

WYROK

z dnia 14 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Bystrzyckiej 24 (54-215 Wrocław)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Długiej 49 (53-633 Wrocław)

przy udziale wykonawcy WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach przy ul. Berbeckiego 6 (44-100 Gliwice), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:.....

Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, zwany dalej: „zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Rozbudowa systemu zarządzania ruchem we Wrocławiu, w tym o nowe sygnalizacje świetlne, wyświetlacze pomocnicze ITS oraz aplikację mobilną z podziałem na części, (numer referencyjny zamówienia: TXU/TXXI/10/2018) zwane dalej: „postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 kwietnia 2018 r. pod nr 2018/S 2018-057273.

W dniu 27 kwietnia 2018 r. wykonawca ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art 7 ust. 1 Pzp;
2. art. 29 ust. 1 Pzp;
3. art. 29 ust. 2 Pzp;
4. art. 93 ust. 1 pkt 7) Pzp.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o wprowadzenie zmiany postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez:

1) usunięcie postanowień dotyczących w zakresie wykonania przedmiotu zamówieni, co do których konieczne będzie posiadanie praw autorskich i kodów źródłowych do systemu ITS i wszystkich podsystemów ITS;

2) odpowiednie przedłużenie terminu składania ofert;

względnie:

1) o wprowadzenie zmiany nieuzasadnionych i dyskryminujących postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, a w tym wprowadzenie postanowień przewidujących:

a) udostępnienie sprawdzonych i zweryfikowanych protokołów komunikacji i dokumentacji do systemu ITS i podsystemów monitorowania urządzeń sygnalizacji świetlnej wraz z wszystkimi elementami składowymi;

b) udostępnienie kodów źródłowych do systemu ITS i wszystkich podsystemów ITS, które są niezbędne do implementacji nowych funkcjonalności i montażu w ramach wrocławskiego systemu ITS produktów przez innych producentów;

c) umożliwienie testowania „pomocniczych sygnalizatorów ITS” na infrastrukturze sygnalizacyjnej zamawiającego, po uprzednim udostępnieniu protokołów komunikacji i kodów źródłowych do systemu i podsystemów ITS, przez okres czasu jaki posiadała firma WASKO S. A., na testy „pomocniczych sygnalizatorów ITS” swojej produkcji, tj. 12 miesięcy;

3) wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej o 12 miesięcy,

ewentualnie o unieważnienie postępowania.

Ponadto odwołujący wniósł o zwrot kosztów postępowania zgodnie z przepisami

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2014 r. poz. 964) oraz rozporządzeniem 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).

Odwołujący podał, że posiada interes we przedmiotowego odwołania ponieważ jest

uczestnikiem postępowania i ubiega się o udzielenie zamówienia. Wskazał ponadto, że dopuszczenie do prowadzenia postępowania na aktualnie określonych zasadach istotnie zagraża jego interesowi w uzyskaniu zamówienia i może przesądzić o pozbawieniu go możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym naraża go na szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia i wynikającego stąd przychodu.

Odwołujący na wstępie podał, że „Pomocniczy sygnalizator ITS” jest już zaprojektowanym i funkcjonującym w mieście Wrocław produktem firmy WASKO pod nazwą „CYFRA ITS”. Stało się tak na skutek ustalenia warunków wcześniejszych postępowań o zamówienia publiczne Zamawiającego, który niejednokrotnie w przetargach na budowę sygnalizacji świetlnych wymagał instalacji sygnalizatorów „CYFRA ITS” - dotychczas wdrożonych i przetestowanych we współpracy z nim przez firmę WASKO. „CYFRA ITS” produkcji WASKO są „sygnalizatorami pomocniczymi ITS”. Współuczestnictwo zamawiającego we wdrożeniu „pomocniczych sygnalizatorów ITS” produkcji WASKO polegało na umożliwieniu testowania tych sygnalizatorów na infrastrukturze miejskiej należącej do zamawiającego. Co za tym idzie zamawiający świadomie postawił firmę WASKO na preferencyjnej pozycji w ogłoszonym przetargu.

