

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **Peek Traffic sp. z o.o., 30-216 Kraków, ul. Pod Sikornikiem 27a** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Małopolskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, 30-085 Kraków, ul. B. Głowackiego 56.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji pkt III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu i pkt II.1.2)2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez zmianę treści: „Dostarczył 200 radarowych urządzeń pomiaru ruchu drogowego o parametrach tożsamyh z opisanymi w opisie przedmiotu zamówienia, zrealizowane jedną dostawą”, na następującą: „Dostarczył 60 radarowych urządzeń pomiaru ruchu drogowego – zrealizowane jedną dostawą”

2. kosztami postępowania obciąża Województwo Małopolskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, 30-085 Kraków, ul. B. Głowackiego 56 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Peek Traffic sp. z o.o., 30-216 Kraków, ul. Pod Sikornikiem 27a tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Województwa Małopolskiego - Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie, 30-085 Kraków, ul. B. Głowackiego 56** na rzecz **Peek Traffic sp. z o.o., 30-216 Kraków, ul. Pod Sikornikiem 27a** kwotę **18 831 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset trzydzieści jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu, zastępstwa procesowego oraz dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie – zakład budżetowy Województwa Małopolskiego, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Inteligentny system sterowania ruchem regionu Podhalańskiego”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. U. UE w dniu 26.03.2011 r. pod numerem 2011/S 60-097044.

W dniu 05.04.2011 r. Peek Traffic Sp. z o.o., wniosła odwołanie wobec niżej wymienionych treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz):

1. Wymóg wykonania Stacji Pomiaru Ruchu Drogowego za pomocą metody radarowej (pkt 7.8 załącznika nr 1 do SIWZ tj. opisu przedmiotu zamówienia -dalej: „OPZ”);
2. Warunek udziału w postępowaniu, dotyczący dostarczenia 200 radarowych urządzeń pomiaru ruchu drogowego o parametrach tożsamyh z opisanymi w opisie przedmiotu zamówienia, zrealizowanych jedną dostawą (pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 11.1.2)2 siwz);
3. Warunek udziału w postępowaniu dokonania wdrożenia polegającego na wykonaniu portalu tematycznego w zakresie zarządzania infrastrukturą drogową dróg krajowych lub wojewódzkich (pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 11.1.2)5 siwz).
4. Warunek udziału w postępowaniu dostarczenia i uruchomienia urządzenia i oprogramowania pomiaru czasów przejazdu dla minimum czterech tras przejazdu (pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 11.1.2)3 siwz).
5. Warunek udziału w postępowaniu dostarczenia i uruchomienia automatycznych stacji meteorologicznych w tym również stacji meteorologicznych z monitoringiem wizyjnym, z internetowym przekazem danych łączami GPRS na serwer bazodanowy wraz z wykonaniem aplikacji rejestracji i udostępnienia danych przez stronę www o łącznej wartości brutto co najmniej 1.000.000,00 zł (pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt II.2.4 siwz).

W związku z powyższym odwołujący wniosk o:

- W odniesieniu do zarzutu nr 1, dokonanie zmiany SIWZ, w szczególności pkt 7.8 załącznika nr 1 do SIWZ, poprzez dopuszczenie możliwości wykonania Stacji Pomiaru Ruchu Drogowego w oparciu o sieć urządzeń służących do pomiaru natężenia ruchu drogowego metodą wybraną przez wykonawcę i gwarantującą osiągnięcie celów szczegółowych realizowanego kontraktu, wskazanych na stronie nr 2 załącznika nr 1 do SIWZ;
- W odniesieniu do zarzutu nr 2, dokonanie zmiany pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 11.1.2)2 SIWZ, poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się doświadczeniem w dostarczeniu min. 60 urządzeń pomiaru ruchu różnego typu np. video, radarowych, mikrofalowych, podczerwieni, „Triple technology”, magnetycznych bezprzewodowych, indukcyjnych” w ramach kilku dostaw;
- W odniesieniu do zarzutu nr 3, dokonanie zmiany pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 11.1.2)5 SIWZ, poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się doświadczeniem we wdrożeniu portalu informatycznego w zakresie zarządzania infrastrukturą drogową dróg bez ograniczenia wyłącznie do dróg wojewódzkich lub krajowych;
- W odniesieniu do zarzutu nr 4, dokonanie zmiany pkt II.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 11.1.2)3 SIWZ, poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się doświadczeniem w dostarczeniu i uruchomieniu urządzenia i oprogramowania pomiaru czasów przejazdu dla minimum jednej trasy przejazdu o wartości brutto, co najmniej 100 000 zł łącznie wykorzystujących transmisję GSM;
- W odniesieniu do zarzutu nr 5, dokonanie zmiany pkt II.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 11.2)4 SIWZ, poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się doświadczeniem w dostarczeniu i uruchomieniu automatycznych stacji meteorologicznych w tym również stacji meteorologicznych z monitoringiem wizyjnym, z internetowym przekazem danych łączami GPRS na serwer bazodanowy wraz z wykonaniem aplikacji rejestracji i udostępnienia danych przez stronę www o łącznej wartości brutto co najmniej 300.000,00 zł.

