Sygn. akt KIO 1402/17

WYROK

z dnia 26 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie **20 i 21 lipca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **7 lipca 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P.R.U.M. S.A. z siedzibą w G., Z.I.R. – W. S. i spółka sp. j. z siedzibą w B., „A.C." M. B., R. W. sp. j. z siedzibą w W.**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa systemu detekcji na terenie miasta Gliwice wraz z modernizacją wybranych sygnalizacji* świetlnych, *etap II*
(nr postępowania ZA.271.101.2016)
prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Gliwice**
przy udziale wykonawcy: **A.V. S.A. z siedzibą w B. (H.)** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miastu Gliwice: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – odrzucenie oferty złożonej przez A.V. S.A. z siedzibą w B. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na niepotwierdzenie spełniania przez zaprezentowany sterownik wszystkich parametrów opisu przedmiotu zamówienia, które podlegały weryfikacji w toku prezentacji sterownika według reguł określonych w załączniku nr 12 do tej specyfikacji.

2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Miasto Gliwice** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego**

P.R.U.M. S.A. z siedzibą w G., Z.I.R. – W. S. i spółka sp. j. z siedzibą w B., „A.C." M. B., R. W. sp. j. z siedzibą w W. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;

2.2. zasądza od **zamawiającego Miasta Gliwice** na rzecz **Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A. z siedzibą w G., Zakładu Inżynierii Ruchu – W. S. i spółki sp. j. z siedzibą w B., „A.C." M. B., R. W. sp. j. z siedzibą w W. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 2015 r. poz. 2164 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 Gliwicach.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Gliwice prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp", „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Rozbudowa systemu detekcji na terenie miasta Gliwice wraz z modernizacją wybranych sygnalizacji* świetlnych, *etap II* (nr postępowania ZA.271.101.2016).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S_203-366585 20 października 2016 r., Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej { www.gliwice.eu}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja", „SIWZ" lub „s.i.w.z."}

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

27 czerwca 2017 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu tj. wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Z.R.U.M. S.A. z siedzibą w G., Z.I.R. – W. S. i spółce sp. j. z siedzibą w B., „A.C." M. B., R. W. sp. j. z siedzibą w W., wspólnie ubiegającym się {dalej również: „Konsorcjum Z.R.U.M."} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez A.V. S.A. z siedzibą w B. (H.) {dalej również: „A."}.

7 lipca 2017 r. Odwołujący wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy.

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

1. Art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez błędną ocenę wyjaśnień Wykonawcy i uznanie za udowodnione, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, podczas gdy w rzeczywistości wyjaśnienia te potwierdzają rażąco niską cenę jego oferty, co powinno skutkować jej odrzuceniem, a nie wyborem jako najkorzystniejszej, a co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

---

2. Art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty A. z powodu błędów w obliczeniu ceny.
3. Art. 89 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty A. z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ.
4. (z ostrożności procesowej) Art. 97 ust. 1 i 2 zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zwrócenie sterownika, który podlegał procesowi badania i stanowił podstawę do weryfikacji oferty A. co do spełnienia wymagań postawionych przez Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Dokonania ponownego badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty A..
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

{A.}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące badania oferty A. przez Zamawiającego:

Zamawiający pismem z 31.01.2017 r. (UM. 71248.2017) zwrócił się do A. w trybie art. 90 ust. 1 pzp o złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia

istotnych części składowych zaoferowanej ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Wezwanie dotyczyło złożenia wyjaśnień odnośnie cen z załączonej do oferty Tabeli cen ryczałtowych dla zadań o numerach:
2 „Uprzywilejowanie pojazdów służb ratowniczych przejeżdżających przez skrzyżowania wyposażone w sygnalizacje świetlne – Wyposażenie pojazdów służb ratowniczych w urządzenia zapewniające obsługę priorytetu", gdzie Zamawiający zakwestionował cenę 547.882,36 zł netto (brutto 673.895,30 zł), uznając że nie gwarantuje dostarczenia systemu spełniającego warunki wskazane w SIWZ;
4 „Wprowadzenie mobilnej aplikacji informacyjnej dla użytkowników ruchu drogowego", gdzie

Zamawiający zakwestionował cenę 56.562,90 zł netto (brutto 69.572,90 zł), uznając że nie gwarantuje wykonania zadania w tym zakresie;
6 „Rozbudowa monitoringu skrzyżowań wraz z analityką obrazu wideo informującą automatycznie o niebezpiecznych zdarzeniach drogowych – Udzielenie licencji na użytkowanie systemu analizy obrazu wideo", gdzie Zamawiający zakwestionował cenę 395.798,87 zł netto (brutto 486.832,61 zł.), uznając że nie gwarantuje udzielenia licencji na użytkowanie systemu oraz analizy obrazu wideo;
9 „Wprowadzenie systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów na wlotach do miasta", gdzie Zamawiający zakwestionował cenę 2.197.716,13 zł. netto (brutto 2.703.190,84 zł.), uznając że nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia.

Dodatkowo w odniesieniu do wszystkich zakwestionowanych pozycji Zamawiający wskazał, że zaoferowane ceny nie gwarantują wykonania zadań zgodnie z wymaganiami określonymi w PFU (zał. nr 7) oraz w znacznym stopniu odbiegają od przyjętych przez niego kalkulacji cenowych.

A. w piśmie z 3.01.2017r. przedstawił wyjaśnienia i dokumenty na ich potwierdzenie z założenia mające potwierdzić treść złożonych wyjaśnień na okoliczność prawidłowo skalkulowanej ceny oferty.

W szczególności Wykonawca wyjaśnił odnośnie:
– pytania 3., że udzielenie licencji na użytkowanie systemu analizy obrazu wideo zostało przez niego potraktowane jako element podzielony na wszystkie części zadania z pkt 6 powyżej. A na dowód rzeczywistego wyliczenia ceny przedłożył ofertę handlową firmy G.G.S. adresowaną do G.G.S. S. (wraz z tłumaczeniem na język polski) z 2 lutego 2017 r. (załącznik nr 2 do wyjaśnień);
– pytania 4. dot. zadania z pkt 9 powyżej, że oferta została przygotowana m.in. na podstawie wyceny nadesłanej przez firmę S. (załącznik nr 3 do wyjaśnień).

Złożone wyjaśnienia nie usatysfakcjonowały Zamawiającego, który pismem z 23.02.2017 r. (UM. 97921.2017) w trybie art. 90 ust. 1 pzp wezwał A. do złożenia dodatkowych wyjaśnień odnośnie złożonych dokumentów mających uwiarygodnić treść poprzednich wyjaśnień. W szczególności o wyjaśnienie treści ofert firm T., A. oraz G.G.S. odnośnie ich skierowania do Wykonawcy na potrzeby tego zamówienia i wykorzystania na potrzeby skalkulowania zakwestionowanych cen ofertowych.
Ponadto Zamawiający domagał się wyjaśnienia kwestii upływu okresu ważności oferty firmy T..

A. w piśmie z 27.02 2017 r. przesłał kolejne wyjaśnienia. W odpowiedzi na pytanie pierwsze odnośnie skierowania oferty handlowej G.G.S. do innego kontrahenta niż

Wykonawca, stwierdził że *Oferta firmy G.G.S. została opatrzona nazwą G.G.S. S. omyłkowo. Oferta ta przygotowana była dla A.V. S.A.*.

Powyższe wyjaśnienie nie usatysfakcjonowało Zamawiającego, który pismem z 2.03.2017 r. (UM. 145580.2017) ponownie wezwał w trybie art. 90 ust. 1 pzp Wykonawcę do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących oferty firmy G.G.S.. W szczególności powyższe oświadczenie wzbudziło zaniepokojenie Zamawiającego, który oczekiwał od A., w jaki

sposób może potwierdzić (udowodnić), że oferta ta była skierowana do niego na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia, czyli posłużyła do wyliczenia ceny. Zamawiający domagał się przedstawienia w tym zakresie dowodów.