Powyższy stan jego zdaniem jednoznacznie wskazuje na sytuację, w której przetarg został ogłoszony pod zaprojektowany i funkcjonujący już produkt wykonawcy systemu ITS firmy WASKO. Nie ulega zatem wątpliwości, że w przedmiotowym przetargu zamawiający poprzez dokonany opis przedmiotu zamówienia doprowadził do sytuacji nierównego traktowania i dyskryminacji innych niż WASKO konkurujących wykonawców.

Odwołujący wskazał, że niżej zacytowane fragmenty opisu przedmiotu zamówienia na część I zamówienia, w zakresie instalacji i podłączenie 383 urządzeń do wyświetlania informacji pomocniczych ITS wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji projektowej i przeprowadzeniem testów + dostawa urządzeń systemu ITS, zawarte w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: „PFU”), wskazują na bezprawne ograniczenia, a wręcz wyłączenia konkurencji.

W pkt 2.4 Wymagania dla urządzeń do wyświetlania informacji pomocniczych ITS, ppkt 2.4.1 Wymagania ogólne (str. 20 PFU) zamawiający postawił wymóg polegający na tym, że: Wykonawca zobowiązany jest podłączyć dostarczane wyświetlacze do aktualnie wykorzystywanych podsystemów ITS w Centrum Zarządzania Ruchem i Transportem Publicznym we Wrocławiu i uzupełnić/zaktualizować dokumentację dotyczącą tych systemów m. in. o szczegóły konfiguracji, a w szczególności do:

1. Podsystemu Sterowania Ruchem
2. Podsystemu Monitorowania Urządzeń (PMU), w szczególności podsystemem monitorowania sterowników [TSSIM] i HelpDesk ITS,
3. Podsystemu GIS (Geograficzna Informacja Przestrzenna).
4. Podsystemu Łączności.

Odwołujący stwierdził, że jedynie autor aplikacji PMU, TSSIM, HelpDesk ITS, GIS, jest w stanie uzupełnić i zaktualizować dokumentację tych systemów. W przetargu zamawiający nie udostępnił przedmiotowej dokumentacji. Nie jest też właścicielem kodów źródłowych programów, co uniemożliwia potencjalnemu wykonawcy ingerencję lub też naniesienia poprawek w w/w aplikacjach.

Ponadto zamawiający wymaga (pkt 2.4 Wymagania dla urządzeń do wyświetlania informacji pomocniczych ITS' ppkt 2.4.1 Wymagania ogólne str. 21 PFU), aby: System Sterowania Ruchem wykorzystywanym przez Zamawiającego, w szczególności powinny zapewniać współpracę z protokołem komunikacji (załącznik nr 5).

W przypadku wymiany sterowników sygnalizacji świetlnych, nowe urządzenia powinny być przystosowane do współpracy z:

1. istniejącym System Sterowania Ruchem wykorzystywanym przez Zamawiającego, w szczególności powinny zapewniać współpracę z protokołem komunikacji (załącznik nr 5)
2. Podsystemem monitorowania urządzeń, poprzez podłączenie bezpośrednio do systemu monitorowania sterowników TSSIM lub poprzez protokół komunikacji (załącznik nr 5).

Podkreślił przy tym należy, że zamawiający nie udostępnił protokołu komunikacji do systemu monitorowania TSSIM, mimo to wymaga przyłączenia sterowników do tego systemu. Nawiązując do wcześniej ogłaszanych przez zamawiającego przetargów na

budowę sygnalizacji świetlnej, nigdy nie udostępnił on prawidłowej wersji protokołu. Jedyną firmą mającą możliwość przyłączenia sterownika do systemu TSSIM jest dostawca systemu ITS dla m. Wrocławia.

W pkt 2.4 Wymagania dla urządzeń do wyświetlania informacji pomocniczych ITS, ppkt 2.4.2 Prezentacja informacji na urządzeniu pomocniczym, ppkt. I-TV (str. 22-23 PFU), zamawiający prezentuje przykłady stanów wyświetlanych przez „pomocniczy sygnalizator ITS”, które są sekwencjami zaczerpniętymi bezpośrednio z DTR sygnalizatora „CYFRA ITS” produkcji WASKO.