W uzasadnieniu, kolejno w odniesieniu do ww. zarzutów wskazano:

Ad 1.

Przedmiotem prowadzonego postępowania przetargowego jest opracowanie, wdrożenie oraz uruchomienie Inteligentnego Systemu Sterowania Ruchem Regionu Podhalańskiego (dalej: „system ITS”). Jednym z kluczowych elementów tego projektu ma być system monitoringu natężenia ruchu stworzony w oparciu o sieć urządzeń służących do pomiaru natężenia ruchu drogowego w czasie rzeczywistym tj. tzw. Stacje Pomiaru Ruchu Drogowego.

Jak wynika z treści OPZ Zamawiający opisał wymagania w zakresie realizacji Stacji Pomiaru Ruchu Drogowego za pomocą wymagań funkcjonalnych tj. poprzez wskazanie funkcji, jakie

przedmiot zamówienia ma wypełniać. Analiza tych wymagań wskazuje, iż mogą one zostać spełnione poprzez zastosowanie różnych, dostępnych na rynku metod (technologii) w zakresie pomiaru ruchu drogowego. W tych okolicznościach niezrozumiałe jest narzucenie wykonawcom „z góry” jednej z dostępnych na rynku technologii realizacji Stacji Pomiaru Ruchu Drogowego tj. metody radarowej, wykorzystującej urządzenia radarowe do pomiaru ruchu drogowego. Według odwołującego taki sposób opisu przedmiotu zamówienia pozostaje w sprzeczności z przyjętym przez Zamawiającego funkcjonalnym sposobem opisu przedmiotu zamówienia, co jest szczególnie niezrozumiałe z uwagi na okoliczność, w której to do wykonawcy ma należeć zaprojektowanie systemu ITS.

Narzucenie wykonawcom jednego rozwiązania w zakresie realizacji Stacji Pomiaru Ruchu Drogowego wydaje się pozostawać w sprzeczności z ideą Zamawiającego dotyczącą realizacji systemu ITS, a wyrażoną w pkt 1 OPZ, gdzie podkreślał on, iż opracowując projekt wykonawca winien uwzględnić najnowsze rozwiązania technologiczne oraz najnowocześniejsze rozwiązania teleinformatyczne, a także konieczność budowy systemu z urządzeń, które w jak najmniejszym stopniu będą zależne od stałego źródła zasilania.

Stosownie do treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowania wykonawców. Rozwinięciem ww. regulacji jest art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwołujący stwierdza, iż wymagania Zamawiającego w zakresie realizacji Stacji Pomiaru Ruchu Drogowego pozostają w sprzeczności z dyspozycją art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W świetle obiektywnie określonych potrzeb Zamawiającego w zakresie realizacji systemu ITS oraz w świetle wynikających z OPZ funkcji, jakie ma realizować ten system, narzucenie wykonawcom wyłącznie jednej z dostępnych technologii wykonania systemu Stacji Pomiaru Ruchu Drogowego stanowi dyskryminację wykonawców stosujących przy realizacji systemów ITS inne równoważne do radarowej metody, choćby metodę pętli indukcyjnych. Taki opis przedmiotu zamówienia stanowi również nieuzasadnione preferowanie producentów urządzeń radarowych w stosunku do producentów innych urządzeń wykorzystywanych przy realizacji Stacji Pomiaru Ruchu Drogowego.

Zapewnienie uczciwej konkurencji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest podstawową zasadą wspólnotowego prawa w zakresie zamówień publicznych, co jest szczególnie istotne z uwagi na fakt finansowania przedmiotowego zamówienia z funduszy wspólnotowych. W pkt 29 preambuły do dyrektywy 2004/18/WE ustawodawca wspólnotowy podkreśla, iż: „Specyfikacje techniczne sporządzone przez publicznych nabywców muszą umożliwiać otwarcie procesu udzielania zamówień publicznych na konkurencję. W tym celu, musi istnieć możliwość składania ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań

technicznych. A zatem trzeba umożliwić sporządzanie specyfikacji technicznych na podstawie charakterystyki i wymagań funkcjonalnych, a w przypadku odniesienia do normy europejskiej lub - w przypadku jej braku - do normy krajowej, instytucje zamawiające muszą brać pod uwagę oferty oparte na równoważnych ustaleniach."

W oparciu o analizę postanowień SIWZ odwołujący stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia (specyfikacja techniczna) sporządzony przez zamawiającego nie umożliwia otwarcia procesu udzielania zamówień publicznych na konkurencję. W odniesieniu do wymagań w zakresie wykonania Stacji Pomiaru Ruchu Drogowego, Odwołujący pozbawiony został możliwości składania ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych.