A. w piśmie z 6.03.2017r. przesłał wyjaśnienia, w których na powyższe odpowiedział wskazując, że przesyła „zaktualizowaną ofertę na produkty firmy G.", (która de facto jest nową ofertą pochodzącą tym razem z firmy A. H. S.L .)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że zaniechał odrzucenia oferty A., pomimo że ten nie wykazał, że oferowane ceny znajdują potwierdzenie w ofertach handlowych dostawców, w oparciu o które dokonał kalkulacji cen dla każdego z zadań objętych procedurą badania rażąco niskiej ceny.

{B. *Udzielenie licencji na użytkowanie systemu analizy obrazu wideo pkt 6 tabeli cen (oferta)}*

Odwołujący zarzucił, że oferta handlowa G.G.S. nie mogła potwierdzić prawidłowości wyceny pozycji, gdyż:
– po pierwsze, została sporządzona dla odbiorcy G.G.S. S.;
– po drugie, ponieważ została sporządzona 2 lutego 2017 r., czyli po dniu składania ofert, nie mogła stanowić podstawy do wyliczenia ceny oferty;
– po trzecie, podana w niej cena 138.837,77 euro (598.323,15 zł dla średniego kursu NBP z dnia składania ofert 1 EUR = 4,3725 zł) jest kwotą przewyższającą cenę 395.798,87 zł podaną w ofercie A.;

Odwołujący dodał, że również złożona jako dowód rzetelnego wyliczenia ceny oferta TV Przemysłowa.pl została sporządzona po terminie składania ofert.

Według Odwołującego A. dopiero po pierwszym wezwaniu do złożenia podjął próbę znalezienia jakiejkolwiek branżowej oferty handlowej, która miałaby uwiarygodnić jego sposób wyliczenia ceny. Ewentualnie oferty te miały na celu dopasowanie do cen wskazanych w ofercie A..

Odwołujący wywiódł z tego, że już pierwsze wyjaśnienia powinny zakończyć proces

badania rażąco niskiej ceny i skutkować odrzuceniem oferty A..

Na marginesie Odwołujący skonstatował, że po dwóch kolejnych wezwaniach Zamawiający winien uzyskać przeświadczenie, że posłużenie się przez Wykonawcę tak wątpliwymi dokumentami nie może potwierdzać rzetelności ceny oferty. Twierdzenia zawarte w drugich wyjaśnieniach nie zostały bowiem poparte żadnymi dowodami (np. oświadczeniem firmy G.G.S.). Natomiast po trzecim wezwaniu Wykonawca, wobec niemożności udowodnienia, że oferta handlowa złożona przez G.G.S. była skierowana do niego, złożył inną ofertę od nowego podmiotu. Tym samym Zamawiający nie doczekał się udowodnienia okoliczności, których oczekiwał.

{C. *Wprowadzenie systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów na wlotach do miasta (pkt 9)}*

W ocenie Odwołującego w ofercie A. przedstawiono zaniżone kalkulacje, znacznie odbiegające od cen rynkowych, a w niektórych przypadkach nie uwzględniono warunków infrastrukturalnych, które wymuszają konieczność wykonania robót budowlanych w zakresie przekraczającym zwykły montaż wagi na odcinku nowo wybudowanej drogi. Cena oferty w zakresie części zamówienia obejmującej wprowadzenie systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów na wlotach do miasta na kwotę 2.197.716,13 zł netto, nie jest realna i rzetelnie wyliczona, za którą Wykonawca byłby w stanie wykonać przedmiotowe prace zgodnie z wymogami PFU rozdział 11 oraz projektu umowy, warunkami realizacji zamówienia, zasadami sztuki budowlanej, udzielonymi w trakcie postępowania wyjaśnieniami, a także w oparciu o posiadane doświadczenie w realizacji tego typu przedsięwzięć, bez obniżenia jakości oferowanych przez siebie dostaw, usług i robót.

Odwołujący podał dla porównania, że Zamawiający oszacował wartość przedmiotowego zadania na kwotę 6.273.000,00 zł. netto.

Ponadto Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający w wyjaśnieniach dotyczących pytań nr 28-32 udzielonych 30.11.2016 r. (pismo nr UM.736952.2016) wskazał, że oczekuje od wykonawcy dostosowania stanu nawierzchni do wymaganych klas systemu preselekcji.

Zamawiający potwierdził również, że nie dysponuje badaniami nawierzchni i w ten sposób jednoznacznie przerzucił na wykonawcę konieczność przeprowadzenia badań wg. standardu COST 323 i w przypadku konieczności dostosowania nawierzchni do systemu preselekcji.

Odwołujący zarzucił, że A. nie dokonał w tym zakresie kalkulacji w oparciu o przeprowadzenie wizji lokalnej w punktach miasta, w których należy wykonać stacje WIM dla projektowanego systemu wagowej preselekcji pojazdów, oraz faktycznych ofert dostawców urządzeń i materiałów, gdyż w tak nisko skalkulowanej cenie te pozycje siłą rzeczy nie mogły

się znaleźć.

Następnie Odwołujący zrelacjonował, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 31.01.2017 {o którym była już mowa powyżej} dot. pkt 9 tabeli, A. wyjaśnił, że cena dla tej pozycji: została przygotowana m.in. na podstawie wyceny nadesłanej do Wykonawcy przez firmę S.. Ponadto załączył również oferty na switche z wkładkami SFP, szafy, UPS, oraz przyjął ceny kamery AIMPR+MMR na podstawie cen rynkowych. Przy czym ceny zostały przeliczone po kursie 4,50 zł za 1 euro. *Poniższa tabela przygotowana przez A. zawiera wycenę poszczególnych części składowych przyjętych w tym zadaniu. Wszystkie ceny są cenami netto:*

Wyjaśnił dodatkowo, że:

a) *pozycja „Stacje WIM koszt "na 1 pas"" zawiera sumaryczną cenę za dostarczenie elementów preselekcyjnych stacji ważenia wg. PFU i późniejszych wyjaśnień.*

b) Pozycja „instalacja koszt "na i pas" zawiera koszty instalacji z materiałami.

c) Pozycja „Logistyka, konserwacja, inne, itp." Zawiera wszystkie koszty związane z pracą osób przy przedmiotowym zadaniu (oprócz ww. instalacji), wykonanie pomiarów nawierzchni w miejscu instalacji, a także rezerwę w przypadku konieczności renowacji drogi. Koszt ten jest przyjęty z dużą rezerwą i przyjęto tu prawie 7908 godzin pracy pracowników przy stawce 40 zł brutto za godzinę.

d) Pozycja „Podłączenie zasilania" zawiera koszty związane z doprowadzeniem zasilania do stacji

e) Koszt „Zabezpieczenie robót" zawiera koszty związane z zabezpieczeniem prac drogowych.

f) Pozycje od „Szafa sterownicza" do „Wspornik kamerowy" zawierają pozostałe elementy elektroniczne i mechaniczne do budowy stacji.

g) Pozycja „Podsystem preselekcyjnego ważenia pojazdów" zawiera koszty wykonania systemu przez firmę Aluvisa. Przyjęto tu 2500 godzin prac informatyków przy stawce godzinowej 40zł brutto.

h) Pozycja „Koszty wspólne dla wszystkich zadań" zawiera materialne koszty związane m.in. z wynajmem biura czy zakupem tablic pamiątkowych.

i) Pozycja „Ryzyko/koszty nieprzewidziane" zawiera rezerwę na koszty, które mogą wystąpić na etapie wdrożenia bądź też wiążą się z materialnymi kosztami powstałymi na etapie gwarancyjnym, a nie sposób ich przewidzieć na etapie ofertowym. Zawiera też ryzyko na wypadek konieczności zastosowania innego modelu urządzenia, np. w wyniku wycofania z produkcji. W przypadku niewyczerpanie rezerwy stają się dodatkowym zyskiem Wykonawcy.

j) Pozycja „Zysk" zawiera założony zysk Wykonawcy.

