocześnie.

Wskazał, że radarowe przyrządy do pomiaru ruchu (bez funkcji radarów śledzących - obecnie nie dostępne) montowane na masztach z boku pasa ruchu nie mają technicznej możliwości jednoczesnej rejestracji wykroczeń na trzech pasach ruchu. Funkcja taka jest również nie możliwa do realizacji na trzecim pasie ruchu wówczas, gdy na pierwszym pasie ruchu znajdzie się pojazd o większych gabarytach zasłaniający pozostałe dwa pasy ruchu.

Z tego powodu wnosił o wykreślenie tego postanowienia jako niemożliwego do zrealizowania.

Odwołujący nie zgodził się również z postanowieniami pkt. 1.15, 1.16, 2.3.C w zakresie wymogu dostawy przyrządu pomiarowego dokonującego automatycznego rozróżnianie pojazdów osobowych od ciężarowych, rozpoznawania kategorii pojazdu - (pojazd osobowy, pojazd ciężarowy, motocykl, autobus) i możliwości ustawiania osobnych progów prędkości dla samochodów osobowych i ciężarowych (np. dla samochodów osobowych 60 km/h, a dla samochodów ciężarowych 50 km/h).

Argumentował, że urządzenie nie może posiadać możliwości rozróżniania statusu pojazdu osobowy/ciężarowy, skoro zgodnie z art. 2 ustawy Prawo o Ruchu Drogowym pojazd tej samej marki (np. Ford Transit) może posiadać status samochodu osobowego (model 350HDE z dopuszczalną masą całkowitą 3,490kg) lub samochodu ciężarowego (model A 460E z dopuszczalną masą całkowitą 4,600kg), a posiadają one identyczny rozstaw osi i długość ramy pod zabudowę.

Wskazał, że urządzeniach radarowych (wykorzystujących wyłącznie efekt Dopplera i nie ingerujących w nawierzchnię jezdni przez montaż pętli indukcyjnych) nie ma technicznej możliwości określenia rodzaju pojazdu na podstawie jego wielkości na poziomie ufności wymaganym w § 24.3 Rozporządzenia Ministra Gospodarki, tj. na poziomie 99,8 %.

Przekonywał, że bardziej wiarygodnym źródłem rozróżnienia statusu pojazdu będzie informacja z CEPiK możliwa do zrealizowania za pomocą oferowanego przez niego fotoradaru INTEGRA K wraz z rozwiązaniem systemowym.

Wobec powyższego zarzutu wnosił, aby Zamawiający dokonał zmiany stosownych zapisów opisu przedmiotu zamówienia poprzez ich wykreślenie ze względu na niemożność zagwarantowania przez żadne z urządzeń dostępnych na rynku dedykowanych do pracy w systemach autonomicznych ufności na poziomie wymaganym w § 24.3 Rozporządzenia Ministra Gospodarki tj. na poziomie 99,8 %, lub wprowadzenie zapisu umożliwiającego taką funkcjonalność uwzględniającą informacje z CEPiK.

Zakwestionował również postanowienie pkt. 2.3.D dotyczące dostawy przyrządu pomiarowego dokonującego rozpoznawania marki i modelu pojazdu, twierdząc, że żaden z dostępnych na rynku radarowych przyrządów pomiarowych nie daje możliwości rozpoznawania marki i modelu pojazdu.

Z powyższej przyczyny wnosił o wykreślenie powyższych wymagań.

Następnym zarzutem Odwołujący objął pkt. 2.3.E z wymaganiem dostawy przyrządu pomiarowego dokonującego konwersję dokumentacji wykroczenia do standardowego formatu wykorzystywanego przez Centralny Systemem Przetwarzania.

Wskazał, że Zamawiający nie określił standardowego formatu wykorzystywanego przez Centralny Systemem Przetwarzania. Ponadto według Odwołującego standardowe formaty nie gwarantują stosownego poziomu zabezpieczenia danych.

Z powyższej przyczyny wnosił o wykreślenie powyższych wymagań.

Zakwestionował również postanowienia pkt. 1.26, 2.2 w zakresie dostawy urządzenia, które realizuje połączenia za pośrednictwem sieci LAN, WiDi, GSM, CDMA, LTE, GPRS, EDGE, UMTS i HSDPA, a przy wyborze rodzaju sieci służącej do transmisji danych, należy w każdym przypadku kierować się zasadą, że wybrana zostanie najszybsza sieć dostępna w danej lokalizacji.

Podniósł, że Zamawiający nie określił czy wszystkie te standardy mają być dostępne jednocześnie w urządzeniu.