Ad 2

Stosownie do treści art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem organizowanego przez zamawiającego postępowania przetargowego jest opracowanie, wdrożenie oraz uruchomienie Inteligentnego Systemu Sterowania Ruchem Regionu Podhalańskiego, a jednym z elementów tego systemu mają być Stacje Pomiaru Ruchu Drogowego stworzone w oparciu o sieć urządzeń służących do pomiaru natężenia ruchu drogowego w czasie rzeczywistym. Na rynku dostępnych jest wiele rozwiązań technologicznych, za pomocą których możliwe jest wykonanie tego rodzaju stacji w ramach systemu ITS. W tych okolicznościach niezrozumiałe jest uznanie przez Zamawiającego, iż wyłącznie wykonawca, który ma doświadczenie w dostarczeniu 200 radarowych urządzeń pomiaru ruchu drogowego dysponuje niezbędną wiedzą i doświadczeniem, a tym samym, iż jako jedyny może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący dysponuje szerokim doświadczeniem w realizacji systemów ITS, w ramach których wykonywane były Stacje Pomiaru Ruchu Drogowego, jako elementy systemu monitoringu natężenia ruchu. Decyzja Zamawiającego, zgodnie z którą wyłącznie z uwagi na fakt, iż Stacje Pomiaru Ruchu Drogowego wykonywane były przy zastosowaniu innej niż radarowa metodami odwołujący nie może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, stanowi niedopuszczalną zarówno w świetle ustawy Pzp (art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 4), jak też prawa wspólnotowego dyskryminację wykonawcy.

Trudno również zgodzić się z zamawiającym, iż w sytuacji, w której przedmiotem zamówienia jest dostarczenie i uruchomienie stacji pomiaru ruchu drogowego doświadczenie wykonawcy w dostarczeniu tych urządzeń decyduje o jego możliwościach technicznych zrealizowania tej części zamówienia.

Odwołujący wskazuje również, iż jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia, przewidywane jest wykonanie 60 sztuk Stacji Pomiaru Ruchu Drogowego. W tych okolicznościach warunek

wykazania się doświadczeniem w dostarczeniu 200 sztuk pozostaje w sprzeczności z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, jako nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Ad 3

Odwołujący podnosi, iż przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu prowadzi do dyskryminacji wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w wykonaniu portalu tematycznego w zakresie zarządzania infrastrukturą drogową dróg o kategorii równoważnej do dróg krajowych oraz wojewódzkich, jednakże nie podpadających pod klasyfikację przyjętą przez Zamawiającego. Należy podnieść, iż w skład dróg w miastach wchodzi drogi, których parametry są co najmniej równoważne drogom wojewódzkim lub krajowym, a w tej sytuacji niezasadnione i sprzeczne z art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp jest wykluczenie z postępowania wykonawców posiadających doświadczenie w wykonaniu portalu tematycznego zarządzania infrastrukturą drogową tego rodzaju dróg.

Ad 4

Odwołujący podnosi, iż podczas opisywania przedmiotowego warunku Zamawiający winien był wziąć pod uwagę charakter prac polegających na dostarczeniu i uruchomieniu urządzenia i oprogramowania pomiaru czasu przejazdu. Czynności te niewątpliwie stanowią prace powtarzalne i oparte na podobnych procedurach, a tym samym stwierdzenie, że wyłącznie wykonawca, który posiada doświadczenie w dostarczeniu i uruchomieniu urządzeń i oprogramowania dla minimum czterech tras przejazdu legitymuje się odpowiednim potencjałem stanowi niedopuszczalną dyskryminację wykonawców.

Ad 5

Podnosząc analogiczną jak w odniesieniu do zarzutu nr 4 argumentację Odwołujący wskazuje, iż niezasadniona jest decyzja Zamawiającego, zgodnie z którą wyłącznie posiadanie doświadczenia w dostarczeniu i uruchomieniu automatycznych stacji meteorologicznych o łącznej wartości minimum 1.000.000,00 zł kwalifikuje wykonawcę do udziału w postępowaniu. Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może być tożsamy z przedmiotem zamówienia.

Uwzględniając treść ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia przekazanych przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Według pkt II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu przedmiotem niniejszego zamówienia jest opracowanie, wdrożenie oraz uruchomienie Inteligentnego Systemu Sterowania Ruchem Regionu Podhalańskiego.

Zgodnie z pkt 1 załącznika nr 1 do siwz (Opis przedmiotu zamówienia dla realizacji projektu...) Inteligentny System Sterowania Ruchem Regionu Podhalańskiego jest projektem realizowanym w ramach Małopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013.

Projekt ma na celu wzrost bezpieczeństwa osób poruszających się po drogach Podhala oraz zmniejszenie zatłoczenia na drogach w tym regionie, poprzez wdrożenie Inteligentnego Systemu Sterowania Ruchem Regionu Podhalańskiego, pozwalającego na stałe monitorowanie natężenia ruchu, warunków atmosferycznych, stanu nawierzchni dróg, zarządzanie ruchem oraz na bieżące informowanie użytkowników/kierowców o warunkach panujących na drogach Podhala.