Wątpliwości Odwołującego wzbudziło, że Wykonawca w ogóle nie skalkulował robót budowlanych koniecznych do przebudowy odcinka drogi w obrębie stacji WIM, wskazując również w powyższych wyjaśnieniach jedynie na „renowację drogi" W w/w wyjaśnieniach, które również znajdują się w piśmie z dnia 03.02.2017 Wykonawca użył sformułowania renowacji drogi, wskazując kwotę 316.330,73 zł netto. Odwołujący podniósł, że budowa systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów na wlotach do Gliwic nie polega tylko i wyłącznie na instalacji wagi w nawierzchni drogi. W ofercie przedstawiciela firmy S., wskazano, że aby uzyskać dokładność A(5) dla masy całkowitej koniecznym będzie

zapewnienie następującej charakterystyki drogi: pochylenie <1%. nośność > 200 MPA, nierówność < 0,20 mm.

Zdaniem Odwołującego również przebudowa na krótkim odcinku drogi w celu montażu systemu preselekcji wagowej nie pozwoli na jego prawidłowe funkcjonowanie, gdyż jeżeli pojazdy wjeżdżające np. z drogi o innym pochyleniu lub z koleinami będą pojazdami „nieuspokojonymi", będzie to powodowało nieprawidłowe odczyty w systemie.

Według Odwołującego dlatego Zamawiający wymagał od wykonawcy rozpoznania potencjalnego frontu robót w terenie oraz przeprowadzenia stosownych badań nawierzchni w miejscach przewidzianych do montażu systemu.

Odwołujący dokonał takiego rozpoznania i dokonał rzetelnej analizy stanu faktycznego na drodze krajowej nr (…) i D. G., z której wynika, że w miejscu budowy stacji WIM w ciągu (…), w rejonie projektowanej bramownicy V. przy (…), pochylenie podłużne wynosi 1,2% w kilometrażu 19+000-19+200L, a spadek poprzeczny 2-2,1%. Ponadto dokonał analizy grubości warstwy bitumicznej na ww. kilometrażu, z której wynika że konstrukcja bitumiczna drogi posiada grubość 20 cm. Aby system wag preselekcyjnych mógł działać prawidłowo to należy dokonać przebudowy drogi na odcinku około 150 mb przed wagą oraz 50 mb za wagą. Na powyższą okoliczność Odwołujący załączył do odwołania analizę, kosztorys ofertowy z zestawieniem (RMS) na wykonanie robót drogowych dostosowujących nawierzchnie drogowe do montażu systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów na terenie G. oraz porównanie założeń cenowych na wykonanie robót drogowych.

Odwołujący dodał, że założył konieczność wykonania:
– rozbiórki nawierzchni drogowej oraz pozostałej konstrukcji drogi i wykonanie nowej konstrukcji drogi w ciągu (…) (w rejonie projektowanej bramownicy V. przy ul. Tarnogórskiej) na powierzchni około 1900 m 2 na potrzeby budowy instalacji WIM;
– częściowej rozbiórki nawierzchni asfaltowej (w rejonie projektowanej bramownicy V. przy

---

(...) relacji K.-(...)) na powierzchni około 1400 m^2 i jej odtworzenia (po instalacji WIM) na nowo powstałym odcinku D.;
– częściowej rozbiórki nawierzchni asfaltowej (w rejonie projektowanej bramownicy V. przy D. relacja B.-W.) na powierzchni około 600 m 2 i jej odtworzenia na odcinku (...) (po instalacji WIM)

Odwołujący zestawił {w tabelach na str. 11 odwołania} ceny, jaki przyjął (774.654,00 zł) z ceną z oferty A. (316.330,73 zł) i stwierdził, że ta ostatnia stanowi około 40,84% tej pierwszej. Ponadto do odwołania załączył kosztorys przewidzianych przez siebie robót opracowany na podstawie stawek i narzutów cen minimalnych S.u dla IV kwartału 2016 r., wskazując, że wtedy opiewałby on na łączną kwotę 677.614,00 zł netto. Dodał, że kwota przyjęta przez A. stanowi 46,68% tego ostatniego kosztorysu.

Ponadto Odwołujący poddał w wątpliwość, czy w kwocie przyjętej przez A. ujęto koszt zapewnienia 5-letniej gwarancji zadeklarowanej w ofercie Wykonawcy, skoro firma S. udziela tylko 2-letniej gwarancji.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania.

W PFU pkt 8 ust. 2 c) (str. 64-65): *Zamawiający wymaga aby dostarczone oprogramowanie było objęte 5-letnim wsparciem producenta w zakresie aktualizacji oprogramowania w przypadku pojawienia się poprawek producenta oraz aktualizację oprogramowania w przypadku pojawienia się nowych wersji oprogramowania producenta. Zestawienie oferowanych licencji wraz z podaniem numerów katalogowych i ich ilości musi stanowić załącznik do oferty.*

Zamawiający w swoim pierwszym wezwaniu z 31.01.2017 r. w pkt 3 wymagał od A. udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny dla tej części zadania, w szczególności podania założeń kalkulacji ceny, kosztów licencji oraz załączenia ofert handlowych i przedłożenia Zamawiającemu zestawienia oferowanych licencji.

A. w odpowiedzi jedynie podał, że licencje M. na nowe kamery i licencja M. C.P. zawiera cenę licencji dla wymaganej w PFU ilości kamer, nie wskazując jednocześnie okresu

lat jej obowiązywania.

Odwołujący ponownie zwrócił uwagę na sposób wyjaśnienia odnośnie pozycji cenowej dotyczącej udzielenia licencji na użytkowanie systemu analizy wideo {o którym była już mowa powyżej}.

Odwołujący zarzucił, że oferta cenowa A. nie zawiera wymaganego przez Zamawiającego 5 letniego okresu wsparcia producenta i licencji, a jedynie została udzielona na rok. Odwołujący nadmienił, że jedynie producent ma prawo udzielania licencji do nowych wersji i dokonywania poprawek w kodzie źródłowym oprogramowania w wypadku konieczności integracji z innymi elementami systemu analizy wideo.

Zdaniem Odwołującego dowodem nieujęcia w cenie oferty 5-letniego okresu wsparcia producenta i licencji jest oferta handlowa firmy G.G.S. (omówiona powyżej), z której wynika, że zaoferowana cena ujmuje jedynie roczny okres wsparcia producenta (G. - *M. S. - Konserwacja S. (15%), Wsparcie 8x5 (w godzinach pracy), max 2 dni robocze na odpowiedź, zawiera roczne uaktualnienia, trening możliwy na* żądanie). Odwołujący dodał, że również z treści oferty firmy A. E. S.L. jednoznacznie wynika, że obejmuje jedynie roczny okres wsparcia producenta.

Odwołujący skonstatował, że koszt wsparcia i aktualizacji przez okres 5 lat udzielony przez producenta oprogramowania stanowi zawsze istotny czynnik cenotwórczy.

Odwołujący stwierdził, że gdyby oferta handlowa firmy G.G.S. stanowiła faktyczną podstawę do wyliczenia ceny oferty wykonawcy koszt wsparcia i aktualizacji za każdy rok stanowiłby 15% wartości licencji. Odwołujący wyliczył, że nawet zakładając zastosowanie upustu cenowego koszt licencji uwzględniający 5 letnie wsparcie producenta powinien wynieść: (2.377,65€ + 10,781,25€ + 84.093,75€) + (2.377,65€ + 10,781,25€ + 84.093,75€)x(5*15%) 170.192,10 €, czyli 744.165,12 zł {przy kursie euro wskazanym już powyżej}. Odwołujący skonstatował, że jest to kwota wyższa o 348.366,25 zł netto od kwoty przedstawionej w ofercie A..