W pkt 2.4 Wymagania dla urządzeń do wyświetlania informacji pomocniczych ITS, ppkt 2.4.3 Wymagania szczegółowe (str. 25 PFU), zamawiający wymaga aby urządzenie umożliwilo

sterowanie z Systemu Sterowania Ruchem oraz z poziomu sterowania lokalnego sterownika

oraz posiadało wskazane w tym podpunkcie parametry. Parametry elektryczne oraz optyczne „pomocniczego sygnalizatora ITS” skopiowane są z DTR sygnalizatora „CYFRA ITS” produkcji WASKO.

W pkt 2.4 Wymagania dla urządzeń do wyświetlania informacji pomocniczych ITS, ppkt 2.4.3 Wymagania szczegółowe (str. 26 PFU), zamawiający wymaga podłączenia „pomocniczych sygnalizatorów ITS” do systemów TSSIM, PMU i HelpDesk. Powyższe systemy w chwili obecnej nie posiadają możliwości obsługi takich sygnalizatorów, a ich rozbudowa wymaga dostępu do kodów źródłowych, których zamawiający nie posiada i nie jest ich właścicielem. Dostęp do kodów źródłowych posiada jedynie autor i dostawca powyższych systemów firma WASKO.

W odniesieniu do podsystemu monitorowania sterowników [TSSIM], należy podkreślić, że zamawiający w postanowieniach OPZ uniemożliwia ingerencję oraz montaż urządzeń oraz oprogramowania innych producentów poza stworzonym przez twórcę systemu ITS dla miasta Wrocławia. W wyjaśnieniach zamawiający jasno stwierdza, że nikt poza „producentem rozwiązania” nie przyłączał urządzeń do TSSIM.

Wskazał przy tym, że zamawiający wymagał przyłączenia urządzeń do systemu TSSIM (jego rozbudowy i dostarczenia zaktualizowanej dokumentacji), w każdym ogłaszanym przetargu. Natomiast w piśmie z dnia 21 lipca 2017 r. poinformował odwołującego, że system TSSIM był systemem zbudowanym do obsługi urządzeń tylko na

etapie budowy systemu ITS i aktualnie nie jest wymagany.

Podkreślił także, że w trakcie realizacji zamówień w ramach wcześniej ogłaszanych przetargów, zamawiający przekazywał błędne protokoły komunikacji do swoich podsystemów ITS, czym wprowadzał w błąd wykonawców poprzez przekazywanie nieprawdziwych informacji.

Ze względu na powyższe odwołujący wniósł w pierwszym rzędzie o wprowadzenie zmiany jego zdaniem nieuzasadnionych i dyskryminujących postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez usunięcie postanowień dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia, co do których konieczne będzie posiadanie praw autorskich i kodów źródłowych do systemu ITS i wszystkich podsystemów ITS, a w szczególności:

- 1) „PFU - Wyświetlacz wersja ostateczna” pkt 1.2.1 ppkt 4: montaż, uruchomienie i włączenie 306 szt. wyświetlaczy do Systemu Sterowania Ruchem, Podsystemu Monitorowania Urządzeń, Podsystemu GIS oraz Podsystemu Łączności będących częścią Systemu ITS wraz z przeprowadzeniem weryfikacji elektrycznej, dokonaniem niezbędnych prób, etc. oraz opracowaniem listy uruchomień urządzeń w terenie, która będzie na bieżąco aktualizowana na potrzeby Wykonawcy Część II postępowania przetargowego;
- 2) „PFU - Wyświetlacz wersja ostateczna” pkt 2.1.2 ppkt. 6: konfiguracja urządzeń oraz podsystemów ITS dla zapewnienia monitorowania wyświetlaczy i/lub innych montowanych urządzeń aktywnych oraz komunikacji z systemem ITS;
- 3) „PFU - Wyświetlacz wersja ostateczna” pkt 2.1.2 ppkt 3: przebudowę/rozbudowę sterowników sygnalizacji świetlnej (jeśli jest to wymagane) wraz z koniecznymi przeszcyciami;
- 4) „PFU - Wyświetlacz wersja ostateczna” pkt 2.4.1 Wykonawca zobowiązany jest podłączyć dostarczane wyświetlacze do aktualnie wykorzystywanych podsystemów ITS w Centrum Zarządzania Ruchem i Transportem Publicznym we Wrocławiu i uzupełnić/zaktualizować dokumentację dotyczącą tych systemów m. in. o szczegóły konfiguracji. a w szczególności do:

