WYROK

z dnia 27 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Emil Kuriata
Jan Kuzawiński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **22 stycznia 2020 r**. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **7 stycznia 2020 r.**

przez wykonawcę: **„Umo" sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce**

w postępowaniu pn. *Dostawa systemu kamer nasobnych dla jednostek organizacyjnych Policji*(nr postępowania 321/Cut/19/DG/PMP)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie wszystkich zarzutów i żądań z wyjątkiem zarzutów nr 3 i 5 oraz związanych z nimi żądań.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. 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 obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

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

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Skarb Państwa – Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) {dalej również: „ustawa pzp", „ustawa Pzp, „pzp", „Pzp", „p.z.p."} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. pn. *Dostawa systemu kamer nasobnych dla jednostek organizacyjnych Policji*(nr postępowania 321/Cut/19/DG/PMP).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 27 grudnia 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_249 pod poz. 617817.

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

7 stycznia 2020 r. Odwołujący „Umo" sp. z o.o. z siedzibą w Zielonce wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja", „SIWZ" lub „s.i.w.z."} w zakresie objętym zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 91 ust. 2 w zw. z art. 29 ust. I, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez sformułowanie w treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu kryterium oceny w następujący w sposób: [*Złącza do stacji dokującej posiadające styki płaskie, zapewniające ładowanie akumulatora kamery, kopiowanie nagrań do stanowiska RA W oraz zarządzanie kamerą, znajdujące się bezpośrednio na powierzchni obudowy – 20 pkt. Zamawiający przyzna 20 pkt, jeżeli oferowana kamera będzie posiadała płaskie styki na powierzchni obudowy*] – co nie jest uzasadnione racjonalnymi potrzebami Zamawiającego, a przy tym opis sposobu oceny przedmiotowego kryterium w połączeniu z przypisaną mu wagą jednoznacznie wskazuje na możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty jedynie przez firmę ENIGMA {dalej: „Enigma"} oferującą rozwiązanie GETAC {dalej: „Getac"} oparte na kamerach BC-02. Opis kryterium jest dodatkowo nieprecyzyjny, co stwarza Zamawiającemu możliwość uznaniowego i dowolnego przyznawania punktów w ramach tego kryterium, a w konsekwencji uznaniowe i dowolne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w następujący sposób: [*Pole widzenia kamery powinno wynosić minimum 100 stopni, ale nie więcej niż 130 stopni* (wymóg zawarty w załączniku nr 2 do SIWZ, pkt. 3.2, ppkt. 26)] – co nie jest uzasadnione racjonalnymi potrzebami Zamawiającego, stanowi ograniczenie funkcjonalności kamery, a ponadto eliminuje z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców innych niż firma Enigma, jednoznacznie wskazując na możliwość zaoferowania jedynie kamer Getac BC-02.
3. Art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w następujący sposób: [*Zestaw musi być tak zaprojektowany, aby uzyskać parametry wydajnościowe umożliwiające jednoczesną obsługę wszystkich kamer w danej lokalizacji za pomocą wielostanowiskowej stacji dokującej i stanowiska RAW, w łącznym*

czasie nie dłuższym niż 5 godzin przy założeniach: (…) (wymóg zawarty w załączniku nr 2 do SIWZ, pkt. 3.2, części „Zestaw urządzeń musi zawierać co najmniej", ppkt 7)] – co nie jest uzasadnione racjonalnymi potrzebami Zamawiającego, a ponadto eliminuje postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców innych niż firma ENIGMA, jednoznacznie wskazując na możliwość zaoferowania jedynie kamer Getac BC-02.