Odwołujący zauważył, że systemy analizy obrazu wideo są oferowane przez szereg firm. Odwołujący dla zobrazowania rzeczywistych kosztów licencji dla systemu zgodnego z zapisami w PFU do odwołania załączył 2 oferty (załącznik 1 – A.T.M., Załącznik 2 – A.V.I.), które, jak stwierdził, obejmują specjalne upusty dla tego konkretnego zadania. Ponadto Odwołujący zaprezentował porównanie cen rocznego i 5-letniego wsparcia (bez kosztów licencji) dla tych dwóch systemów {tabele zamieszczone na str. 14-15 odwołania, z których wynika, że to drugie jest droższe od pierwszego około 2,5 raza}

- Odwołujący przedstawił również {w tabeli na str. 16 odwołania} dla powyższych producentów zestawienie kosztów zakupu licencji wraz z 5-letnim wsparciem producenta w zakresie aktualizacji oprogramowania w przypadku pojawienia się poprawek producenta oraz aktualizacji oprogramowania w przypadku pojawienia się nowych wersji oprogramowania producenta, konstatując, że kwota z oferty A. jest o ponad 60% niższa.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

{A.}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

W pkt 8 PFU na str. 55-61 Zamawiający szczegółowo opisał wymagania dotyczące inteligentnego systemu analizy obrazu w zakresie architektury systemu, analizy obrazu z kamer w czasie rzeczywistym, statystycznych informacji analitycznych dotyczących osób i pojazdów oraz możliwości przeszukiwania obrazu wideo nagranego w zewnętrznym systemie V..

A. na wezwanie Zamawiającego złożył opis techniczny oferowanych systemów potwierdzający wymagania wskazane w PFU, który w znakomitej większości stanowi kopię wymagań przedstawionych w PFU. W szczególności opis techniczny proponowanego rozwiązania dotyczącego systemu analizy obrazu ogranicza się jedynie do podania nazwy producenta oraz ogólnej nazwy produktu, a pewne informacje, które pojawiły się w ofercie

firmy A., uszczegółowiają ten opis w niewielkim zakresie.

Odwołujący zarzucił, że z uwagi na powyższe Zamawiający nie mógł zweryfikować, czy oferowane rozwiązanie posiada wszystkie wymagane cechy, czy też nie. Odwołujący dodał, że na rynku istnieje wiele rozwiązań mogących spełnić wymogi PFU, jednakże w zależności od wyboru rozwiązania konkretnego producenta i wykupienia odpowiednich opcji licencyjnych uzyskuje się produkt posiadający wszystkie wymagane cechy lub jedynie tylko ich część. Z oczywistych względów wybór rozwiązania o ograniczonej funkcjonalność wiąże się z istotnym zmniejszeniem kosztów zakupu licencji. Stąd oferent, który zaoferuje produkt niespełniający w pełni wymagań Zamawiającego będzie zwykle w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do oferenta, który dochował pełnej rzetelności w przygotowaniu oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w powszechnym rozumieniu na opis techniczny oferowanych systemów powinny składać się opisy rozwiązań przyjętych w celu spełnienia zasadniczych wymagań w tym: lista zastosowanych elementów, urządzeń, oprogramowania; dane techniczne, cechy, funkcjonalność wykorzystanych urządzeń i oprogramowania; sposób ich wykorzystania w realizacji zadania np. w postaci schematów zależności itp.; szczegółowy opis elementów funkcjonalnych, a także ich zgodność z wymaganiami kompletność proponowanego systemu.

Odwołujący podniósł, że jeśli wystarczyłoby tylko skopiowanie zapisów PFU, Zamawiający wymagałby jedynie oświadczenia o spełnieniu wymagań przedstawionych

w PFU.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dochował minimalnej nawet staranności przy badaniu oferty, akceptując brak wyczerpującego opisu technicznego przy jednoczesnej wiedzy na temat zdecydowanie zaniżonej ceny zarówno w stosunku do cen rynkowych, jak i do własnej kalkulacji Wykonawcy.

{B.}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Prezentacja 3 miała służyć sprawdzeniu, czy sterownik umożliwia wprowadzanie modyfikacji najczęściej używanych parametrów niezwłocznie i bez przerywania pracy sterownika, bez konieczności posiadania komputera.

W pkt 4.3.2, kropki 1-5 zał. nr 12 (str.4) podano jest przebieg, w którym następuje między innymi: a) uruchomienie przygotowanego Programu Testowego; b) przełączenie wszystkich detektorów pętlowych w stan aktywny (pojazd wykryty) – za wyjątkiem detektorów D7 i D16; c) załączenie sterowania obiektem –Tablicą Testową; d) Wykreślenie w czasie rzeczywistym wykresu pracy programu (wykres rysowany od początku sygnału żółto czerwonego w grupie KI do końca sygnału zielonego w grupie K2L); e) wyeksportowanie wykresu do pliku PDF lub XLS; PNG, JPG.

Ponadto w załączniku nr 12 zdefiniowano Program Testowy – *program sterownika przygotowany na podstawie uproszczonego projektu ruchowego stanowiącego załącznik „Załącznik nr 1" do niniejszego dokumentu.*

W uproszczonym projekcie ruchowym dla potrzeb prezentacji w pkt 4 (str. 13) maksymalny czas sygnału zielonego dla grup sygnałowych K2L i K5L został określony na 15 sek. Ta wartość maksymalnego czasu sygnału zielonego została również powtórzona na wykresie programu sygnalizacji w pkt 6 (str. 16).

Na wykresie, jaki Zamawiający otrzymał od A. maksymalny czas sygnału zielonego w grupach K2L i K5L wynosi 18 sekund.

Zamawiający ocenił, że prezentacja spełniła wymagania postawione w PFU.

Odwołujący zarzucił, że ponieważ otrzymany przez Zamawiającego od A. wykres programu sygnalizacji różni się od wykresu programu testowego określonego w załączniku 12 do SIWZ, przebieg prezentacji jest niezgodny z załącznikiem 12 do SIWZ, a funkcjonalność polegająca na realizacji założonego programu sygnalizacji sterownika nie została osiągnięta, a co za tym idzie warunek nie może zostać oceniony jako spełniony.

Według Odwołującego niezgodność ta oznacza również, że sterownik nie realizuje złożonego programu sygnalizacji, przez co nie spełnia warunków określonych w załączniku nr 3 do rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach.

{C.}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Załącznik nr 12 do SIWZ określa w pkt 1 (na str. 1) że celem prezentacji jest weryfikacja, czy oferowane przez wykonawcę sterowniki spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w PFU.

Załącznik nr 7 do SIWZ – Program Funkcjonalno-Użytkowy Dodatkowe wymagania dotyczące wymienianych sterowników (str. 23): *Spełnienia warunków zawartych w Rozporządzeniu 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.(...)*

W załączniku nr 3 do ww. rozporządzenia:

– w pkt 2.2 (str. 342) do ww. rozporządzenia zawarta jest definicja *Czas międzyzielony — czas między chwilami zakończenia i rozpoczęcia sygnałów zielonych dla dwóch wzajemnie kolizyjnych strumieni ruchu, z których pierwszy jest strumieniem ewakuującym się, a drugi wjeżdżającym lub wkraczającym* (...)

– w pkt 8.3.4 (str. 386) określona jest zasada wyznaczania długości czasów międzyzielonych: *Czasy międzyzielone przyjęte w programie sygnalizacyjnym dla wszystkich par strumieni kolizyjnych o niedopuszczalnym jednoczesnym zezwoleniu na ruch powinny być tak dobrane, aby strumień dojeżdżający osiągnął punkt kolizji dopiero po opuszczeniu go przez wszystkich uczestników ruchu ze strumienia ewakuującego się* (...)

Załącznik nr 12 do SIWZ wymagania sterownika sprawdzane podczas prezentacji sterownika w ramach Prezentacji 5 pkt 4.5.3. punktor 1 i 2 (str. 6):

• Sterownik posiada funkcjonalność dynamicznego wydłużania czasu międzyzielonego;

• Na wykresie paskowym zaznaczony został fakt wydłużenia czasu międzyzielonego.