W pkt 7.8 „Stacje pomiaru ruchu drogowego (SPRD) przewidziano, iż w ramach projektu Inteligentny System Sterowania Ruchem Regionu Podhalańskiego na sieci dróg powiatów Nowotarskiego oraz Tatrzańskiego Wykonawca winien utworzyć system monitoringu natężenia ruchu stworzony w oparciu o sieć urządzeń służących do pomiaru natężenia ruchu drogowego **metodą radarową** (stacje pomiaru ruchu drogowego - SPRD) w czasie rzeczywistym.

W pkt 7.5.1 zał. nr 1 do siwz wskazano, iż system pracując w trybie pracy automatycznej, winien za pomocą tablic informacji drogowej przekazywać informacje pomocnicze oraz informacje o warunkach ruchu (ograniczenia, objazdy, warunki atmosferyczne, komunikaty) lub o czasie dojazdu do miejscowości docelowych.

Dane dotyczące natężenia ruchu winny pochodzić z urządzeń realizujących pomiar natężenia i prędkości poruszania się pojazdów a po analizie w RCNR winny być przesyłane kierowcom poprzez emisję komunikatu. System w trybie automatycznym za pomocą tablic informacji drogowych winien wyświetlać informacje o wprowadzonych zmianach w organizacji ruchu bezpośrednio lub pośrednio dotyczących danej drogi. Tablice winny informować o kierunku poruszania się na trasie objazdu.

W pkt 9.1.1. ww. załącznika do siwz zamawiający wskazał, iż stacje pomiaru ruchu drogowego SPRD muszą być zaprojektowane i wykonane z urządzeń, charakteryzujących się następującymi właściwościami:

- Radarowe urządzenie pracujące w poprzek pasa ruchu o zasięgu pomiaru minimum 70m, obsługującym minimum 6 pasów ruchu jednocześnie w dwóch kierunkach, niskim zapotrzebowaniu na energię elektryczną umożliwiającym pracę z alternatywnych źródeł zasilania (do 3W), wyposażone w minimum 8M
- pamięć wewnętrznej RAM do gromadzenia danych o ruchu, wyposażony w porty

komunikacji (TCP/IP, RS-232, RS-485, Bluetooth),

- Urządzenie winno być zintegrowane w jednej obudowie z kamerą monitoringu skierowaną w poprzek pasa ruchu.

[...] Wykonawca winien umieścić na obszarze objętym projektem nie mniej niż 60 urządzeń, jednakże z uwagi na fakt, iż system będzie rozwijany zarówno na obszar objęty projektem jak i inne drogi wojewódzkie system informatyczny winien być przystosowany do obsługi nie mniej niż 400 urządzeń tego samego typu co dostarczone przez wykonawcę.

W pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu i w analogicznym pkt II.1.2)2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ramach warunków udziału w postępowaniu zamawiający wymagał dostarczenia 200 radarowych urządzeń pomiaru ruchu drogowego o parametrach tożsamyh z opisanymi w opisie przedmiotu zamówienia, zrealizowane jedną dostawą.

W pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 11.1.2)5 SIWZ) zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o jego zamówienie doświadczenia polegającego na wdrożeniu portalu tematycznego w zakresie zarządzania infrastrukturą drogową dróg krajowych lub wojewódzkich w ilości nie mniejszej niż 700 km.

W pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 11.1.2)3 SIWZ zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu referujący do dostarczenia i uruchomienia urządzeń i oprogramowania pomiaru czasów przejazdu dla minimum czterech tras przejazdu o wartości brutto, co najmniej 100 000 zł łącznie wykorzystujących transmisję GSM.

W pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt II.2.4 SIWZ zamawiający w ramach warunków udziału w postępowaniu wymagał dostarczenia i uruchomienia automatycznych stacji meteorologicznych w tym również stacji meteorologicznych z monitoringiem wizyjnym, z internetowym przekazem danych łączami GPRS na serwer bazodanowy wraz z wykonaniem aplikacji rejestracji i udostępnienia danych przez stronę www o łącznej wartości brutto co najmniej 1 000 000 zł.

Na podstawie przedłożonego na rozprawie wyciągu ze „Studium wykonalności projektu: Inteligentny System Sterowania Ruchem Regionu Podhalańskiego - Analiza techniczna oraz technologiczna” uwzględnionego jako dowód w sprawie, ustalono, iż postanowienia Opisu przedmiotu zamówienia stanowią powielenie koncepcji projektu przyjętej i przeanalizowanej w ww. studium wykonalności.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać i przytoczyć treść art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto w świetle dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Przystępując do rozpatrywania zarzutów odwołania podnoszących naruszenie zasad konkurencji wyrażonych w art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy przez wskazane w odwołaniu postanowienie siwz, Izba generalnie wskazuje na podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów.