Zauważył przy tym, że aktualnie na rynku nie ma urządzeń komunikacyjnych posiadających wszystkie wymienione standardy połączeń, a Zamawiający nie podaje informacji o dostawcach usług transmisji danych - nie jest więc wiadome jaki ma być poziom obsługi tych standardów w urządzeniach będących przedmiotem przetargu.

Z powyższych względów zażądał zmiany stosownych postanowień opisu przedmiotu zamówienia poprzez ich wykreślenie lub odpowiednią modyfikację.

Wskazał, że Zamawiający w pkt. 2 zawiera treść oświadczenia dotyczącego integracji z Centralnym Systemem Przetwarzania wymieniając opcję funkcjonalności własnej urządzenia oraz funkcjonalności urządzenia integrującego, podczas gdy na rynku nie ma urządzenia radarowego, które wszystkie wymagane w pkt. 2 do 2.5 realizuje bezpośrednio.

Nie jest jasne dla Odwołującego czy Zamawiający dopuszcza realizację niektórych funkcji za pomocą urządzenia bezpośrednio, a pozostałych za pomocą urządzenia pośredniczącego czy tylko realizację wszystkich funkcji w urządzeniu pomiarowym lub wszystkich w urządzeniu pośredniczącym.

W granicach tego zarzutu Odwołujący wnosil o dokonanie przez Zamawiającego zmiany stosownych zapisów poprzez dopuszczenie rozdziału wymaganej funkcjonalności pomiędzy urządzenie pomiarowe i urządzenie komunikacyjne.

Odwołujący nie zgodził się także z postanowieniami pkt. 1.23 ust. 3 dotyczącymi możliwości podłączenia urządzeń monitorujących stan pracy przyrządu pomiarowego przez porty USB oraz LAN.

Wskazał, że łącznik „oraz” sugeruje iż wymagana jest jednoczesna możliwość monitorowania urządzenia przez port USB oraz port LAN. Funkcjonalność monitorowania przez port USB wymaga zastosowania specjalnego portu USB, tzw. SLAVE - nie jest to stosowane gdyż urządzenia pomiarowe posiadają porty USB pracujące w trybie MASTER, który umożliwia podłączania zewnętrznych pamięci masowych (np. typu flash), o których Zamawiający wspomina w pkt. 1.20.

Zdaniem Odwołującego zmiana trybu portu USB nie jest możliwa na poziomie programowym, gdyż stosuje się inne układy elektroniczne do portów MASTER, a inne do portów SLAVE. Spełnienie więc zamieszczonego zapisu nie jest technicznie możliwe. Odwołujący sądzi, że Zamawiający oczekuje raczej możliwości monitorowania przez port USB lub port LAN.

Mając to na uwadze Odwołujący zażądał od Zamawiającego zmiany łącznika „oraz” na „lub”.

W zakresie kolejnego zarzutu podważył treść postanowień pkt 1.21 w części dotyczącej wymogu odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa zgromadzonych danych w urządzeniu poprzez zastosowanie

kryptograficznych algorytmów ich szyfrowania w sposób zapewniający sprawdzenie czy zestaw danych ewidencyjnych każdego wykroczenia nie został poddany modyfikacji.

Zdaniem Odwołującego intencją Zamawiającego było zapewnienie możliwości sprawdzenia czy dane wykroczenia nie zostały zmodyfikowane, a do tego celu nie stosuje się szyfrowania tylko odpowiednio liczonych sum kontrolnych lub podpisów elektronicznych.

Zażądał wykreślenia w powyższym postanowieniu słów „poprzez zastosowanie kryptograficznych algorytmów ich szyfrowania”.

Kolejnym zarzutem objęte było postanowienie pkt. 1.15 z wymaganiem by przyrząd zamontowany na maszcie pracował w temperaturze otoczenia od -30°C do +60°C.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie uszczegóławia czy wymaga aby urządzenie pracowało w podanym zakresie temperatur samoistnie czy może zostać zastosowany zamontowany w maszcie system ogrzewający i/lub chłodzący urządzenie.

Z tego powodu zażądał od Zamawiającego uszczegółowienia postanowienia w postaci dopuszczenia lub nie dopuszczenia stosowania zewnętrznego w stosunku do urządzenia mechanizmu ogrzewania i/lub chłodzenia urządzenia zabudowanego w maszcie.