4. Art. 91 ust. 2 w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 30 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu sposobu oceny ofert łącznie w sposób wskazany powyżej w pkt 1.-3., co utrudnia uczciwą konkurencję przez faktyczne wyeliminowanie możliwości złożenia oferty najkorzystniejszej w postępowaniu przez konkurentów firmy Enigma (dystrybutora kamer Getac BC-02) oraz przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (w tym również w zakresie, do którego odnoszą się kryteria oceny ofert) z uwzględnieniem wskazania patentów, które charakteryzują konkretny produkt dostarczany przez firmę Enigma, bez dodania sformułowań „lub równoważny" względnie „lub lepszy", co jednocześnie nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia.
5. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny w zakresie zawartego w załączniku nr 6 do SIWZ – Testy akceptacyjne (weryfikacyjne), w pkt. E opisu wskazującego na zastosowanie subiektywnych metod oceny jakości obrazu i dźwięku.
6. Art. 8 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 20 ust. 1 i 3 w zw. z art. 19 ust. 1 – przez nieuzasadnione wyłączenie jawności testów, zarówno wobec przedstawicieli innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i wobec członków komisji przetargowej, w pkt A.1 załącznikav nr 6 do SIWZ – Testy akceptacyjne (weryfikacyjne), pkt A.1.
7. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny w załączniku nr 6 do SIWZ – Testy akceptacyjne (weryfikacyjne), polegający na braku zawarcia w załączniku nr 5 do SIWZ wymogu podania przez wykonawcę oznaczenia co do gatunku (nazwy producenta i modelu) komponentów oferowanego rozwiązania podlegających ocenie w ramach testów akceptacyjnych oraz brak zawarcia w opisie procedury testów wymogu dostarczenia na testy urządzeń wskazanych w treści oferty – co w konsekwencji uniemożliwia weryfikację, czy przedmiotem oceny w trakcie testów jest rozwiązanie faktycznie oferowane przez wykonawcę, które następnie zostanie dostarczone Zamawiającemu.
8. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez dokonanie opisu procedury testów akceptacyjnych z uwzględnieniem poniższego wymogu: [*Podłączenie kamery do zasilania zewnętrznego. Włączenie nagrywania i rejestracja obrazu do momentu automatycznego przerwania nagrania przy przepełnieniu pamięci. Próba włączenia nagrywania* (Załącznik nr 6 do SIWZ, pkt D3, kolumna „Opis testu") – podczas gdy w opisie przedmiotu zamówienia nie zawarto wymogu, aby możliwe było podłączanie kamer do zewnętrznego źródła zasilania, co uniemożliwia jednoznaczne ustalenie, jakie kamery muszą być dostarczone przez wykonawcę.
9. Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez dokonanie opisu procedury testów akceptacyjnych w sposób niejednoznaczny w zakresie wymogu dostarczenia na testy następujących urządzeń: [*Zamawiający wymaga dostarczenia na testy urządzeń zaoferowanych przez Wykonawcę dla realizacji zamówienia:*
   • jedną stację dokującą wraz z kompletem kamer nasobnych w ilości odpowiadającej liczbie gniazd w stacji dokującej;
   • dwie kamery ze stacją dokującć pozwalającą na ładowanie, konfigurację kamer i zgrywanie materiałów z kamer do systemu zarządzania oraz dwa zasilacze 230V pozwalające na zasilanie kamer w trakcie realizacji testów; obie stacje dokujące musza być jednocześnie podłączone do systemu zarządzania kamerami oraz zgrywania, archiwizacji, przeglądania i zarządzania nagraniami;
   •zestawu urządzeń do ładowania i zarządzania kamerami oraz zgrywania, archiwizacji, przeglądania i zarządzania nagraniami w jednej lokalizacji, pozwalającego na sprawdzenie wymaganych funkcjonalności w infrastrukturze sieci lokalnej i rozległej oraz wydajności systemu, opisanych w Specyfikacji Technicznej w części pod nazwą. Wymagana funkcjonalność oprogramowania minimum jedna stacja dokująca z kamerami (opisana powyżej), macierz dyskowa i dwa stanowiska robocze realizujące funkcje stanowisk roboczych RAW.]
   (wymóg zawarty w załączniku nr 6 do SIWZ, pkt. A.1, tiret 1-3)– co w konsekwencji nie pozwala na jednoznaczne ustalenie, który z ww. zestawów testowych zostanie przez Zamawiającego wykorzystany do przeprowadzenia każdego z testów wskazanych w załączniku nr 6 do SIWZ pkt. B-E, tym samym naruszając uczciwą konkurencję.
10. Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny w zakresie, w jakim zawarto sprzeczne wymogi co daty produkcji oferowanego sprzętu: [*Wykonawca oświadcza, że sprzęt jest fabrycznie nowy, wolny od jakichkolwiek wad fizycznych i prawnych, nie toczy się żadne postępowanie, którego przedmiotem jest sprzęt, pakowany jest w oryginale, bezzwrotne opakowania producenta, nie starszy niż sześć miesięcy od daty otwarcia ofert oraz, że sprzęt posiada oznakowanie (certyfikat) CE – Conformite Europeene*] (załącznik nr 3 do SIWZ – wzór umowy, § 1 ust. 15) oraz [*Dostarczony sprzęt musi być fabrycznie nowy, wyprodukowany w 2019 roku*] (załącznik nr 2 do SIWZ, pkt 4, część „Wymagania dodatkowe", pkt 2) – co w konsekwencji uniemożliwia jednoznaczne ustalenie istotnego wymogu odnoszącego się do przedmiotu świadczenia, a dodatkowo w sposób nieuzasadniony racjonalnymi potrzebami Zamawiającego może preferować wykonawców dysponujących kamerami wyprodukowanymi w 2019 r.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian kwestionowanych postanowień:

1. [*Złącza do stacji dokującej posiadające styki zapewniające ładowanie akumulatora kamery, kopiowanie nagrań do stanowiska RAW oraz zarządzanie kamerą – 20 pkt. Zamawiający przyzna 20 pkt, jeżeli styki zapewnią ładowanie akumulatora kamery, kopiowanie nagrań do stanowiska RAW oraz zarządzanie kamerą*] lub, w przypadku nieuwzględnienia ww. wniosku o zmianę opisu sposobu oceny kryterium, nakazanie Zamawiającemu przypisania zaskarżonemu kryterium wagi nieprzekraczającej 0,1%.
2. [*Pole widzenia kamery powinno wynosić minimum 120 stopni*] (wymóg zawarty w załączniku nr 2 do SIWZ, pkt 3.2, ppkt 26) lub, w przypadku nieuwzględnienia ww. wniosku o zmianę ww. wymogu, nakazanie Zamawiającemu usunięcia ww. wymogu.
3. [*Zestaw musi być tak zaprojektowany, aby uzyskać parametry wydajnościowe umożliwiające jednoczesną obsługę wszystkich kamer w danej lokalizacji za pomocą wielostanowiskowej stacji dokującej i stanowiska RA W, w łącznym czasie nie dłuższym niż 12 godzin przy założeniach:* (...)] (wymóg zawarty w załączniku nr 2 do SIWZ, pkt 3.2, części „Zestaw urządzeń musi zawierać co najmniej", ppkt 7) lub, w przypadku nieuwzględnienia ww. wniosku o zmianę ww. wymogu, nakazanie Zamawiającemu usunięcia z ww. wymogu fragmentu: *w łącznym czasie nie dłuższym niż 5 godzin*.
4. Zmiany opisu zawartego w załączniku nr 6 do SIWZ – Testy akceptacyjne (weryfikacyjne), w pkt E, polegającej na dopuszczeniu wyłącznie obiektywnych i weryfikowalnych metod oceny jakości obrazu i dźwięku.
5. Zmiany opisu zawartego w załączniku nr 6 do SIWZ – Testy akceptacyjne (weryfikacyjne), w pkt A.1, polegającej na

dopuszczeniu: po pierwsze – uczestnictwa w testach członków komisji przetargowej, po drugie – możliwości rejestracji przebiegu testów przez przedstawicieli innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu lub, w przypadku nieuwzględnienia ww. wniosku, nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia następującego postanowienia: *Zamawiający utrwali przebieg testów za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk i udostępni tak utrwalony przebieg testów w pliku w powszechnie stosowanym formacie*.

6. Zmiany wzoru formularza produktowego (załącznik nr 5 do SIWZ) polegającej na dodaniu wymogu podania oznaczenia producenta i modelu oferowanego sprzętu (w szczególności macierzy dyskowej), który następnie będzie podlegał weryfikacji w ramach procedury testów weryfikacyjnych (akceptacyjnych) oraz zmiany załącznika nr 6 do SIWZ polegającej na dodaniu następującego sformułowania: *Zamawiający wymaga, aby wykonawca dostarczył na testy weryfikacyjne (akceptacyjne) urządzenia których oznaczenie producenta i modelu odpowiada oznaczeniom producenta i modelu wskazanym w ofercie wykonawcy*.