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić. Wyrażając powyższe bardziej potocznie: strony umowy odpowiednio decydują, co chcą kupić lub sprzedać.

Jak wskazuje ww. przepis kodeksu cywilnego zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. W szczególności ograniczeniom takim podlegały będą zamówienia publiczne regulowane w przepisach Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji Kodeksu cywilnego, jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp, ew. art. 14 Pzp).

Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, warunkach jego realizacji, etc..) oraz o sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (kryteriach oceny ofert).

Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach siwz (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i

stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakkolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją niewątpliwie przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają i takie, przy których naruszenia konkurencji nie występują, ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia, postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług obywatycznych się bez stawiania jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu oraz bez innych kryteriów oceny ofert niż cena, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności np. nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze.

Ograniczenia konkurencji mają przeważnie charakter graniczny, np. przez określenie warunków udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia wprost uniemożliwiający niektórym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu. Mogą mieć również charakter względny i pośredni. Za ograniczenie tego typu należy uznać sytuację, w której niektórzy wykonawcy, co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle specyfiki opisu przedmiotu zamówienia czy ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców.

Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem stopnia ograniczenia możliwości uzyskania zamówienia dla zidentyfikowanego kręgu wykonawców obecnych na rynku, co bezpośrednio ma się przekładać na nieuzasadnione preferowanie i ułatwianie przez zamawiającego innym podmiotom uzyskania zamówienia (uczciwa konkurencja).

Jako podstawowe kryterium i punkt odniesienia przy ocenie powyższego można wskazać identyfikację i określenie kręgu podmiotów, które dane postanowienia siwz

preferują/dyskryminują oraz skonfrontowanie powyższego i odniesienie do uzasadnionych i obiektywnych potrzeb zamawiającego, które w skrajnych wypadkach mogą prowadzić nawet do konieczności zupełnego wyeliminowania konkurencji w danym zamówieniu (np. udzielenia zamówienia z wolnej ręki). *A contrario* uznać należy, iż nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie, (poza przewidzianymi w przepisach ustawy) w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiłoby będnie naruszenie ww. zasad ustawy. Konsekwentnie: dopuszczalny stopień ograniczenia dostępu do zamówienia i preferowania jednych wykonawców kosztem innych rósł będnie wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, które tego typu ograniczenia będną dyktować i uzasadniać. I na odwrót: im mniejszy faktyczny stopień ograniczenia konkurencji przy danym zamówieniu, tym proporcjonalnie mniejsze mogą być potrzeby zamawiającego uzasadniające takie ograniczenie. W interpretacji Izby (interpretacji zasady ogólnej wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp), jakiegokolwiek ograniczenie konkurencji musi się więc opierać się na realnych i proporcjonalnych powodach, które stopień tego ograniczenia będną sankcjonować i uzasadniać. Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w siwz, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań siwz, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych. Z powyższego wynikają, co najmniej dwie doniosłe konsekwencje dla przebiegu postępowania odwoławczego: po pierwsze jest wskazana wyżej okoliczność, iż możliwe jest w ramach wyrokowania Izby wskazanie na niezgodność z prawem danego opisu przedmiotu zamówienia, nie jest natomiast możliwe narzucenie zamawiającemu co ma zakupić w zamian lub obok (a do tego sprowadzają się żądania odwołującego, co do modyfikacji pkt 7.8 siwz, czyli dopuszczenia zamówienia innego systemu sterowania ruchem niż opisany przez zamawiającego); po drugie jest to waga ustalenia, a tym samym udowodnienia wskazanych wyżej okoliczności związanych z danym zamówieniem mogących mieć wpływ na ocenę naruszenia zasady konkurencji wyrażonej w przepisach Pzp, ewentualnie naruszenia klauzul generalnych zawartych w przepisach Kodeksu cywilnego (np. art. 5, art. 353¹ K.c.).

Właśnie w odniesieniu do ww. dowodzenia konkretnych okoliczności sprawy, tytułem dalszego wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia, odnoszących się np. do konkretnych postanowień siwz, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponadto również zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Powyższe zasady w połączeniu z zasadą ekonomiki postępowania toczącego się przed Izba (jego szybkości) wynikającą m.in. z art. 189 ust. 1 Pzp, według którego Izba rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia, nakładają na strony obowiązek dochowania szczególnej staranności w tym zakresie.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym generalnie spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić, w szczególności pozwolą ocenić stopień ograniczenia konkurencji i zakwalifikować go jako stopień niedopuszczalny.