1. Podsystemu Sterowania Ruchem

2. Podsystemu Monitorowania Urządzeń (PMU). w szczególności podsystemem monitorowania sterowników [TSSIM] i HelpDesk ITS.

3. Podsystemu GIS (Geograficzna Informacja Przestrzenna).

4. Podsystemu Łączności...

5) „PFU - Wyświetlacz wersja ostateczna” pkt 2.4.1...Zamawiający dopuszcza wymianę sterowników sygnalizacji świetlnej na nowe, o funkcjonalności nie gorszej niż obecnie funkcjonujących w terenie oraz w pełni zgodne z wykorzystywanymi przez Zamawiającego systemami do sterowania ruchem oraz monitorowania pracy i awarii urządzeń...

6) „PFU - Wyświetlacz wersja ostateczna” pkt 2.4.3 ...Sygnalizowane nieprawidłowości mają być zaraportowane do Podsystemu Monitoringu Urządzeń w tym do podsystemu monitoringu sterowników sygnalizacji świetlnej TSSIM. Wyświetlacze należy zintegrować z wykorzystywanymi przez zamawiającego aplikacjami do monitoringu pracy urządzeń PMU oraz TSSIM i HelpDesk ITS;

7) „PFU - Wyświetlacz wersja ostateczna” pkt 2.6, Przedmiot oceny jakościowej i funkcjonalnej wyświetlaczy ITS, ppkt 2 rejestracja zgłoszeń o awarii wyświetlacza ITS w Podsystemie PMU (w szczególności z podsystemem monitorowania sterowników [TSSIM]) oraz powiązany z nim Podsystemem HelpDesk ITS nie później niż w ciągu 5 minut od wystąpienia awarii...

Jednakże zaznaczyć, że jeżeli potrzeby zamawiającego w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia powodują, że konieczne są prace wymagające przekazania nabycia majątkowych praw autorskich i dostępu do kodów źródłowych do systemu ITS i wszystkich podsystemów ITS, które są niezbędne do implementacji nowych funkcjonalności i montażu w ramach wrocławskiego systemu ITS produktów przez innych producentów, zamawiający powinien je nabyć, a następnie dokonać zmiany nieuzasadnionych i dyskryminujących, w szczególności poprzez uzupełnienie i doprecyzowanie postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i wprowadzić postanowienia przewidujące:

1) udostępnienie sprawdzonych i zweryfikowanych protokołów komunikacji i dokumentacji do systemu ITS i podsystemów monitorowania urządzeń sygnalizacji świetlnej wraz z wszystkimi elementami składowymi;

2) udostępnienie kodów źródłowych do systemu ITS i wszystkich podsystemów ITS, które są niezbędne do implementacji nowych funkcjonalności i montażu w ramach wrocławskiego systemu ITS produktów przez innych producentów;

3) umożliwienie testowania „pomocniczych sygnalizatorów ITS” na infrastrukturze sygnalizacyjnej zamawiającego, po uprzednim udostępnieniu protokołów komunikacji i kodów źródłowych do systemu i podsystemów ITS, przez okres czasu jaki posiadała firma WASKO na testy „pomocniczych sygnalizatorów ITS” swojej produkcji, tj. 12 miesięcy;

Ponadto konieczne jest wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 12 miesięcy, co jest niezbędne do przeprowadzenia testów „pomocniczych sygnalizatorów ITS” swojej produkcji, w analogiczny sposób, w jaki mogła to robić firma WASKO.

W konkluzji odwołujący stwierdził, że dalsze prowadzenie postępowania bez dokonania żądanych modyfikacji podlegać będzie unieważnieniu, jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomimo bowiem, że jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego to jest to tylko forma i pozór, ponieważ przy aktualnych postanowieniach OPZ w SIWZ nie ma mowy o konkurencji.