7. [*Włączenie kamery. Włączenie nagrywania i rejestracja obrazu do momentu automatycznego przerwania nagrania przy przepełnieniu pamięci. Jeśli kamera zostanie wyłączona wskutek wyczerpania akumulatora przed przepełnieniem pamięci, zostanie ona naładowana, a następnie ponownie włączona do momentu automatycznego przerwania nagrania przy przepełnieniu pamięci*.] (w Załączniku nr 6 do SIWZ, pkt D3, kolumna „Opis testu").

8. [*Zamawiający wymaga dostarczenia na testy urządzeń zaoferowanych przez Wykonawcę dla realizacji zamówienia:*

• stacja dokująca pozwalająca na ładowanie, konfigurację kamer i zgrywanie materiałów z kamer do systemu zarządzania wraz z kompletem kamer nasobnych w ilości odpowiadającej liczbie gniazd w stacji dokującej – 2szt.

• system zarządzania kamerami oraz zgrywania archiwizacji, przeglądania i zarządzania nagraniami – 1 szt.

•zestaw urządzeń do zarządzania kamerami oraz zgrywania archiwizacji, przeglądania i zarządzania nagraniami w jednej lokalizacji, pozwalający na sprawdzenie wymaganych funkcjonalności w infrastrukturze sieci lokalnej i rozległej oraz wydajności systemu opisanych w Specyfikacji Technicznej w części pod nazwą Wymagania funkcjonalności oprogramowania – minimum macierz dyskowa i dwa stanowiska robocze realizujące funkcje stanowisk roboczych RAW – 1 szt.]

(w załączniku nr 6 do SIWZ, pkt A.1, tiret 1-3).

9. [*Wykonawca oświadcza, że sprzęt jest fabrycznie nowy, wolny od jakichkolwiek wad fizycznych i prawnych, nie toczy się żadne postępowanie, którego przedmiotem jest sprzęt, pakowany jest w oryginale, bezzwrotne opakowania producenta oraz, że sprzęt posiada oznakowanie (certyfikat) CE – Conformite Europeene*](załącznik nr 3 do SIWZ – wzór umowy, § 1 ust. 15) oraz [*Dostarczony sprzęt musi być fabrycznie nowy*.](załącznik nr 2 do SIWZ, pkt 4, część „Wymagania dodatkowe", pkt 2).

10. Zmiany pozostałej dokumentacji postępowania w takim zakresie, w jakim wymaga ona uwzględnienia zmian opisanych powyżej.

Ponadto odwołanie zawierało w szczególności wskazanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych, które według Odwołującego uzasadniają wniesienie odwołania.

{o poprzednich postępowaniach na analogiczny przedmiot zamówienia}

Od 8 lipca 2019 r. do 11 października 2019 r. Zamawiający prowadził postępowanie nr 160/Cut/19/DG/PMP, w którym wykonawcy zaoferowali następujące rozwiązania (oparte na podanych typach kamer): Enigma – Getac (BC-02), Intertrading Systems Technology – BCAM (COMPACT-V20), konsorcjum INTEGRALE IT – HIWISION (DS.-MCW4 Comarch – HIKVISION (DS. MCW405), Umo – AXON (Axon Body 2).

Zdaniem Odwołującego ponieważ Zamawiający nie wymagał wtedy m.in., aby złącza stacji dokującej posiadały styki płaskie ani aby kąt widzenia kamery wynosił maksymalnie 130 stopni, pierwotnie nie traktował tych cech kamery jako istotnych z punktu widzenia jej walorów funkcjonalnych lub użytkowych.

Zamawiający przeprowadził testy akceptacyjne, co według Odwołującego pozwoliło mu na szczegółowe zaznajomienie się ze specyfiką rozwiązań oferowanych przez konkurentów Enigmy.

12 grudnia 2019 r. Zamawiający unieważnił postępowanie, w uzasadnieniu wskazując, że ustalona w SIWZ procedura testów akceptacyjnych jest obarczona wadami, o których mowa w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 25 listopada 2019 r. sygn. KIO 2217/19, dotyczącego innego postępowania (nr 271/Cut/19/DG/PMP) zawierającego tożsame postanowienia w zakresie procedury testów.

22 października 2019 r. Zamawiający ogłosił drugie postępowanie (nr 271/Cut/19/DG/PMP), tym razem określając w opisie przedmiotu zamówienia szereg wymogów (m.in. płaskich styków złącz do stacji dokującej) służących wyeliminowaniu możliwości zaoferowania rozwiązań innych niż Getac, opartego na kamerach BC-02.

W rezultacie jedyną ofertę w tym postępowaniu złożyła Enigma. Pomimo zaskarżenia postanowień SIWZ wyłączających konkurencyjność przez Comarch, Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy Enigmy jako najkorzystniejszej jeszcze przed wydaniem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W wyroku z 25 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2217/19 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób wskazujący na możliwość złożenia oferty wyłącznie na jeden konkretny produkt (rozwiązanie Getac oparte na kamerach BC02, oferowane przez Enigmę), co jednocześnie nie było uzasadnione racjonalnymi potrzebami Zamawiającego. Izba uznała również, że opisana przez Zamawiającego metodologia przeprowadzenia testów akceptacyjnych oparta była na subiektywnej ocenie osób przeprowadzających testy. Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie tego postępowania.

W ocenie Odwołującego zakwestionowane przez niego w aktualnym, trzecim postępowaniu (nr 321/Cut/19/DG/PMP) kryterium oceny ofert, elementy opisu przedmiotu zamówienia oraz zasady przeprowadzenia testów, wpisują się w schemat działań Zamawiającego zmierzających do stworzenia możliwości zaoferowania jednego, konkretnego rozwiązania – Getac (opartego na kamerach BC-02), oferowanego przez jednego wykonawcę – Enigmę. Przy czym Zamawiający uporczywie ignoruje powyższy wyrok, w którym stwierdzono m.in., iż wymóg dostarczenia stacji dokującej posiadającej styki płaskie był elementem opisu przedmiotu zamówienia przesądzającym o możliwości zaoferowania jednego konkretnego rozwiązania. Tymczasem element ten pojawił się w obecnym postępowaniu jako kryterium oceny ofert.