Zasady rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu, dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Przy czym, w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, a wystarczające jest udowodnienie możliwości takiego naruszenia, a więc jego prawdopodobieństwa. Powyższe osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak brak obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

W szczególności, w ocenie Izby dla wykazania powyższego nie jest wystarczające samo podniesienie, iż produkt, który odwołujący chciałby zaoferować nie spełnia wymagań siwz. Fakt, że na rynku występują wykonawcy nie produkujący danego przedmiotu zamówienia lub dla których jego realizacja jest utrudniona czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Dla oceny powyższego, jak już wskazano, niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt rynku, którego zamówienie dotyczy oraz skutki ograniczenia konkurencji dla ilości potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, i z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy. Oczywiście ciężar udowodnienia własnych potrzeb spoczywał będzie na zamawiającym, o ile na wagę tych potrzeb i ich nieodzowność zechce się powołać.

Uwzględniając ww. stanowisko, odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż nie budzi jej wątpliwości istnienie uzasadnionych potrzeb zamawiającego związanych z zakupem określonego typu systemu sterowania ruchem i tym samym uzasadnienia dla takiego jego kształtu. Ponadto nie wykazano stopnia ograniczenia konkurencji na danym rynku, który można określić jako znaczący.

Należy przyznać rację odwołującemu gdy wskazuje, iż przedmiotem niniejszego zamówienia jest zaprojektowanie i wdrożenie Inteligentnego Systemu Sterowania Ruchem („ITS”), którego jednym z kluczowych elementów ma być system monitoringu natężenia ruchu stworzony w oparciu o sieć urządzeń służących do pomiaru natężenia ruchu drogowego w czasie rzeczywistym (tzw. Stacje Pomiaru Ruchu Drogowego – SPRD). Jednakże wbrew sugestiom odwołującego całości koncepcji i kształtu systemu zamawiający nie określił jedynie za pomocą wymagań funkcjonalnych i parametrycznych. Przeciwnie, w znacznej części zamawiający podał konkretne rozwiązania czy wymagania, które należy uwzględnić w projekcie ITS, m.in. rodzaj (technologię) wykonania SPRD, wykorzystujących do pomiaru ruchu urządzenia radarowe. Przedmiotem zamówienia, nie jest więc jakikolwiek system ITS o określonych cechach, ale system ITS wykorzystujący technologię radarową, co w żaden sposób nie jest sprzeczne z funkcjonalnymi elementami opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast w świetle ustalonych okoliczności sprawy, tj. względów jakimi kierował się zamawiający opracowując koncepcję systemu, którą przeniósł do opisu przedmiotu zamówienia, i której uwzględnienia wymaga w projekcie, wymaganie pomiaru ruchu za pomocą urządzeń radarowych jest jak najbardziej zrozumiałe i uzasadnione.

Wskazać tu należy, iż z dostępnych na rynku metod pomiaru, które przedstawiły w swoich pismach procesowych oraz w trakcie rozprawy strony tylko metoda tzw. pętli indukcyjnej może zostać uznana za odpowiadającą metodzie radarowej pod względem jakości pomiaru, jego niezawodności oraz poboru energii. Wyjaśnienia odwołującego w tym zakresie uznano za wiarygodne oraz właściwie nie zaprzeczone przez zamawiającego. Z kolei wiarygodne oraz niezaprzeczone przez odwołującego pozostają twierdzenia zamawiającego odnośnie przewag metody radarowej pomiaru przejazdu pojazdów nad innymi metodami (np. video detekcja, video

klasyfikacja). Odwołujący skupił się na dowodzeniu konieczności dopuszczenia dostawy i wykonania w ramach SPRD ww. pętli indukcyjnych jako metody równoważnej, co jest warunkiem uznania opisu przedmiotu zamówienia za nienaruszający zasady konkurencji. Równoważność energetyczna czy jakościowa obu rozważanych metod nie jest jednak jedynym aspektem ich zamówienia, wykonania i użytkowania. Za oczywiste i doniosłe należy uznać fakty związane z różnicami w montażu, funkcjonowaniu i serwisowaniu obu typów urządzeń. Radary są urządzeniami montowanymi w pasie drogowym, ze względu na ich zasięg nawet w znacznej odległości od jezdni, przy czym możliwe jest w tym przypadku wykorzystanie istniejącej infrastruktury okołodrogowej i ich łatwy montaż na istniejących obiektach bez konieczności dokonywania jakichkolwiek zmian w organizacji ruchu i przebudowy drogi czy jej bezpośredniego otoczenia. Natomiast pętla indukcyjna wymaga ingerencji w nawierzchnię drogi (czujniki pomiarowe są montowane bezpośrednio w asfalcie), co sprowadza się *de facto* do zmiany fragmentów nawierzchni jezdni i jest połączone ze zmianą organizacji ruchu i utrudnieniami w jego prowadzeniu (zamknięcie drogi lub pasa ruchu). Ponadto istnieją znaczne różnice w wykonywaniu serwisu obu typów urządzeń. W przypadku gdy do znajdujących się poza drogą radarów istnieje łatwy dostęp i tym samym względnie łatwa jest ich naprawa czy wymiana, to odnośnie pętli indukcyjnych należy wskazać, iż ich wymiana czy naprawa napotyka trudności identyczne jak ich montaż. Nie bez znaczenia pozostaje przy tym okoliczność, iż system i związane z nim urządzenia obejmuje nie tylko drogi wojewódzkie będące w zarządzie zamawiającego, ale również drogi krajowe i powiatowe od których zarządców każdorazowo konieczne byłoby uzyskanie zgody na zajęcie pasa drogowego i dokonanie stosowanych wymian czy napraw pętli indukcyjnych.