W dniu 30 kwietnia 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, a po stronie odwołującego wykonawca ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

Na posiedzeniu niejawnym przystępujący WASKO S.A. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Wykonawca WASKO S.A. zwany dalej „przystępującym” skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Z kolei zgłoszenie przystąpienia przez wykonawcę ELEKTROTIM S.A. nastąpiło za

pośrednictwem wiadomości e-mail przesłanej na adres uzp@uzp.gov.pl. Zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 2 Pzp, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Powyższe wskazuje, że zgłoszenie przystąpienia może zostać wniesione w jednej z dwóch ww. form, a forma e-mail nie należy do żadnej z nich. Zatem zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w inny sposób niż określony w obowiązujących przepisach nie może wywołać skutku prawnego w zgłoszeniu przystąpienia. Ponadto zgłaszający przystąpienie nie załączył do przystąpienia odpisu z właściwego rejestru lub pełnomocnictwa dla osób, które zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego podpisały. Brak wykazania prawidłowego umocowania dla osób wnoszących zgłoszenie przystąpienia w momencie dokonania zgłoszenia do Prezesa KIO przesądził o jego nieskuteczności.

Tym samym Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcy.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pismem z dnia 5 maja 2018 r. (sygn. TXU.71.007.40909.2018.PG) w tym w szczególności z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej nadal „SIWZ”) wraz załącznikami oraz złożone na rozprawie przez strony:

- wydruk informacji o wyniku postępowania na usługę świadczenia gwarancji oraz wsparcia techniczno-merytorycznego dla Oprogramowania Systemu ITS z dnia 12 kwietnia 2018 r.

(złożony przez odwołującego);

- diagram głównych komponentów Systemu ITS oraz urządzeń terenowych, współpracujących w zakresie obecnie eksploatowanego rozwiązania posiadanego przez zamawiającego (złożony przez zamawiającego).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z tym, że odwołujący przedstawił w odwołaniu uzasadnienie dla stawianych zarzutów bez podziału na poszczególne zarzuty, Izba odniesie się do nich zbiorczo.

Na wstępie Izba wyjaśnia, że szczególnie przy odwołaniu od postanowień SIWZ istotnym jest oprócz skonkretyzowania zarzutów także precyzyjne sformułowanie żądań, gdyż ocena zarzutu podniesionego w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do nowej treści tych postanowień. To poprzez pryzmat żądań Izba ocenia zasadność zmiany kwestionowanych postanowień SIWZ. Podkreślić należy, że to obowiązkiem odwołującego jest precyzowanie żądania i wykazanie podstaw go

uzasadniających. To odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie formułuje postanowienia SIWZ, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp. Istotnym jest, aby zarzuty i żądania zostały w pełni sprecyzowane w odwołaniu, gdyż umożliwia to zarówno zamawiającemu jak i potencjalnym uczestnikom postępowania, odniesienie się przed Izbą do kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego. Tym samym wskazanie konkretnych naruszeń i oczekiwań odwołującego określa ramy postępowania odwoławczego. Natomiast w przedmiotowej sprawie w ocenie Izby odwołujący nie sprostął temu wymaganiu. Postawione w odwołaniu zarzuty obejmują właściwie przytoczenie treści wskazanych przepisów Pzp, a ich rozwinięcie w uzasadnieniu nie doprowadza do ich skonkretyzowania. Podobnie rzecz ma się z postawionymi żądaniami. Odwołujący w petitum podał żądania główne oraz alternatywne natomiast w uzasadnieniu dodatkowo je uszczegółowił wnosząc o usunięcie z PFU na część 1 zamówienia wskazanych postanowień SIWZ i używając do tego zwrotu „w szczególności” (str. 8 odwołania). Słusznie zdaniem Izby zwrócił na to uwagę przystępujący, który wskazał, że w związku z tym nie wiadomo, które jeszcze postanowienia

SIWZ powinny zostać w ocenie odwołującego usunięte. Tak sformułowane żądania należy uznać za niedookreślone, a przez to niemożliwe do nakazania.