{ad pkt 3. listy zarzutów, pkt 4 uzasadnienia – czas obsługi kamery}

Odwołujący zestawił kwestionowane wymaganie, aby oferowane rozwiązanie (zestaw) umożliwiało jednoczesną obsługę wszystkich kamer w łącznym czasie nie dłuższym niż 5 godzin, z opisem następujących wymogów funkcjonalnych sformułowanych w stosunku do zamawianych kamer (zawartych w załączniku nr 2 do SIWZ, pkt 3.2, w części: „Specyfikacja kamer"):

- *Pojemność pamięci wewnętrznej pozwalającej na ciągłą rejestrację nagrania przez okres minimum 10 godzin* (ppkt II, tiret I);

•*Akumulator zapewniający rejestrację nagrania przez minimum 10 godzin, bez konieczności jego doładowania, z włączonym przez ten czas 30 sekundowym buforem* (ppkt 27).

Według Odwołującego wynika z tego, że Zamawiający nie zamierza użytkować zamawianych kamer dłużej niż po 10 godzin. Zakładając natomiast, że kamery będą wykorzystywane do celów rejestracji interwencji lub patroli funkcjonariuszy policji, realny czas ich pracy w wymiarze dobowym nie przekroczy 8 godzin. Przyjmując, że kamera będzie użytkowana i obsługiwana w cyklu dobowym, czas pozostały na obsługę kamery w stacji dokującej wyniesie od 14 do 16 godzin. Stąd wymóg zapewnienia obsługi kamery w czasie zaledwie 5 godzin nie znajduje żadnego uzasadnienia praktycznego.

Odwołujący wywiódł, że ponieważ tak krótki czas obsługi kamer charakteryzuje rozwiązanie Getac oparte na kamerach BC-02, oferowane przez Enigmę, Zamawiający sformułował taki wymóg nie tyle w celu zaspokojenia racjonalnie uzasadnionych potrzeb, lecz w celu wyeliminowania konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

{ad pkt 5. listy zarzutów, pkt 6. uzasadnienia
– subiektywne metody oceny jakości obrazu i dźwięku}

Odwołujący podał, że w sekcji E załącznika nr 6 do SIWZ Zamawiający wprost wskazał, że przewiduje zastosowanie subiektywnych metod oceny jakości obrazu i dźwięku, w szczególności zgodnie z opisem:

1)test oznaczony nr 1 zostanie zaliczony, jeżeli 3 z 5 członków komisji gołym okiem stwierdzi wystąpienie 700 linii w centralnej części obrazu, na wysokość kadru;

2)test oznaczony nr 2 zostanie zaliczony, jeżeli 3 z 5 członków komisji gołym okiem stwierdzi możliwość odczytu numeru rejestracyjnego.

Odwołujący zarzucił, że taki sposób oceny parametrów stwarza pole do całkowicie dowolnej oceny jakości obrazu i dźwięku, gdyż:

- {ad 1)} nie sposób nie odnieść wrażenia, że o pozytywnym wyniku tego testu przesądzi przede wszystkim ostrość wzroku członków zespołu oceniającego, a nie rzeczywista rozdzielczość wyświetlanego obrazu – skoro nie wystąpienie ocenianej funkcjonalności, lecz subiektywna, a przez to obarczona błędem, indywidualna ocena członków komisji, determinuje wynik testu, stanowi on niedopuszczalny element oceny ofert;
- {ad 2)} ocena tego elementu jest całkowicie dowolna i zależy przede wszystkim od indywidualnych predyspozycji osób dokonujących oceny.

Odwołujący wywiódł, że ponieważ negatywny wynik choćby jednego z testów przesądza o odrzuceniu oferty, pozostawienie choćby jednego subiektywnego kryterium, którego ocena odbędzie się *de facto* w sposób dowolny, przesądza o naruszeniu przepisów ustawy pzp. Odwołujący stwierdził, że nietrudno wyobrazić sobie bowiem sytuację, w której 3 z 5 członków komisji dostrzega spełnienie parametrów brzegowych w przypadku urządzeń firmy Enigma, a jednocześnie nie dostrzega ich w przypadku pozostałych wykonawców.

Odwołujący podniósł, że podobnie subiektywny sposób przeprowadzania testów Zamawiający określił w postępowaniu nr 160/Cut/19/DG/PMP, co spowodowało, że identyczne urządzenia DSMCW405 producenta HKVISIOI oferowane przez dwóch różnych wykonawców otrzymały różne wyniki w ramach oceny tych samych funkcjonalności – w teście oceny nagrania Comarch otrzymał 3,1 pkt, natomiast Integrale 4,0 pkt, w teście oceny jakości obrazu uzyskali oni odpowiednio 4,6 pkt i 4,4 pkt, w teście bezpiecznego, pewnego i szybkiego mocowania Zamawiający przyznał im odpowiednio 3,3 pkt oraz 3,8 pkt. Według Odwołującego potwierdza to tezę, że Zamawiający dokonuje oceny testów w sposób całkowicie dowolny.

Odwołujący zwrócił uwagę, że tak określone przez Zamawiającego zasady testów akceptacyjnych były przedmiotem rozstrzygnięcia w przywołanym powyżej wyroku, w którym Izba podzieliła stanowisko odwołującego Comarch, że taki opis testów narusza przepisy ustawy pzp.

Zamawiający na posiedzeniu w pierwszej kolejności poinformował, że 16 stycznia 2020 r. dokonał zmian treści SIWZ większości zaskarżonych postanowień, jednak nie zawsze w sposób uwzględniający wprost żądania odwołania.

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że zarzuty z pkt 3. i 5.listy zarzutów odwołania nie są zasadne

Odwołujący wycofał wszystkie zarzuty z wyjątkiem zarzutów z pkt 3. i 5. listy zarzutów.

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. 189 ust. 2 pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Według art. 187 ust. 8 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Przy czym nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że skoro odwołujący jest uprawniony do wycofania odwołania w całości, ma również prawo zrezygnować z popierania niektórych jego zarzutów. Za taką interpretacją przemawia również art. 186 ust. 3a pzp, który wprost reguluje szczególną sytuację wycofania odwołania w takim zakresie, w jakim nie zostało ono uwzględnione przez zamawiającego.