Przy powyższym za nieistotny dla oceny naruszenia konkurencji należy uznać fakt, że dla odwołującego zaprojektowanie i wykonanie systemu opartego na detekcji radarowej pozostaje niewygodne czy nawet niewykonalne. Jak już wskazano w rozważaniach ogólnych, sam fakt, iż jeden czy kilku wykonawców nie może ubiegać się o dane zamówienie nie przesądza o niedopuszczalnym naruszeniu konkurencji przez opis przedmiotu zamówienia. W przypadku niniejszego zamówienia krąg wykonawców wykorzystujących w swoich projektach detekcję radarową i zdolnych do wykonania tak opisanego zamówienia, wydaje się nieograniczony. Przynajmniej odwołujący nie wykazał, że jest przeciwnie. Z dużą dozą prawdopodobieństwa założyć można, iż producenci urządzeń elektronicznych takich jak radary czy inne detektory nie wykonują jednocześnie projektów i wdrożeń systemów celowych wykorzystujących takie urządzenia. Jednak nawet jeżeli na odnośnym rynku producenci prowadzą tego typu działalność, to brak jakichkolwiek przesłanek czy danych dla przyjęcia, iż dla innych podmiotów możliwość zakupu i wykorzystania w projekcie standardowych radarów przewidzianych przez zamawiającego, pozostaje w jakikolwiek sposób utrudniona.

Pomimo że zarzut opisanie przedmiotu zamówienia w ten sposób, iż wymagania zamawiającego spełnia tylko jedno urządzenie dostępne na rynku nie został w odwołaniu sformułowany, to jednak odwołujący podniósł taką okoliczność, które mogłyby wpłynąć na generalną ocenę przyjętego założenia o braku formalnego ograniczenia kręgu wykonawców w opisie przedmiotu zamówienia. Mianowicie odwołujący wskazał, iż zestawienie w pkt 9.1.1 siwz wymaganego zasięgu radaru z jednoczesnym żądaniem jego integracji z kamerą, powoduje, iż jest tylko jedno urządzenie dostępne na rynku spełnia wymagania zamawiającego, tzn. posiada wbudowaną kamerę.

Pomijając nawet wyjaśnienia zamawiającego, iż rzeczony fragment siwz nie statuuje wymagania radaru z wbudowaną kamerą, ale odnosi się do wymagania integracji dwóch odrębnych urządzeń (kamery i radaru), którą każdy wykonawca może samodzielnie przeprowadzić, wskazać należy, iż podnoszonych okoliczności odwołujący nie udowodnił. Z przedstawionego na rozprawie dowodu (wydruku informacyjnego ze strony www.fardata.pl dotyczącego radaru Wavetronix) wynika jedynie, że jest dostępne na rynku urządzenie radarowe, które wbudowanej kamery nie posiada. *Nota bene* w przedstawionej informacji na temat ww. urządzenia wskazano, iż posiada ono podwójne porty komunikacji, które umożliwiają integrację jego czujnika z innymi systemami i wpięcie go do istniejącej lub tworzonej sieci radarowej.

W zakresie ustalenia i oceny okoliczności warunkujących możliwość czy nawet konieczność takiego opisanie przedmiotu zamówienia Izba na podstawie uwzględnionego jako dowód w sprawie Studium wykonalności projektu, ustaliła, że zamawiający zamawia rozwiązania, których wykonalność i funkcjonowanie przeanalizował oraz które przedstawił władzom decydującym o kwalifikacji projektu do dofinansowania. Uzasadnione jest więc zamawianie rozwiązań, dla których opracowano dokumentację projektową, które w takim a nie innym kształcie otrzymały dofinansowanie. Bez znaczenia jest tu podnoszona przez odwołującego na rozprawie okoliczność, iż Studium wykonalności nie stanowiło części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia i wykonawcy nie mogli się z nim zapoznać.

Na zakończenie uzasadnienia rozstrzygnięcia dotyczącego zarzutu nr 1 Izba wskazuje, iż fragment Dyrektywy 2004/18/WE powoływany w odwołaniu jest cytatem z jej preambuły, której jakkolwiek można przypisać pewne znaczenie normatywne lub raczej znaczenie interpretacyjne i opisowe, wpływające na rozumienie przepisów Dyrektywy i wskazujące sposób postępowania gwarantujący maksymalizację konkurencji w zamówieniach publicznych, a nie absolutną niemożliwość opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z potrzebami zamawiającego oraz konieczność dopuszczenia jakichkolwiek rozwiązań, nawet takich, które są dla zamawiającego nie do przyjęcia. Przeciwnie, art. 23 ust. 5 ww. dyrektywy wyraźnie wskazuje, iż specyfikacje techniczne nie mogą powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję – *a contrario* mogą prowadzić do uzasadnionego braku otwarcia na konkurencję.