Załącznik nr 1 do załącznika nr 12 – Uproszczony projektu ruchowego dla potrzeb prezentacji

– w pkt 4 Czasy trwania sygnałów określone zostały maksymalne wartości czasów międzyzielonych po ewakuacji (zakończeniu nadawania sygnału zielonego) dla grup K3 i K6

na 10 sekund {Czas t-mz maksymalny) - Rys nr 6.

– w pkt 5 określone zostało iż czas międzyzielony ma być wydłużany aktywnością detektorów D7 i D16 {Wydłużanie t-mz) - Rys nr 7.

W Załączniku nr 12 w pkt 4.5.2. punktor 5 – Włączyć aktywność detektorów (pojazd wykryty) D7 i D16

Odwołujący wskazał,. że stała aktywność detektorów D7 i D16 powinna spowodować, że wartość czasu międzyzielonego po ewakuacji (zakończeniu nadawania sygnału zielonego) grup K3 i K6 wyniesie 10 sekund

Wykres paskowy programu sygnalizacji otrzymany przez Zamawiającego od A. nie przedstawia określonego w załączniku nr 12 do SIWZ czasu międzyzielonego,

Zamawiający ocenił, że prezentacja spełniła wymagania postawione w PFU.

Odwołujący zarzucił, że sterownik Oferenta A. nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że funkcjonalność dynamicznego wydłużania czasu międzyzielonego wykorzystywana jest na skrzyżowaniach z sygnalizacją świetlną, na których na przeciwległych wlotach nie ma wydzielonych relacji lewoskrętnych. Pojazdy skręcające w lewo mijają linię zatrzymania na sygnale zielonym i zatrzymują się na tarczy skrzyżowania (obszar skrzyżowania wyznaczony przez linie zatrzymania na każdym z wlotów) oczekują na możliwość jazdy, ustępując pierwszeństwa pojazdom jadącym na wprost z przeciwległego

wlotu. W momencie zakończenia nadawania sygnału zielonego kierowcy tych pojazdów pozostają na tarczy skrzyżowania, mimo że sygnał zielony otrzymują już relacje do nich kolizyjne. Aby zapobiec tak niebezpiecznej sytuacji stosuje się detektory na tarczy skrzyżowania, które wydłużają czasy międzyzielone, jak w uproszczonym projekcie ruchowym dla potrzeb prezentacji w załączniku nr 12 do SIWZ (str. 10 pkt 1 Plan skrzyżowania, detektory D7 i D16 – przedstawione na Rys nr 5. W momencie gdy dla opisanych wyżej relacji zakończony zostaje sygnał zielony, a pojazdy nadal znajdują się na tarczy skrzyżowania (powodując tym aktywność detektorów), czas międzyzielony zostaje wydłużony maksymalnie do wartości określonej w projekcie ruchowym. W załączniku nr 12 do SIWZ - Prezentacja sterownika na:

Odwołujący dodał, że czas międzyzielony jest krytycznym parametrem odpowiedzialnym za bezpieczeństwo ruchu, stąd nieprawidłowe jego dobranie powoduje bezpośrednie zagrożenie dla wszystkich uczestników ruchu.

Odwołujący podsumował, że zarzuty nieosiągnięcia prze sterownik A. wymaganych w

PFU, jak i obowiązujących przepisach parametrów same w sobie stanowi powód do odrzucenia jego oferty. Parametry osiągnięte podczas prezentacji sterownika nie gwarantują właściwego funkcjonowania systemu, a co za tym idzie stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jak i niespełnieniem postawionych w SIWZ jak i wymagań dotyczących przedmiotu opisu zamówienia.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Prezentacja sterownika
A.

Odwołujący opisał następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

Odwołujący zacytował lub opisał postanowienia specyfikacji zawarte w rozdzale 10 pkt 4) pkt 3 oraz postanowienia Załącznika nr 12 – Prezentacja sterownika

Prezentacja sterownika została wyznaczona na 7.04.2017 r. godz. 9.00. i odbyła się w siedzibie ZDM w G., o czym A. został powiadomiony pismami z 27 i 30 03. 2017 r.

Zamawiający uznał, że zaprezentowany przez A. sterownik nie zaliczył wszystkich testów (w poz. 23 i 24 zał. nr 2) w ramach wszystkich funkcjonalności, co zostało odnotowane w zał. nr 2 (Formularz oceny prezentacji) do zał. nr 12.

Pismem z 28. 04 2017 r. Zamawiający wezwał A. w trybie art. 26 ust. 3 pzp *do ponownej (uzupełnienia) prezentacji oferowanego towaru (1 sztuki) sterownika opisanego w PFU.* W treści pisma stwierdził, że *podczas prezentacji sterownika Wykonawca nie wykazał, iż prezentowany sterownik współpracuje z istniejącymi sterownikami zainstalowanymi na terenie miasta Gliwice tzn. nie wizualizował na wykresie paskowym swego sterownika stanów pierwszych ośmiu grup sygnałowych i stanów pierwszych 8 detektorów sterownika zamawiającego (zgodnie z celem prezentacji nr 6 oraz z ocenianymi funkcjonalnościami). Dodatkowo wykonawca nie wykazał, że rozbieżność pomiędzy punktami zmian nie przekraczają 3 sekund. Z tego względu w imieniu Zamawiającego , wzywam Państwa do uzupełnienia prezentacji w zakresie wskazanym w wyżej wskazanym zakresie.* Wyznaczając jednocześnie uzupełnienie prezentacji sterownika na 4.05.2017 r.

Z informacji uzyskanych od Zamawiającego wynika, że prezentowany sterownik został zwrócony Wykonawcy.

Ponowna prezentacja sterownika została przeprowadzona na nowym sterowniku dostarczonym na tą okoliczność przez Wykonawcę i odbyła się w wyznaczonym terminie, z tym że została przeprowadzona w zakresie ograniczonym do poz. 23 i 24 zał. nr 2 do zał. nr 12.

Jak wynika z treści zał. nr 2 testowanie w dwóch zakresach zostało ocenione pozytywnie.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający sprzeniewierzył się nie tylko postawionym przez siebie warunkom, ale również uchybił zasadzie równego traktowania wykonawców i procedowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, gdyż ponowne dopuszczenie do uzupełnienia sterownika, a w konsekwencji dopuszczenie do ponownej jego oceny narusza normę wskazaną w treści zał. nr 12 do SIWZ. Norma ta obliguje bowiem Zamawiającego w przypadku negatywnej oceny prezentowanego sterownika do odrzucenia oferty wykonawcy. W takim przypadku będzie to oznaczać niezgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie załącznika nr 7 do SIWZ (PFU wraz z załącznikami) i powinna skutkowała odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Tak pojmowana ocena niezgodności treści oferty, w tym przypadku parametrów sterownika, z treścią SIWZ wynika z tego, że Zamawiający sam w SIWZ określił zasady postępowania w niestandardowym procesie oceny zgodności treści oferty z SIWZ i tych reguł musi przestrzegać. Wzywając Wykonawcę do poddania się ponownej próbie oceny sterownika naruszył zapisy nie tylko SIWZ, ale i ustawy pzp, wyczerpując znamiona art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. art. 7 ust. 1 pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zwrócił uwagę, że nie do końca wiadomo, na czym miało polegać uzupełnienie prezentacji, gdyż Zamawiający tego nie sprecyzował. Trudno uznać za wskazówkę odesłanie do zakresu wskazanego powyżej. Czy ma zmodyfikować sterownik, bo chyba w tym celu został mu przekazany, czy też użyć nowego sterownika na nowo skonfigurowanego, który spełniał by zadane mu parametry.

Zdaniem Odwołującego trzeba sobie zadać pytanie, czy w tym przypadku mamy do czynienia z uzupełnieniem sterownika, czy uzupełnieniem prezentacji.