Jednocześnie z przywołanego art. 186 ust. 3a pzp wynika *a contrario*, że nie dochodzi do umorzenia postępowania odwoławczego, jeżeli odwołujący nie wycofał wszystkich zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego. W orzecznictwie Izby nie budzi jednak wątpliwości, że zarówno zarzuty uwzględnione przez zamawiającego, jak i zarzuty wycofane przez odwołującego nie podlegają merytorycznemu rozpoznaniu. Stąd za prawidłowe należy uznać odzwierciedlenie w orzeczeniu kończącym postępowanie odwoławcze w sprawie danego odwołania, że w zakresie zarzutów wycofanych podlega ono umorzeniu.

W tej sprawie Odwołujący dodatkowo na posiedzeniu oświadczył, że podtrzymuje odwołanie jedynie w zakresie zarzutów nr 3. i 5., więc w zakresie wszystkich pozostałych zarzutów postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu.

Z tych względów – działając na podstawie art. 187 ust. 8 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości sprawa – w zakresie zarzutów niewycofanych przez Odwołującego – została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący (w imieniu którego nikt nie stawił się na rozprawie) podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Natomiast Zamawiający następująco odniósł się do podtrzymanych zarzutów odwołania.

{ad pkt 3. listy zarzutów, pkt 4 uzasadnienia – czas obsługi kamery}

Wymóg podyktowany jest potrzebami Zamawiającego związanymi z tym, że zamawiana liczba kamer jest przeznaczona do użytkowania nie tyle indywidualnego przez jednego policjanta, ale każda kamera w ciągu 24 godzin będzie wykorzystywana przez dwie zmiany policjantów, a na zmianie pomiędzy nimi jest konieczność dokonania zgrania materiału z pierwszej zmiany i naładowania kamer, aby mogła być użytkowana przez policjanta z trzeciej zmiany (z tej specyfiki wynika inny wymóg – naniesienia znaku wodnego indywidualizującego policjanta użytkującego daną kamerę).

Dodatkowy zapas trzech godzin jest dlatego potrzebny, że nie zawsze taka zmiana może się skończyć po regulaminowych 8 godzinach, ale w związku z wydłużeniem czynności może trwać dłużej. Ponadto czas pięciu godzin został odniesiony do zgrania konkretnej ilości materiału (patrz stosowny test). Natomiast wymaganie co najmniej dziesięciogodzinnego czasu rejestracji uwzględnia konieczność zapewnienia konkurencji, co nie oznacza, że nie jest pożądane, aby ten czas był jak najdłuższy.

{ad pkt 5. listy zarzutów, pkt 6. uzasadnienia
– subiektywne metody oceny jakości obrazu i dźwięku}

Według Zamawiającego nieadekwatne jest powoływanie się przez odwołującego na to, że w poprzednich postępowaniach takie same testy akceptacyjne stały się podstawą unieważnienia postępowań, gdyż zostały uznane za niezgodne z przepisami pzp.

Aktualnie test rozdzielczości ma być przeprowadzony w ten sposób, że rozdzielczość ma być badana na podstawie nagrania planszy testowej (wydruk tej planszy składa jako dowód nr 5 – odpis przekazano odwołującemu), które następnie zostaje odtworzone na monitorze (zamawiane kamery nie dysponują żadnym wyświetlaczem). Dzięki temu, że plansza testowa zawiera szereg wydruków równoległych linii w pionie, poziomie i skośnie z przypisanymi liczbami, jest możliwe stwierdzenie, jaka faktycznie jest rozdzielczość ekranu kamery (liczby na skali należy przemnożyć przez 100). Ponadto wskazuje, że każda kamera będzie tak ustawiona, aby obszar rejestracji nie wykraczał poza czarną obwódkę od góry i od dołu (z uwagi na kąt widzenia kamery odmiennie może być na boki). Zauważa, że nawet w poprzedniej wersji testu jego przejście nie było problemem dla oferowanych kamer, gdyż wszystkie pozytywnie przeszły ten test, a podnoszone różnice między tym samym modelem kamery nie miały znaczenia, gdyż przy wymaganej ocenie 3 kamery uzyskiwały odpowiednio 4.4 i 4.6. Zwraca uwagę, że takie różnice mogą wynikać z faktycznie odmiennych parametrów, nawet tego samego modelu kamery. Z kolei w tym teście również oferowane kamery nie miały problemu, gdyż typowo wynik zawierał się od 800 do 900 linii.

Drugi test ma charakter bardziej praktyczny i został również zmodyfikowany w stosunku do poprzedniej wersji, gdzie rejestrowano porównawczo obraz z kamery badanej i kamery odniesienia, przy czym kamera badana była umieszczona na policjancie, a druga na osobie towarzyszącej, stąd rejestrowany obraz zależał od sposobu poruszania się tych osób. Aktualnie przewidziane jest umieszczenie badanej kamery na statywie i obrócenie jej w trakcie rejestracji o 90° w założonym czasie, a przedmiotem filmowania będą samochody stojące na parkingu.

Wbrew stanowisku odwołującego testy oparte na wzroku badającego są powszechnie stosowane, gdyż umożliwiają stwierdzenie faktycznej jakości obrazu i w wielu zastosowaniach są lepsze niż testy maszynowe. W tym przypadku jest to uzasadnione również tym, że faktycznie na podstawie zapisów obrazu w taki sposób będą ustalane takie okoliczności jak np. numer rejestracyjny pojazdu.

Podkreślił, że wszystkie kamery będą testowane w ten sam sposób przez ten sam zespół osób. Ponadto, w przeciwieństwie do poprzedniej wersji testów, będzie możliwość weryfikacji prawidłowości jego przeprowadzenia, gdyż nagrania zarówno planszy testowej, jak i tablic rejestracyjnych będzie dostępna np. w przypadku zaskarżenia wyniku oceny, jako dowód w sprawie.