Ostatni zarzut wymierzony był przeciwko postanowieniu pkt. 2.5 z wymaganiem by, w przypadku, gdy urządzenie rejestrujące nie zapewnia integracji z Centralnym Systemem Przetwarzania poprzez własną funkcjonalność, montaż urządzenia integrującego nastąpił w obudowie urządzenia rejestrującego lub poza tą obudową (na konstrukcji wsporczej urządzenia -maszcie).

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie określił standardowego formatu wykorzystywanego przez Centralny System Przetwarzania. Ponadto jeżeli urządzenie pomiarowe daje możliwość transmisji danych do Centralnego Systemu Przetwarzania, które jednak nie są odczytywane/konwertowane przez ten system.

Odwołujący zasugerował możliwość instalowania urządzenia integrującego dane z danego rodzaju urządzeń pomiarowych po stronie serwerowni systemu, a nie urządzenia pomiarowego, co pozwoliłoby na lepsze zabezpieczenie i stworzenie warunków pracy dla urządzeń integrujących oraz wyeliminowałoby potencjalną możliwość oddziaływania elektromagnetycznego na urządzenia pomiarowe.

W oparciu o powyższy zarzut Odwołujący zażądał od Zamawiającego zmiany specyfikacji w punkcie 2.5 umożliwiającej opcjonalnie/zamienne zainstalowanie urządzeń integrujących po stronie serwerowni (siedzibie Centralnego Systemu Przetwarzania).

Ponadto odwołujący zwrócił uwagę na określenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu z naruszeniem zasad określonych w art., 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazał, że Zamawiający w Rozdziale II SIWZ pkt. 1.6.2 opisuje sposób spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia poprzez wykazanie się dostawą łącznie co najmniej 30 sztuk stacjonarnych urządzeń rejestrujących naruszenia prędkości w ruchu drogowym wykonanym na rzecz instytucji uprawnionych do wykrywania i rejestrowania naruszeń prędkości w ruchu drogowym.

Według Odwołującego niedopuszczalne jest przy opisie tego warunku zawężanie przez Zamawiającego kręgu odbiorców wykonywanych dostaw, bowiem warunek ten ma bowiem na celu sprawdzenie możliwości wykonawcy w wykonaniu przedmiotu zamówienia, w tym przypadku wykonaniu dostawy w określonej ilości.

W dniu 2.12.2011r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawca Safety Solutions Sp. z o.o.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej załączników, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 13.12.2011r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez uczestnika i strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący wraz z Przystępującym zgodnie podtrzymali swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, pomimo uwzględnienia części zarzutów odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.7 ust.1, art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, lecz nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 29 ust. 2, art.100 ust.4, art.101 ust.2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Przedmiotem rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego było zagadnienie czy Zamawiający przygotował treść ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Izba swoją interpretację pojęcia umowy ramowej oparła na literalnej wykładni tej instytucji i „Wyjaśnieniach Komisji Europejskiej z 14 lipca 2005 r. w sprawie umów ramowych na gruncie dyrektywy klasycznej”, CC/2005/03\_rev1, str. 10, z których wynika, że przy zawieraniu umowy ramowej można brać pod uwagę wyłącznie kryteria jakościowe służące do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, natomiast przy udzieleniu zamówienia posługiwać się ceną jako jedynym kryterium oceny ofert, pod warunkiem, że było to przewidziane w specyfikacji istotnych warunków umowy ramowej.

Przywołane wyjaśnienia zostały implementowane na grunt prawa polskiego tworząc definicję umowy ramowej w art. 2 pkt 9a ustawy Prawo zamówień publicznych. Z definicji legalnej umowy ramowej wynika, że celem umowy ramowej jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości.

Jednocześnie Izba wzięła pod uwagę brzmienie § 153 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie Zasad techniki prawodawczej (Dz. U. z dnia 5 lipca 2002 r.) stosownie do którego, jeżeli nie jest możliwe sformułowanie definicji, o której mowa w ust. 1 lub 2, można objaśnić znaczenie danego określenia przez przykładowe wyliczenie jego zakresu, wyraźnie wskazując przykładowy charakter wyliczenia przez posłużenie się zwrotami: "w szczególności" albo "zwłaszcza". Z takiego przykładowego wyliczenia skorzystał ustawodawca, który nie zamknął powyższej definicji i nie nałożył na Zamawiającego obowiązku wprowadzenia do umowy ramowej elementów koniecznych.

Izba zatem przyjęła za prawnie dopuszczalne zastosowanie wybranego przez Zamawiającego kryterium ceny za usługę wchodzącą w zakres przedmiotu zamówienia oraz kryterium gwarancji jako mającego charakter kryterium jakościowego przy wyłonieniu podmiotów, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa.