Odwołujący przywołał brzmienie art. 25 ust. 1, art. 16 ust. 3 pzp oraz § 13 ust. 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 (dalej także: rozporządzenie).

Odwołujący zapytał retorycznie, w jaki sposób Zamawiający ratował ofertę Wykonawcy, skoro wyniki prezentacji były dla niej eliminujące. Jeżeli zakwalifikujemy sterownik jako przedmiot możliwy do badania np. jako inne podobne materiały (§ 13 ust. 1 rozporządzenia), uzupełnienie czy też poprawienie jego funkcji winno dotyczyć sterownika, który był przedmiotem wcześniejszej oceny i musiałby pozostawać w depozycie Zamawiającego przez cały okres pomiędzy pierwszą a kolejną prezentacją. W przypadku

---

wydania badanego pierwotnie sterownika Wykonawcy, proces ponownego jego badania byłby niemożliwy. Mielibyśmy do czynienia z sytuację, w której Wykonawca zmieniłby „treść oferty" (dostarczył inny sterownik), a co za tym idzie koniecznym stało by się jej odrzucenie. Gdyby jednak hipotetycznie uznać, że jest to możliwe, prezentacja, a w jej trakcie i ocena nowego (ale również wydaje i „starego" sterownika) musiała by zostać przeprowadzona zgodnie z procedurą wskazaną w zał. nr 12 i znaleźć swoje odzwierciedlenie w zał. nr 2, a przede wszystkim obejmować komplet 9 prezentacji, a nie tylko 1 w zakresie prezentacji 6, jak to miało miejsce w dniu 4.05. 2017 r.

Jak się zdaje, to sam nie wiedział jak wybrnąć z tej sytuacji i pokusił się na tak karkołomną procedurę, z której i tak nic dobrego wyjść nie mogło.

Tak prowadzonym postępowaniem narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp, a ze względu, na fakt, że sterownik podczas pierwszej prezentacji nie spełnia dwóch funkcjonalności, Zamawiający winien był odrzucić oferty Wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Warunkiem bowiem zaakceptowania prezentacji było zaliczenie wszystkich testów w ramach wszystkich funkcjonalności. Niezaliczenie chociaż jednej prezentacji (testu), czyli uzyskanie negatywnej oceny według postanowień SIWZ miało oznaczać niezgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie załącznika nr 7 do SIWZ (PFU wraz z załącznikami) i skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Pismem z 11 lipca 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 10 lipca 2017 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

11 lipca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej

zgłoszenie (datowane na 10 lipca 2017 r.) przez A. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego .

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, a następnie rozwinął swoje stanowisko w piśmie z 17 lipca 2017 r.

Zamawiający na posiedzeniu nie uznał zasadności żadnego z zarzutów odwołania.

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. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

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

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie, 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.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył drugą ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3 listy zarzutów
(AD.II od str. 17, *AD.III.* i *AD IV.* w uzasadnieniu odwołania)}

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia:

Odnośnie postanowień s.i.w.z {podkreślenia pochodzą od Izby}:

Pismem z 10 listopada 2016 r. Zamawiający wprowadził do pkt 10. „Dokumenty lub oświadczenia, składane w toku postępowania o zamówienie publiczne" pkt 4) „Wykaz dokumentów i oświadczeń, które wykonawca składa w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt ustawy pzp:" pkt 3. w następującym brzmieniu: *W zakresie potwierdzenia* że *oferowany sterownik odpowiada określonym wymaganiom Zamawiającego, Wykonawcy w drugim etapie oceny ofert zademonstrują działanie przedmiotowego urządzenia. Zamawiający wymaga przeprowadzenia przez wykonawców prezentacji oferowanego towaru (1 sztuki) sterownika opisanego w Programie Funkcjonalno- Użytkowym. Prezentacja ma na celu potwierdzenie spełnienia wszystkich punktów ZAŁĄCZNIKA NR 7 do SIWZ opisujących ten produkt. Szczegółowy opis sposobu przygotowania i oceny prezentacji oferowanego towaru zawiera ZAŁĄCZNIK NR 12 do SIWZ.*

W Załączniku nr 12 „Prezentacja sterownika” zamieszczono następujące postanowienia generalne:
1. Cele i założenia badania / prezentacji sterownika
Niniejszy dokument określa:
1. Procedurę weryfikacji przez Zamawiającego parametrów sterownika określonych w ZAŁĄCZNIKU nr 7 do SIWZ – PFU wraz z załącznikami (opis przedmiotu zamówienia);
2. Sposób przedstawienia prezentacji oferowanego towaru w celu dokonania weryfikacji, o której mowa w pkt 1.
Celem prezentacji jest weryfikacja, czy oferowane przez Wykonawcę sterowniki spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w PFU.
Ocena dokonana przez komisję przetargową na podstawie badania sterownika Wykonawcy, będzie się odbywała przy jego obecności, zgodnie z procedurą określoną w dalszej części niniejszego dokumentu.
2. Pojęcia
Prezentacja Sterownika – sterownik (kaseta sterownika – bez obudowy/szafy) będący przedmiotem prezentacji. Sterownik winien być wyposażony w moduły umożliwiające obsługę 8 grup sygnałowych, 8 pętli indukcyjnych, 8 wejść i 8 wyjść dwustanowych.
Tablica Testowa – tablica wyposażona w komplet żarówek *230V niezbędnych do wizualizacji pracy 8 grup sygnałowych 3 komorowych – kołowych (24* żarówki).
Program Testowy – program sterownika przygotowany na podstawie uproszczonego projektu ruchowego stanowiącego załącznik „Załącznik nr 1” do niniejszego dokumentu.
3. Zasady prezentacji sterownika
3.1. Informacje ogólne

Prezentacja zostanie przeprowadzona na wezwanie Zamawiającego. Informacje o godzinie i miejscu prezentacji oferowanego towaru zostaną przekazane wykonawcom w wezwaniu. Nie przeprowadzenie prezentacji oferowanego towaru w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego skutkować będzie uznaniem treści oferty za nieodpowiadającą treści SIWZ i odrzuceniem jej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.). Z przeprowadzonej Prezentacji Zamawiający sporządzi protokół. Prezentacja sterownika będzie przeprowadzana na sprzęcie i przy udziale Wykonawcy.
3.2. Przygotowanie i warunki prezentacji
Prezentacja funkcjonalności sterownika przeprowadzona będzie w pomieszczeniu konferencyjnym wyposażonym w urządzenia do rejestracji obrazu i dźwięku. Każdy Wykonawca podczas Prezentacji sterownika będzie miał dostęp do zasilania 230V, projektora multimedialnego (złącza VGA i HDMI) oraz switcha ethernetowego. Wykonawca otrzyma również adresy IP: pierwszy należy zaprogramować w sterowniku, drugi należy wpisać w komputerze biorącym udział w prezentacji.
Dla potrzeb prezentacji Wykonawca winien przygotować sterownik, własną tablicę testową oraz program testowy.
Przed prezentacją Wykonawca otrzyma czas (20 minut) na przygotowanie się do prezentacji tj. podłączenie projektora, sterownika, wgranie programu testowego, podłączenie tablicy testowej. Należy przygotować również nośnik na którym na koniec prezentacji zostaną zapisane wszystkie wyeksportowane wykresy pracy sterownika celem dołączenia ich do protokołu końcowego z prezentacji.
3.3. Zasady oceniania
Każdy z testów ma określone cele, przebieg i sposób oceniania. Warunkiem zaakceptowania prezentacji jest zaliczenie wszystkich testów w ramach wszystkich funkcjonalności.
Wszystkie oceny zostaną spisane na formularzu ocen stanowiącym załącznik „Załącznik nr 2” do niniejszego dokumentu.
Ocena zostanie dokonana na zasadzie: spełnia/nie spełnia (wymagań SIWZ). Pozytywna ocena będzie oznaczała zgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie ZAŁĄCZNIKA NR 7 do SIWZ (PFU wraz z załącznikami). Negatywna ocena będzie oznaczała niezgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie ZAŁĄCZNIKA NR 7 do SIWZ (PFU wraz z załącznikami) i będzie skutkowała odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) – nie wykazano

zgodności oferowanego sterownika z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Reasumując, z powyższych postanowień wynika, że Zamawiający wprowadził

procedurę sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią specyfikacji, polegającą na prezentacji funkcjonalności sterownika. Zastrzegł jednocześnie, że nieprzeprowadzenie prezentacji w miejscu i terminie przez niego wyznaczonym w sposób potwierdzający spełnienie wszystkich wymagań PFU odnoszących się do sterownika skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