W pierwszej części uzasadnienia zawartego w odwołaniu odwołujący stwierdza, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie 1 części dotyczący pomocniczych sygnalizatorów ITS został przygotowany w sposób, który stawia przystępującego, (producenta urządzenia CYFRA ITS) w uprzywilejowanej pozycji. Niemniej stwierdzenie to pozostaje właściwie gołosłowne. Odwołujący nie wskazuje, które dokładnie parametry czy też postanowienia opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznie wskazują na urządzenie, którego producentem jest przystępujący. W związku z tym Izba w tym zakresie przyjęła stanowisko przystępującego, który wyjaśnił, że odwołujący nie przedstawił konkretnych zarzutów, z których wynikałoby, które wymagania zamawiającego mają wskazywać na jego produkt oraz jakie zmiany w tych wymaganiach powinny zostać wprowadzone zdaniem odwołującego, aby zarzucane naruszenie wyeliminować.

Uzasadnienie powyżej podanych okoliczności odwołujący opiera właściwie na tym, że zamawiający w PFU (str. 22-23) prezentuje przykłady stanów wyświetlanych przez pomocniczy sygnalizator ITS, które są sekwencjami zaczerpniętymi bezpośrednio z DTR sygnalizatora produkcji przystępującego. Jak trafnie w ocenie Izby zauważył przystępujący przykłady stanów wyświetlanych przez urządzenia zamieszczone na str. 23 PFU to rysunki przykładowe, które mają charakter poglądowy. Oznacza to, że są one niewiążące i jeżeli będą inne, to nie może powodować to żadnych negatywnych konsekwencji dla wykonawców. W związku z tym argumentacja odwołującego w powyższym zakresie nie daje podstaw do uznania zasadności zarzutów.

Kolejne zarzuty podane w odwołaniu koncentrują się wokół stwierdzeń odwołującego dotyczących posiadania praw autorskich oraz przekazania kodów źródłowych do systemu ITS i wskazanych podsystemów ITS.

Odnosząc się do tej grupy zarzutów należy wskazać, że przedmiotowe postępowanie zostało podzielone przez zamawiającego na trzy części:

- część 1 - Instalacja i podłączenie 383 urządzeń do wyświetlania informacji pomocniczych ITS wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji projektowej i przeprowadzeniem testów + dostawa urządzeń systemu ITS;
- część 2 - Rozbudowa systemu sterowania ruchem;
- część 3 - Rozbudowa narzędzi informatycznych.

Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie 1 części zamówienia.

Jak wynika z rozdziału III ust. 3 SIWZ zamawiający wymaga złożenia ofert na wszystkie trzy części co oznacza, że nie dopuszcza on możliwości składania ofert częściowych na jedną lub dwie dowolne części. Tym samym składając ofertę na część 1, dany wykonawca musi być zdolny do wykonania również części 2 i 3. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla części 3, tj. „Rozbudowy narzędzi informatycznych” zamawiający wymaga wytworzenia otwartych interfejsów komunikacyjnych oraz modyfikacji systemów informatycznych PMU, HelpDesk, GIS w takim zakresie, który jest konieczny do wykonania prac określonych w pkt. 2.4 PFU dla części 1 zamówienia. Postanowienia opisu przedmiotu zamówienia dla części 3 nie są kwestionowane przez odwołującego. Odwołujący w swoim

odwołaniu zarzuca zamawiającemu nieudostępnienie materiałów pomijając fakt, że zgodnie z zakresem zamówienia mają one powstać w ramach realizacji części 3 zamówienia. Zasadność kwestionowania przez odwołującego prac z części 1 zamówienia powinna być rozpatrywana w powiązaniu z przedmiotem zamówienia opisanym w pozostałych częściach zamówienia, a szczególnie w części 3, na co słusznie zdaniem Izby zwracali uwagę zarówno zamawiający jak i przystępujący. Wykonanie prac z pkt 2.4 PFU dla części 1 zamówienia jest możliwe z uwagi na fakt, że niezbędne modyfikacje mają powstać w ramach realizacji części 3 zamówienia. Takie są wymagania przedmiotowe zamawiającego w zakresie części 3 zamówienia. Odwołujący nie stawia żadnych zarzutów, dotyczących niemożności wykonania części 3 zamówienia. Wymagania dla części 3 nie są kwestionowane przez odwołującego, dlatego zarzuty stawiane dla części 1 zamówienia w ocenie Izby należy uznać za niewystarczające, ponieważ odwołujący powołując się na niemożliwość wykonania zamówienia powinien odnieść się obok postanowień z części 1 również do wymagań z części 3.