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

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Legitymacja Odwołującego jako kwestionującego postanowienia specyfikacji, które negatywnie wpływają na możliwość złożenia przez niego oferty, nie budziła wątpliwości.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 3. listy zarzutów, pkt 4 uzasadnienia – czas obsługi kamery}

Pełnie brzmienie wymagania zawartego w załączniku nr 2 do SIWZ, pkt 3.2. „Funkcjonalność systemu rejestracji z kamerami", w pkt 7 części „Zestaw urządzeń musi zawierać co najmniej" jest następujące:

Zestaw musi być tak zaprojektowany, aby uzyskać parametry wydajnościowe umożliwiające jednoczesną obsługę wszystkich kamer w danej lokalizacji za pomocą wielostanowiskowej stacji dokującej i stanowiska RAW, w łącznym czasie nie dłuższym niż 5 godzin przy założeniach:

a) na każdej z kamer znajduje się 30 nagrań o sumarycznej długości 10 godzin, wykonanych w standardzie ci najmniej 720p25, przy ustawieniach kamer zapewniających najwyższą jakość nagrań,

b) na każdym stanowisku RAW prowadzone będzie przeglądanie nagrań i odtwarzanie nagrań zapisanych na macierzy, jednocześnie ze zgrywaniem materiałów z kamery,

c) przekopiowanie wszystkich nagrań z kamery na dysk sieciowy,

d) wyczyszczenie pamięci kamer oraz bufora,

e) wykonanie aktualizacji oprogramowania wszystkich kamer,

f) pełne naładowanie rozładowanych akumulatorów we wszystkich kamerach.

Spełnienie analogicznego wymagania, w uproszczeniu sprowadzającego się do zapewnienia wielostanowiskowej stacji dokującej zapewniającej w czasie nie dłuższym niż 5 h zgranie wszystkich nagrań z kamer na dysk sieciowy i pełne naładowanie rozładowanych akumulatorów kamer, w poprzednio prowadzonym postępowaniu nr 160/Cut/19/DG/PMP zostało potwierdzone i sprawdzone dla różnych rozwiązań oferowanych przez kilku wykonawców {złożone przez Zamawiającego na rozprawie: dowód nr 1 – wyciąg z oferty Comarch Polska (z 2019 r.) z zaznaczeniem potwierdzonego parametru, dowód nr 2 – wyciąg z oferty konsorcjum Intertrading Systems Technology (z 2019 r.) z zaznaczeniem potwierdzonego parametru, dowód nr 3 – utrwalenie wyników testów weryfikacyjnych dla oferty Comarch Polska (z 2019 r.) z zaznaczaniem pozytywnej weryfikacji kwestionowanego parametru, dowód nr 4 – wyciąg z trzech ofert: T-Systems, S&T, UMO z zaznaczeniem potwierdzenia spełnienia parametru}.

Niezależnie od powyższego Izba nie miała podstaw, aby nie dać wiary Zamawiającemu, że powyższy wymóg odpowiada jego uzasadnionym potrzebom związanym z umożliwieniem wykorzystania każdej kamery przez dwie zmiany policjantów.

Przede wszystkim Odwołujący pominął w odwołaniu dalszą część wymagania i nawet nie próbował wykazywać, że przy podanych w lit. a)-f) założeniach istnieją jakieś obiektywne przeszkody techniczne, aby spełnić je w ciągu 5 godzin. Natomiast doświadczenie życiowe związane z użytkowaniem przenośnych urządzeń zasilanych akumulatorowo wskazuje, że dla każdego użytkownika pożądany jest jak najkrótszy czas ładowania, podobnie jak i zgrywania nagrań w

przypadku przenośnych urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk, a wymagana proporcja, aby czynności te były możliwe do przeprowadzenia w czasie 2 razy krótszym niż wymagany czas działania urządzenia, nie jest nadmierna.
Oczywiście bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 pzp, gdyż powyższy opis nie polega na wskazaniu znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę.

Za niezasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 pzp, gdyż Odwołujący nie wykazał, choć to na nim z mocy art. 190 ust. 2 pzp spoczywał ciężar udowodnienia, że choćby pośrednio opis parametru wskazuje wyłącznie na rozwiązanie Getac oparte na kamerach BC-02, jak twierdził w odwołaniu. Postępowanie dowodowe wykazało wręcz coś przeciwnego. Przede wszystkim istotne jest, że powyższy opis nie wskazuje na parametr, który obiektywnie nie może być osiągalny technicznie. Zamawiający przekonująco wyjaśnił potrzebę jego wprowadzenia, nawet dla laika jest oczywiste, że krótszy czas ładowania i zgrywania jest korzystny. To Odwołujący usiłuje narzucić Zamawiającemu, w jaki sposób powinien pracować, gdyż chce zaoferować rozwiązanie gorsze technicznie pod tym względem.

Podkreślić należy, że Izba nie stwierdziła w tej sprawie ani pośredniego, ani bezpośredniego naruszenia konkurencji przez opis ocenianych parametrów, których dotyczą rozpoznawane zarzuty, gdyż Odwołujący tego nie wykazał, choć z mocy art. 190 ust. 1 pzp na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie. Abstrahując od tego, że nieudowodnione pozostało ogólne twierdzenie Odwołującego, że opis przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie wskazuje wyłącznie na rozwiązanie Getac (opartego na kamerach BC-02), oferowanego przez jednego wykonawcę – Enigmę, istotniejszy jest brak wykazania, że zaskarżone parametry nie są uzasadnione zobiektywizowanymi potrzebami Zamawiającego, wynikającymi z potrzeby efektywnego wykorzystania kamer w prowadzonej działalności. W takim przypadku nie ma bowiem znaczenia, jak wielu producentów oferuje produkty spełniające parametry techniczne, których nie można uznać za dyskryminujące tylko z tego względu, że w ocenie Odwołującego są zbyt wyśrubowane.

W konsekwencji zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp należy uznać za bezzasadny, gdyż zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, należy tak interpretować, jak wskazuje utrwalone w tym zakresie orzecznictwo Izby.

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Opis przedmiotu zamówienia nie może preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. Nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy opisie przedmiotu zamówienia, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki kontraktowe, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku, ale uwzględnienie wymagań gwarantującej sprawne wykonanie danego zamówienia, na miarę potrzeb i możliwości Zamawiającego (z uzasadnienia wyroku z 9 września 2019 r. sygn. akt KIO 1636/19).

Opis przedmiotu zamówienia nie może ograniczać uczciwej konkurencji co wynika z przepisu art. 29 ust. 2 p.z.p. jednak nie jest tak, że Zamawiający w każdym przypadku ma otrzymać dokładnie to co wskazuje wykonawca, gdyż Zamawiający jako dysponent postępowania decyduje wobec prowadzonego postępowania co ma być przedmiotem zamówienia – z zastrzeżeniem oczywiście, że opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji (z uzasadnienia wyroku z 26 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1537/19).