W Załączniku nr 12 „Prezentacja sterownika" w pkt 4. „Weryfikacja funkcjonalności sterownika" zamieszczono również następujące postanowienia odnośnie części prezentacji objętych szczegółowymi zarzutami odwołania:

4.3 Prezentacja 3

4.3.1 Cel prezentacji

Zamawiający sprawdzi czy sterownik umożliwia wprowadzanie modyfikacji najczęściej używanych parametrów niezwłocznie i bez przerywania pracy sterownika, bez konieczności posiadania komputera.

4.3.2 Przebieg prezentacji

- *Uruchomić przygotowany Program Testowy*
- *Przełączyć wszystkie detektory pętlowe w stan aktywny (pojazd wykryty) – za wyjątkiem detektorów D7 i D16*
- *Załączyć sterowanie obiektem – Tablicą Testową*
- *Wykreślić w czasie rzeczywistym wykres pracy programu (wykres rysowany od początku sygnału* żółto *czerwonego w grupie K1 do końca sygnału zielonego w grupie K2L).*
- *Wyeksportować wykres do pliku PDF lub XLS, PNG, JPG*
- *Zwiększyć wartość czasu międzyzielonego między grupą K1 a grupą K3 z poziomu pulpitu dialogowego sterownika do wartości 10 sekund.*
- *Wykreślić w czasie rzeczywistym wykres pracy programu (wykres rysowany od początku sygnału* żółto *czerwonego w grupie K1 do końca sygnału zielonego w grupie K2L)*
- *Wyeksportować wykres do pliku PDF lub XLS, PNG, JPG*
- *Pobrać Program Testowy ze Sterownika na komputer, wykazać Zamawiającemu zwiększoną wartość czasu międzyzielonego a następnie powrócić do wartości pierwotnej i wgrać zmiany do sterownika.*
- *Wykreślić w czasie rzeczywistym wykres pracy programu (wykres rysowany od początku sygnału* żółto *czerwonego w grupie K1 do końca sygnału zielonego w grupie K2L)*
- *Wyeksportować wykres do pliku PDF lub XLS, PNG, JPG*

4.3.3 Oceniane elementy

- *Możliwość rejestracji pracy sterownika w czasie rzeczywistym w postaci wykresu paskowego, możliwość eksportowania wykresu do jednego z popularnych formatów*

- *Możliwość zmiany parametru z poziomu wyświetlacza/pulpitu sterownika*
- *Możliwość rejestracji wykresu w dowolnym wybranym przedziale (punkty charakterystyczne)*
- *Praca sterownika (sterowanie obwodami wykonawczymi) odbywa się nieprzerwanie przez cały okres testu*

4.5 Prezentacja 5

4.5.1 Cel prezentacji

Dynamiczne wydłużanie czasu międzyzielonego. Funkcjonalność używana gdy na wlotach bez wydzielonych kierunkowych grup sygnałowych występuje duże natężenie ruchu na relacjach lewoskrętów – pojazdy gromadzą się na tarczy skrzyżowania nie mogąc jej opuścić. Wydłużenie czasu międzyzielonego pomaga pojazdom bezpiecznie opuścić tarczę skrzyżowania przed podaniem sygnału zielonego dla kolejnej fazy.

4.5.2 Przebieg prezentacji

- *Przełączyć wszystkie detektory pętlowe w stan aktywny (pojazd wykryty) – za wyjątkiem detektorów D7 i D16*
- *Uruchomić w sterowniku przygotowany Program Testowy*

• Wykreślić w czasie rzeczywistym wykres programu (1 cykl)
• Wyeksportować wykres do pliku PDF lub XLS, PNG, JPG
• Włączyć aktywność detektorów (pojazd wykryty) D7 i D16
• Wykreślić w czasie rzeczywistym wykres programu (1 cykl)
• Wyeksportować wykres do pliku PDF lub XLS, PNG, JPG
4.5.3 Oceniane elementy
• Sterownik posiada funkcjonalność dynamicznego wydłużania czasu międzyzielonego
• Funkcjonalność może być aktywowana dowolnym z detektorów (w tym przypadku D7 lub D16)
• Na wykresie paskowym zaznaczony został fakt wydłużenia czasu międzyzielonego

Ponadto załącznik nr 12 obejmuje 1 „Uproszczony projekt ruchowy dla potrzeb prezentacji" (stanowiący załącznik nr 1), w którym zamieszczono: 1. Plan skrzyżowania z numeracją elementów sterowania (rysunek), 2. Matryca minimalnych czasów międzyzielonych (tabela), 3. Podstawowy układ faz (rysunek), 4. Czasy trwania sygnałów (tabela), 5. Wykaz detektorów ruchu (tabela z 4 zamieszczonymi poniżej uwagami), 6. Wykres programu sygnalizacji.

Odnośnie prezentacji sterownika oferowanego przez A. Izba stwierdziła, że w odwołaniu adekwatnie podano okoliczności faktyczne dotyczące jej przebiegu. 23

Przy czym za niesporną okoliczność należy uznać, że pierwotna prezentacja zakończyła się wynikiem negatywnym w zakresie stwierdzonym przez Zamawiającego, a następna prezentacja dotyczyła tylko tego zakresu i odbyła się niemal miesiąc później.

Ponieważ zgodnie z art. 185 ust. 5 pzp czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3 pzp, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego), bez znaczenia dla sprawy było stanowisko Przystępującego, który podnosił, że nie wie dlaczego Zamawiający uznał za konieczne przeprowadzenie uzupełniającej prezentacji, bo pierwsza zakończyła się wynikiem pozytywnym. Jest to stanowisko wprost kwestionujące czynności podjęte w postępowaniu przez Zamawiającego, które mogłoby być wzięte pod uwagę wyłącznie w sprawie z odwołania A. od tej czynności, a nie w sytuacji, gdy ma status przystępującego po stronie Zamawiającego, który nie uznał w jakimkolwiek zakresie zarzutów odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że wbrew obiekcjom Przystępującego wyrażonym w piśmie procesowym, w odwołaniu trafnie zidentyfikowano, że podczas pierwszej prezentacji A. nie wykazał działania sterownika w częściach 3. i 5. prezentacji w zakresie opisanym w odwołaniu, gdyż nie uwzględnił obowiązujących podczas prezentacji parametrów wynikających z uproszczonego projektu ruchowego, który stanowił integralną część załącznika nr 12.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego,