Jak wynika z informacji przekazanej przez zamawiającego zawarł on umowę na system sterowania ruchem, czyli system ITS w 2010 r., a umowę tę realizowało konsorcjum, w którego skład wchodził wykonawca GERTRUDE SAEM oraz przystępujący. Natomiast jak wynika ze stanowiska przystępującego nie wszystkie podsystemy wchodzące w skład systemu ITS są jego autorstwa. Na rozprawie przystępujący oświadczył, że w ramach systemu ITS wytworzył tylko jeden podsystem, tj. HELPDESK, a jeśli chodzi o inne podsystemy to znajduje się on w takiej samej sytuacji jak odwołujący, gdyż nie posiada do nich kodów źródłowych. Dotyczy to także podsystemu monitorowania sterowników (TSSIM), na który przede wszystkim powołuje się odwołujący. Jak wynika ze stanowiska przystępującego podsystem ten został wyprodukowany przez firmę trzecią, całkowicie niezależną od niego. Ponadto przystępujący poinformował, że podłączenie sterownika do TSSIM zostało wykonane przez firmę ELEKTROTIM bez jego udziału co oznacza, że w przeszłości podłączenia dokonywane przez inne podmioty miały już miejsce. Dodatkowo jak wyjaśnił przystępujący inna firma tj. Peek Traffic sp. z o.o. już w 2013 r. za pomocą interfejsu do monitorowania sterowników, który jest protokołem otwartym pozwalającym na podłączenie nowych sterowników, za pomocą wskazanego interfejsu z sukcesem podłączyła sterowniki swojej produkcji do systemu ITS. Przy czym odwołujący nie podważył tych deklaracji. Tym samym Izba biorąc powyższe pod uwagę uznała argumentację przystępującego, że system ITS umożliwia podłączenie sterowników dowolnej firmy do systemu monitorowania urządzeń.

Jak wynika ze stanowiska przystępującego, odwołujący w lipcu 2017 r. zwrócił się do niego o współpracy przy integracji sterowników swojej produkcji z systemem sterowania ruchem. W toku poczynionych ustaleń uzgodniono, że kontynuacja tych prac odbywać się będzie na bazie bezpośredniej współpracy pomiędzy odwołującym a producentem systemu sterowania ruchem, czyli firmą GERTRUDE SAEM, czego potwierdzeniem były załączone do stanowiska przystępującego pisma:

- pismo przystępującego do GERTRUDE SAEM wraz z tłumaczeniem (załącznik nr 2);
- pismo z odpowiedzią GERTRUDE SAEM wraz z tłumaczeniem (załącznik nr 3).

W związku z wniesieniem odwołania i zarzutami odwołującego, przystępujący zadał pytanie producentowi systemu sterowania ruchem (GERTRUDE SAEM) o stopień zaawansowania prac nad integracją sterowników odwołującego (załącznik nr 4 — pytanie przystępującego wraz z tłumaczeniem, załącznik nr 5 — odpowiedź GERTRUDE SAEM wraz z tłumaczeniem).

Z uzyskanej odpowiedzi wynika, że odwołujący otrzymał niezbędne informacje i zakończył implementację protokołu oraz że prace związane z testami poprawności oprogramowania odwołującego zostały zaplanowane dopiero na drugą połowę 2018 roku. Postawa producenta systemu GERTRUDE SAEM pokazuje tym samym, że podmiot zainteresowany współpracą z tym producentem nie ma problemów z jej nawiązaniem, efekt jednak tej współpracy uzależniony jest od zaangażowania danego podmiotu.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że wykonawcy mają możliwość podjęcia działań, zmierzających do skutecznego złożenia oferty, a postawione przez odwołującego zarzuty w zakresie niedopuszczalnej przewagi przystępującego w kontekście uzasadnienia podanego w odwołaniu nie znalazły potwierdzenia.