Aby wykazać, że opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. a wiec narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności zamówień, odwołujący winien co najmniej uprawdopodobnić, że w postępowaniu nie można złożyć oferty, spełniającej wymogi zamawiającego. Niemożność ta powinna mieć charakter obiektywny – w tym sensie, że nie tylko odwołujący nie jest w stanie spełnić wymogów zamawiającego co do realizacji przedmiotu zamówienia (z uzasadnienia wyroku z 16 maja 2019 r. sygn. akt KIO 797/19).

Każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego osobiste potrzeby, na co wskazywał zamawiający w tym przypadku. Nikt też nie odbiera zamawiającemu prawa, jako gospodarzowi postępowania do wskazania swoich potrzeb poprzez takie ustalenie parametrów sprzętu aby sprzęt ten służył jego specyficznym potrzebom. Zgodzić się o też należy, że zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawcom złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Izba wskazuje, iż zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i kompletny, zachowując zasady uczciwej konkurencji, ich poszanowanie nie oznacza, że zamawiający ma nabyć w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przedmiot o niskiej jakości, niezaspokajający jego potrzeb, ma oczywiście prawo wymagać nie tylko odpowiedniej jakości, ale również tak określić przedmiot zamówienia, aby odpowiadał celom dla których ma służyć, wykazując się jednak również szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych (z uzasadnienia wyroku z 18 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 585/19)

Niewątpliwie opis przedmiotu zamówienia nie może ograniczać uczciwej konkurencji, zgodnie z art. 29 ust. 2 p.z.p., niemniej to zamawiający jako gospodarz postepowania decyduje co ma być przedmiotem zamówienia, z zastrzeżeniem, że opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Nie można zasady uczciwej konkurencji pojmować tak, że zamawiający winien zaakceptować każde świadczenie, nawet niezgodne z jego potrzebami, jedynie dlatego, że może je zrealizować większy krąg podmiotów. Taki tok rozumowania sprowadziłby zamówienia publiczne do roli instrumentu pozyskiwania dóbr o przeciętnej, niczym niewyróżniającej się jakości, a nadto o cechach nieuwzględniających usprawiedliwionych potrzeb zamawiających (z uzasadnienia wyroku z 25 marca 2019 r. sygn. akt KIO 405/19).

Fakt posiadania czy też dostępności przez danego wykonawcę danego produktu nie stanowi o tym, że dany Zamawiający ma nabyć ten produkt tylko dlatego, że wykonawca go posiada i chce mu go sprzedać. Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych

dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów, jednocześnie dokonując tego z uwzględnieniem racjonalnego planowania dokonywanych wydatków zarówno pod względem finansowym jak i użytkowym

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi postępowania, w którym Zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. W postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, Zamawiający jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby uprawniony jest do kupna określonych rzeczy, a w ramach tych określonych rzeczy nieuprawniona jest taka specyfikacja techniczna, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów – to stanowi istotę konkurencyjności w ramach danego zamówienia. Podkreślić należy, że konkurencja nie polega na tym, że Zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty na cokolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Opis przedmiotu zamówiona powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy, którzy oferują rzeczy zbliżone, podobne do tych wymaganych przez Zamawiającego (z uzasadnienia wyroku z 18 marca 2019 r. sygn. akt KIO 358/19).

Zamawiający uprawniony jest do opisania przedmiotu zamówienia w sposób, który poprzez zawężenie ilości rodzajów spełniających jego potrzeby produktów automatycznie uniemożliwia złożenie oferty pewnemu kręgowi zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem wykonawców. Dopóki jednak Zamawiający nie działa w celu ograniczenia dostępu wykonawców do przedmiotu zamówienia, tylko w celu zaspokojenia swoich uzasadnionych potrzeb, jest to działanie dopuszczalne i zgodne z prawem (z uzasadnienia wyroku z 4 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2428/17).

Nie jest tak, że Zamawiający jest zobowiązany opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wszyscy producenci i dostawcy na rynku mogli złożyć ofertę. W pierwszej kolejności Zamawiający winien wskazać swoje potrzeby i wymagania, nawet jeśli przy takim opisie zamówienia nie wszyscy wykonawcy na rynku mogą złożyć ofertę. Jeśli potrzeby Zamawiającego uzasadnione są szczególną sytuacją lub szczególnymi względami, wówczas nie można uznać, aby Zamawiający działał w sposób ograniczający konkurencyjność i naruszył art. 29 ust. 2 i 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (z uzasadnienia wyroku z 18 października 2018 r. sygn. akt KIO 2031/18).

W kontekście takiego rozumienia art. 29 ust. 2 pzp oraz poczynionych powyżej w odniesieniu do rozpoznawanego zarzutu ustaleń należy uznać za bez znaczenia dla sprawy argumentację Odwołującego sprowadzającą się przyjęcia takich założeń co do sposobu użytkowania zamawianych kamer odpowiadających możliwościom produktu, który chce zaoferować, a nie rzeczywistym potrzebom Zamawiającego.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 5. listy zarzutów, pkt 6. uzasadnienia – subiektywne metody oceny jakości obrazu i dźwięku}

W załączniku nr 6 do SIWZ – „Testy akceptacyjne (weryfikacyjne)" na wstępie w szczególności następująco określono warunki ogólne ich przeprowadzenia (pkt 1. części A. „Opis testów i ich oceny):

Testy te mają na celu sprawdzenie wybranych funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego dla kamer nasobnych wraz z systemem ładowania, zgrywania, archiwizacji, przeglądania i zarządzania nagraniami. Testy zostaną przeprowadzone przez wskazaną przez Zamawiającego instytucję badawczą, posiadającą niezbędną wiedzę i sprzęt do przeprowadzenia tego typu badań, według zasad określonych w SIWZ.

(…)

W testach mogą uczestniczyć członkowie komisji przetargowej. Wynik testów zostanie podany w protokole testów.

(…)

Wszystkie testy są testami koniecznymi dla sprawdzenia poprawnej pracy elementów urządzenia. Niespełnienie któregokolwiek z punktów zawartych w kolumnie „oczekiwany rezultat testów" tabeli z opisem testów (zawartej w punkcie 2) powoduje odrzucenie oferty jako nie spełniającej wymagań funkcjonalnych Zamawiającego.