Podobne stanowisko w zakresie wykładni procedur zmierzających do zawarcia umów ramowych zaprezentował Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 4 z października 2009r.

Poza tym analiza charakteru prawnego umowy ramowej prowadzi do wniosku, że umowa ta określa jedynie jak sama nazwa wskazuje ramy umowne, a nie precyzuje warunków szczegółowych, które zostaną dokonane w procedurze o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem niesłusznie Odwołujący domaga się kompleksowego uregulowania wszystkich szczegółowych zagadnień postępowaniu na zawarcie umowy ramowej a związanych z kontraktowaniem umów częściowych.

Nie znalazł również uznania Izby zarzut naruszenia art.101 ust.2 ustawy Pzp, bowiem przepis ten adresowany jest do Zamawiającego, który dokonuje istotnych zmian warunków zamówienia w

stosunku do określonych w umowie ramowej. Materiał dokumentacyjny sprawy nie wskazuje, iżby Zamawiający takich zmian dokonywał. Na podstawie tego przepisu Zamawiający będzie zobowiązany do powstrzymania się od dokonywania podobnych zmian warunków postępowaniach do umów częściowych.

Poza tym Izba nie zauważyła również działania Zamawiającego polegającego na dokonaniu zmian kryteriów oceny ofert określonych w umowie ramowej.

Reasumując, powyższy przepis w ocenie Izby może zostać uruchomiony jedynie po zawarciu umowy ramowej, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Poza tym należy wskazać, że przepis art.101 ust.3 ustawy Pzp jest skierowany do wykonawców, których oferty są mniej korzystne od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. Nie ma możliwości prawnej zweryfikowania czy oferta jest mniej korzystna czy nie jeżeli nie została przez wykonawców złożona.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego o wykorzystaniu umowy ramowej do ograniczenia konkurencji, to jest naruszenia przepisu art.100 ust.4 ustawy Pzp, skoro Zamawiający przewidział w sekcji VI.3 w informacjach dodatkowych, że liczba maksymalna wykonawców z którymi zostanie zawarta umowa ramowa wynosi 15 (lub więcej w przypadku złożenia ofert na urządzenia więcej niż 15 producentów).

Natomiast dalsze postanowienia ogłoszenia wskazujące na podmioty z którymi zostanie zawarta umowa ramowa nie oznaczają braku zapewnienia po stronie Zamawiającego uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i nie są związane z opisem przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zatem nie można uznać, że działanie Zamawiającego w tym zakresie naruszało przepisy art.7 ust.1 i art. 29 ust.2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze, że Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie z dnia 13.12.2011r uwzględnił w części podniesione zarzuty Izba uznała to oświadczenie Zamawiającego za równoznaczne z przyznaniem okoliczności faktycznych.

Z powyższych względów Izba uznała za celowe nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji sekcji III, 6.2 ogłoszenia i pkt.1.6.2 poprzez wykreślenie sformułowania „na rzecz instytucji uprawnionych do wykrywania i rejestrowania naruszeń prędkości w ruchu drogowym” z powodu naruszenia przez Zamawiającego w tym przypadku przepisu art.7 ust.1 ustawy Pzp.

Poza tym Izba wobec uznania przez Zamawiającego zarzutów nr 1, 11, 12 odwołania postanowiła nakazać Zamawiającemu ich uwzględnienie zgodnie z wnioskiem Odwołującego, uznając w tych przypadkach jego zachowanie jako naruszające przepis art.29 ust.1 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie Izba nie uznała zarzutów(zarzuty zawarte w pkt. 2 -10, 13-14 odwołania) zgłoszonych przez Odwołującego, a to z tej przyczyny, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie własnej argumentacji.

Zgodnie z art.6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Izba nie mogła uznać gołosłownych twierdzeń Odwołującego, nie popartych żadnymi dowodami za wystarczające do uznania jego racji, podyktowanych chęcią sprzedaży jednego produktu o nazwie Integra kp.

Zdaniem Izby Zamawiający tworząc warunki techniczne przedmiotu zamówienia nie opierał się jedynie na prostym zakupie urządzenia, lecz wymagał również funkcjonalności dodatkowych, które pozwalałyby mu realizować zadania ustawowe w zakresie wykrywania wykroczeń drogowych na poziomie zapewniającym ich skuteczność.

Nie jest również oparty na prawdzie zarzut, że Zamawiający nie dopuszcza ofert wariantowych. Z treści sekcji II.1.5) wynika, że Zamawiający przewiduje możliwość składania ofert wariantowych.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....