Odwołujący stwierdził także, że dokonując opisu przedmiotu zamówienia należy wziąć pod uwagę zasadę proporcjonalności, która to stanowi „jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji”. Jednakże w treści odwołania nie wskazał w jaki sposób zamawiający naruszył tę zasadę. Zasada ta mimo tego, że została wpisana w treść art. 7 ust. 1 Pzp nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. to szczególnie w orzecznictwie

Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej była kształtowana już znacznie wcześniej (zob. np. w wyroku TSUE z 16 września 1999 r., C-414/97 w sprawie Komisja Wspólnot

Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, z 23 grudnia 2009 r. C-376/08 w sprawie Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano).

Izba uznała za słuszny pogląd podany przez zamawiającego, że nakaz przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego. Zamawiający, przygotowując i prowadząc postępowanie, może stawiać określone wymagania - powinny one jednak być adekwatne do celów tego postępowania. W tym kontekście to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia w odwołaniu, że wskazane wymagania naruszają przedmiotową zasadę.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił ww. kwestii przez co uznała, że określone przez zamawiającego wymagania i opisane parametry są adekwatne do celów postępowania.

Wracając do zagadnienia postawionych przez odwołującego żądań Izba przyjęła argumentację przystępującego zawartą w konkluzji jego stanowiska (str. 11 i 12 pisma przystępującego) i stwierdziła, że spełnienie żądań odwołującego (określonych na str. 8 odwołania) spowoduje, że przedmiotem zamówienia w części 1 będzie prosta dostawa urządzeń. Dostawca nie weźmie zatem odpowiedzialności za montaż, uruchomienie i prawidłowe włączenie dostarczonych urządzeń. Tymczasem zamawiający zasadnie wymaga, aby dostawca urządzeń wziął odpowiedzialność za ich prawidłowy montaż i użyteczność dla celu w jakim są one zamawiane.

Ponadto żądanie udostępnienia przez zamawiającego kodów źródłowych do systemu ITS i wszystkich podsystemów byłoby w ocenie Izby żądaniem bardzo trudnym do realizacji. Bezsprzecznie pomiędzy uczestnikami postępowania odwoławczego jest fakt, że zamawiający tymi kodami nie dysponuje i udostępnić ich na ten moment nie może. Próba nabycia kodów źródłowych najprawdopodobniej zakończyłaby się niepowodzeniem, a nawet jeżeli udałoby się je nabyć, ich cena mogłaby być tak duża, że z punktu widzenia zamawiającego byłoby to nieopłacalne.

Odwołujący nie udowodnił także, że brak kodów źródłowych spowoduje brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Izba przyjmując stanowisko przystępującego stwierdziła, że oprócz ogólnych sformułowań o niemożliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez inny podmiot niż przystępujący w odwołaniu nie ma przekonujących argumentów lub dowodów, że przedmiotu zamówienia nie da się wykonać na podstawie aktualnej dokumentacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie należy zauważyć, że w przypadku integracji różnych systemów, protokół komunikacji w przeważającej większości przypadków musi własnym staraniem wykonać wykonawca zainteresowany zamówieniem.

Podobnie żądanie przedłużenia terminu składania ofert o 12 miesięcy w celu zrównania szans innych wykonawców z przystępującym także należy uznać za gołosłowne. Odwołujący nie wykazał żadnej metodyki czy też uzasadnienia dla podanego terminu. Wydłużenie terminu składania ofert aż o 12 miesięcy co nie jest częstą praktyką w postępowaniach przetargowych prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego powinno zostać poparte konkretnym i spójnym uzasadnieniem, a nie opierać się na ogólnym postulacie.

Konkludując Izba uznała, że w przedmiotowym przypadku nie doszło do naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów, a zbyt ogólna i nieskonkretyzowana treść sformułowanych zarzutów oraz żądań nie mogła stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

15

KIO 817/18