W przypadku, gdy test zakończy się wynikiem negatywnym, będzie on mógł być natychmiast powtórzony na wniosek Wykonawcy. (…) *Wynik powtórzonego testu będzie obligatoryjny.*

Powtórzenie testu możliwe jest tylko w przypadku, gdy badana funkcjonalność istnieje, ale wynik jej sprawdzenia będzie inny niż opisany w rubryce „oczekiwany wynik testu". Jeśli urządzenie/system nie będzie posiadać wymaganej funkcjonalności, wynik testu będzie negatywny.

(…)

W trakcie wykonywania testów w pomieszczeniu laboratorium wykonywana będzie rejestracja obrazu i dźwięku.

Z kolei w części E. „Sprawdzenie parametrów jakościowych kamer nasobnych:" przed tabelą wyszczególniającą poszczególne rodzaje testów zamieszczono następujące postanowienie: *Zamawiający przewiduje zastosowanie subiektywnych metod oceny jakościowej obrazu i dźwięku. Ocena parametrów będzie wykonywana zgodnie z podanym opisem przez 5-osobowy zespół oceniający. W trakcie testów urządzeń różnych wykonawców stosowane będą te same urządzenia, a porównania będą wykonywane w tych samych warunkach laboratoryjnych, przez ten sam zespół oceniający. W przypadku porównań z materiałami odniesienia, do ich rejestracji stosowana będzie ta sama amatorska kamera o rozdzielczości FullHD.*

Nr 1 oznaczono test dla funkcjonalności: [*Fizyczna rozdzielczość matrycy – nie mniej niż 1920x1080*]; opis testu: [*Kamera zostanie zamontowana w uchwycie na statywie w taki sposób, aby górna i dolna krawędź obrazu wypadała na czarnej obwiedni planszy testowej ISO 12233. Ocena ostrości obrazu, nagranego przez testowaną kamerę w jakości 1080p25 lub 1080p30 przy najlepszych ustawieniach jakości nagrania, przy zatrzymanym obrazie (stopklatka). Subiektywna ocena rozdzielczości obrazu przez co najmniej 5 osób.*]; oczekiwany rezultat testu: [*Rozdzielczość obrazu, określona na podstawie trzech wskaźników rozdzielczości poziomy, pionowy i ukośny) w centralnej części planszy ISO 12233 musi wynosić co najmniej 700 linii na wysokości kadru, w ocenie co najmniej 3 osób z 5-osobowego zespołu oceniającego*]

Nr 2 Nr 1 oznaczono test dla funkcjonalności: [*Nagrywanie w rzeczywistej jakości co najmniej 1080p25 z możliwością zmiany rozdzielczości przez osoby uprawnione na 720p25 lub* 720p30]; opis testu: [*Kamera zostanie zamontowana w uchwycie na statywie na wysokości 150 cm, w odległości 10 m prostopadle do widocznej na samochodzie tablicy rejestracyjnej, w otoczeniu innych samochodów. Wykonanie nagrania o długości 30 s w rozdzielczości 1080p25 albo 1080p30 przy najlepszych ustawieniach jakości nagrania, w świetle dziennym, z obrotem kamery w poziomie o kąt 90 stopni w ciągu 5s.*

Subiektywna ocena możliwości odczytu numeru rejestracyjnego na nagraniu w trakcie ruchu kamery przez co najmniej 5 osób.]; oczekiwany rezultat testu: [*Możliwości odczytu numeru rejestracyjnego w ocenie co najmniej 3 osób z 5-osobowego zespołu oceniającego*]

Z porównania przywołanych powyżej postanowień z ustaleniami faktycznymi zawartymi w uzasadnieniu wyroku Izby z 25 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2217/19 wynika, że w stosunku do postępowania nr 271/Cut/19/DG/PMP opis

sposobu przeprowadzenia testów dla tych funkcjonalności został znacząco zmieniony i doprecyzowany. W szczególności dla testu nr 1 wprowadzono jako punkt odniesienia planszę ISO 12233, a dla testu nr 2 zastąpiono dotychczasowy sposób jego przeprowadzenia, zapewniając powtarzalność warunków testowych (umieszczenie kamery na statywie). Stąd nie ma podstaw faktycznych, aby rozstrzygnięcie Izby w tamtej sprawie uznać za adekwatne w zmienionych okolicznościach tej sprawy.

Bezsporne przy tym było, że z zaliczeniem testów w poprzednim kształcie nie miało problemów żadna z kamer oferowanych przez wykonawców w powyższym postępowaniu.

W pierwszej kolejności konieczne stało się zaznaczenie, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp.

Zarzut zawarty w odwołaniu bazuje *de facto* na, niefortunnym skądinąd, użyciu określenia „subiektywne", i negatywnej ocenie poprzednio ustalonego opisu sposobu przeprowadzenia testów akceptacyjnych w przywołanym powyżej wyroku Izby. Ponieważ opis ten uległ znaczącej zmianie, argumentacja taka jest bezprzedmiotowa. Ponieważ zarzut nie został skonkretyzowany w odniesieniu do innych testów niż nr 1 i 2 z załącznika nr 6 do SIWZ, tylko te testy są przedmiotem rozpoznania w tej sprawie.

W aktualnie prowadzonym postępowaniu testy nr 1 i 2, choć są obarczone pewną dozą subiektywizmu oceny członków komisji przetargowej, to sposób ich przeprowadzenia został na tyle doprecyzowany, że sprowadza ją do akceptowalnego poziomu.

Taki sposób przeprowadzenia testów znajduje uzasadnienie w tym, że zamawiane kamery będą służyły do ustalania okoliczności faktycznych na podstawie nagrań przez pracowników policji lub prokuratury.

Przede wszystkim po zmianach, które wprowadził Zamawiający w aktualnie prowadzonym postępowaniu, prawidłowość wyniku przeprowadzonych w jego imieniu testów będzie mogła zostać zweryfikowana przez wykonawców, a w razie zaistnienia takiej potrzeby również przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba nie dopatrzyła się, aby aktualnie obowiązujący opis testów nr 1 i 2 był niejednoznaczny, niewyczerpujący, niedokładny, niezrozumiały czy nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, czyli aby naruszał art. 29 ust. 1 pzp. Z kolei skoro opis ten został zobiektywizowany i jest taki sam dla wszystkich wykonawców, nie została również naruszona zasada prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, których poniesienie zostało udokumentowane do zamknięcia rozprawy stosownym rachunkiem.