---

przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z.. gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz,* wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie

wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 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. poz. 126) {dalej: „rozporządzenie"}. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty ma bowiem dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2 - 5 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie

formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Resumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, co jednak musi być poprzedzone umożliwieniem uzupełnienia dokumentu dotkniętego brakiem w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Odmiennie przedstawia się jednak sytuacja, w której próbka zostanie w s.i.w.z. uznana za swoisty rzeczowy element treści oferty podlegający badaniu pod względem zgodności z treścią pisemnego oświadczenia woli wykonawcy, gdyż w takim przypadku brak praktycznego potwierdzenia treści oferty nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Ewentualna zmiana treści oferty może być bowiem jedynie wynikiem zastosowania instytucji z art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp. Natomiast złożenie oferty, której treść „słowna" nie znajduje potwierdzenia w treści „rzeczowej" oznacza zaistnienie nieusuwalnej wewnętrznej

sprzeczności treści oferty, co również należy uznać za przejaw niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z próbką nie należy utożsamiać prezentacji, która ma się odbyć na podstawie przedłożonej przez wykonawcę wraz z ofertą próbki. Prezentacja jest dopuszczalna wówczas, gdy samodzielne badanie próbek przez zamawiającego jest niemożliwe z racji potrzebnych do tego specjalistycznych testów bądź nieposiadanych przez zamawiającego wiadomości specjalnych. W świetle orzecznictwa prezentacja sprzętu wraz z oprogramowaniem, celem przeprowadzenia testów nie stanowi bowiem stricte próbki wyrobu w rozumieniu § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia. Stąd prezentacja wyrobu i możliwości jego działania oraz współdziałania z innymi urządzeniami posiadanymi przez zamawiającego odbywa się jednokrotnie, bez wzywania do uzupełniania braków w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp np. w przypadku, gdy w wyznaczonym terminie nie dostarczono sprzętu do testów, wykonawca nie stawił się celem uczestnictwa w testach lub gdy wypadły one niepomyślnie według ustalonego programu, co znalazłoby odzwierciedlenie w stosownym protokole z tych czynności. Jeżeli oferowany wyrób nie przejdzie próby testów objętych prezentacją oznacza to, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i powinnością zamawiającego jest jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.{por. uzasadnienie wyroku Izby z 30 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO1219/14}. Wynika to z tego, że negatywny wynik prezentacji na podstawie próbki stanowi wykazanie stanu sprzecznego z oczekiwanym, którym miało być potwierdzenie zgodności treści oferty z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Reasumując, przesłanka odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp powszechnie interpretowana jest przede wszystkim jako niezgodność w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. W zakresie zastosowania tej podstawy prawnej mieści się jednak szersze spektrum sytuacji, w których można jednoznacznie stwierdzić, że złożona oferta nie odpowiada treści s.i.w.z.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się to do wspominanej

powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie

podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

W tej sprawie, jak Izba powyżej ustaliła, Zamawiający w s.i.w.z. wprowadził prezentację oferowanego sterownika jako praktyczny test, który miał potwierdzić jego zgodność z wymaganiami opisanymi w PFU. Zamawiający opisał również szczegółowo zarówno sposób przeprowadzenia prezentacji, jak i skutki jej niepomyślnego wyniku, którym miało być odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Uzupełniająco do powyższych rozważań o skutkach prezentacji w kontekście przepisów ustawy pzp należy zauważyć, że skoro według s.i.w.z. nieprzystąpienie w ogóle do prezentacji miało powodować odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, bez zastosowania art. 26 ust. 3 pzp, nie ma również podstaw, aby przepis ten znalazł zastosowanie w przypadku negatywnego wyniku prezentacji. Niepowodzenie testu spełniania przez sterownik wymagań PFU nie może być odmiennie traktowane niż odmowa przeprowadzenia takiego testu. Zupełnie inna sytuacja zachodzi w przypadku klasycznej próbki, którą zamawiający jest w stanie ocenić samodzielnie co do tego, czy potwierdza spełnianie jego wymagań wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji znajduje zastosowanie art. 26 ust. 3 pzp, zarówno w przypadku niezłożenia tej próbki, jak i złożenie próbki, która nie potwierdziła spełniania tych wymagań.

Niezależnie od powyższego przeprowadzenie dwóch prezentacji, w tym drugiej w odstępie niemal miesięcznym, w ograniczonym zakresie i w oparciu o na nowo zaprogramowany sterownik, nie tylko stanowi naruszenie obowiązującego w postępowaniu regulaminu przeprowadzenia prezentacji, ale rażące naruszenie zasad wynikających z art. 7 ust. 1 pzp, w szczególności zasad proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający nie miał żadnej kontroli nad tym, jakie zmiany wprowadził w sterowniku Wykonawca, i nie wiadomo, czym kierował się ustalając tak odległy termin ponownej prezentacji oraz ograniczając jej zakres do zakresów, których test zakończył się negatywnie w pierwszym terminie.

Ponadto Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty negatywnego wyniku pierwszej prezentacji w szerszym zakresie niż ustalił to Zamawiając, gdyż również 3 i 5 część prezentacji nie powinny zostać zaliczone. Podlegające oceniane w ramach tych części

prezentacji elementy nie mogły być pozytywnie ocenione w oderwaniu od parametrów wynikających z uproszczonego projektu ruchu stworzonego dla potrzeb tej prezentacji.

Jedynie zarzut dotyczący opisu technicznego należy uznać za niezasadny, gdyż z odwołania nie wynika, aby był on sprzeczny z postanowieniami s.i.w.z., które niestety nie precyzowały wymaganego zakresu i sposobu jego prezentacji.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1-2 listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia:

W odwołaniu adekwatnie odzwierciedlono przebieg badania przez Zamawiającego oferty A. w trybie art. 90 ust. 1 pzp.

Natomiast Izba ustaliła, że wskazywany w odwołaniu zakres robót koniecznych dla budowy systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów w trzech lokalizacjach na terenie Gliwic nie znajduje oparcia w opisie przedmiotu zamówienia wynikającym z PFU.

Izba stwierdziła również, że okoliczności podnoszone na uzasadnienie zarzutu błędu w obliczeniu ceny w istocie dotyczą kwestii zgodności treści oferty A. z treścią s.i.w.z. w zakresie wymaganego 5-letniego okresu wsparcia dla oferowanego oprogramowania.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty nie są zasadne.

Według art. 90 pzp:
– (ust.1) jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o

udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:
1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.
– (ust. 1a) w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:
1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
– (ust. 2) Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
– (ust. 3) Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, że zarzut zaniżenia kosztów budowy systemu preselekcyjnego ważenia pojazdów jest bezzasadny jako oparty na błędnych założeniach faktycznych. Udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia nie zmieniły opisu przedmiotu zamówienia wynikającego z programu funkcjonalno-użytkowego. Okoliczność, że Odwołujący z ostrożności przeprowadził z własnej inicjatywy wizję lokalną, która nie była wymagana od wykonawców w tym postępowaniu (abstrahując od tego, że zastępowanie przez zamawiających możliwego obiektywnie uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia nakazaniem wykonawcom przeprowadzenia wizji lokalnej stanowi niedopuszczalne obejście art. 29 ust. 1 pzp), nie oznacza, że ustalony w ten sposób zakres prac może stanowić punkt odniesienia dla oceny, czy cena wskazana w ofercie innego wykonawcy jest adekwatna do zakresu prac, które wynikają z opisu przedmiotu zamówienia dokonanego przez Zamawiającego. Z tego względu bez znaczenia dla sprawy były wszystkie zgłoszone w tym zakresie przez

Odwołującego dowody, gdyż nie dotyczyły zakresu prac wynikającego z obowiązującego w postępowaniu opisu przedmiotu zamówienia. Sama zasada wynagrodzenia ryczałtowego nie oznacza, że wykonawca może być obciążony kosztami wykonania prac, które nie wynikają z tego opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie ma znaczenia, czy wyjaśnienia A. odnośnie kosztów udzielenia licencji udzielił wystarczająco przekonujących i popartych dowodami wyjaśnień, gdyż w aktualnym stanie prawnym nadal odrzucenie oferty jest możliwe jedynie w sytuacji, gdy zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do całości przedmiotu zamówienia, czego nie sposób stwierdzić na podstawie tak niewielkiego zakresu rzeczowego i wartościowego oferty

w stosunku do zakresu rzeczowego i oszacowania całości przedmiotu zamówienia.

{zarzut z pkt 4 listy zarzutów}

Ponieważ zarzut ten został podniesiony jedynie z ostrożności procesowej, wobec uznania zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, jego rozstrzygnięcie jest nie jest konieczne.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: ……