Reasumując, opisując swój przedmiot zamówienia zamawiający nie naruszył zasad wynikających z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp.

W przedmiocie zarzutu nr 2 Izba wskazuje, iż w znacznej mierze jest on wtórny w stosunku do podnoszonej w zarzucie nr 1 wadliwości opisu przedmiotu zamówienia, a którą wyżej uznano za nieuzasadnioną. Skoro dostawa urządzeń określonego typu jest częścią przedmiotu zamówienia, który Izba uznała za zgodny z przepisami ustawy, żądanie doświadczenia w jej wykonaniu jest adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp, i w tym znaczeniu należy ocenić je jako dopuszczalne w świetle przepisów ustawy.

Podzielić natomiast należało zarzut odwołującego wskazujący na zawyżoną liczbę urządzeń, którą w warunku wymaga zamawiający. W ramach systemu zamawiający przewidział do zamontowania min. 60 SPRD oraz wymagał zapewnienia możliwości rozwinięcia systemu aż do 400 urządzeń pomiarowych tego samego typu co dostarczone przez wykonawcę (pkt 9.1.1 zał. nr 1 do siwz *in fine*). Hipotetyczne przewidywanie, iż w ramach systemu wykonawca przewidzi i dostarczy większą ilość urządzeń niż jest zmuszony, jest nieuzasadnione. Należy przy tym zaznaczyć, iż podnoszenie kosztów własnej oferty przez wykonawcę nie jest w ramach tego postępowania promowane – zgodnie z pkt VI.2.1) ogłoszenia o zamówieniu jedynym kryterium wyboru oferty jest najniższa cena. Poza tym jeżeli zamawiający chce sprawdzić doświadczenie w wykonaniu systemu obsługującego liczbę SDPR, do której jego system ma się móc rozwinąć, może sformułować warunek do tego się odnoszący. Sama dostawa urządzeń ma się do powyższego nijak (w ramach warunku brak jakichkolwiek odniesień do ich wdrożenia, zainstalowania, obsługi, integracji w ramach systemu ... etc.). Ponadto w ramach warunków udziału w postępowaniu niedopuszczalne jest żądanie doświadczenia w wykonaniu dostaw dokładnie takich samych jak przedmiot zamówienia (do tego sprowadza się wymagana w siwz i ogłoszeniu „tożsamość” z przedmiotem zamówienia) – w świetle takiego sformułowania warunku np. dostawa radarów o wyższych parametrach, większej wartości i jakości, bardziej wrażliwych na transport *etc.*..., winna zostać uznana za niespełniającą wymagań zamawiającego. Zamawiający może w treści opisu samego warunku określić do jakich cech czy parametrów wymaganego doświadczenia dany warunek referuje.

Uwzględniając powyższe w sentencji orzeczenia nakazano dokonanie stosownej modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz.

Izba nie potwierdziła zarzutu odwołania dotyczącego wymagania doświadczenia polegającego na wdrożeniu portalu tematycznego w zakresie zarządzania infrastrukturą drogową dróg krajowych lub wojewódzkich.

W tym zakresie Izba wskazuje, iż w tym przypadku również zachodzi dosłowny i bezpośredni związek pomiędzy przedmiotem zamówienia, a sformułowaniami opisu warunków udziału w postępowaniu. Wykonanie portalu, w ramach którego odbywało się zarządzanie drogami krajowymi i wojewódzkimi jest częścią przedmiotu zamówienia. Brak wymagania doświadczenia

we wdrażaniu portalu dla dróg powiatowych, które również występują w przedmiotowym projekcie, nie oznacza, iż niedopuszczalne jest wykazanie w ramach doświadczenia wykonania narzędzia informatycznego obejmującego również drogi tego typu, tzn. ze sformułowania warunku nie wynika, iż portal ma być dedykowany tylko do dróg krajowych i wojewódzkich. Konieczne jest natomiast uwzględnienie w jego ramach stosownego kilometrażu tego typu dróg. Odnośnie twierdzeń zawartych w odwołaniu na temat porównywalności doświadczenia we wdrożeniu portalu dla dróg krajowych i wojewódzkich w stosunku do niektórych dróg o innej klasie, wskazać należy, iż zamawiający powyższemu przeczył, natomiast odwołujący poza postawieniem tego typu tezy nie przedstawił żadnych dowodów na jej potwierdzenie.

Niezasadny jest również zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu referującego do dostarczenia i uruchomienia urządzeń i oprogramowania pomiaru czasów przejazdu dla minimum czterech tras przejazdu o wartości brutto, co najmniej 100 000 zł łącznie wykorzystujących transmisję GSM.

W tym przypadku należy wskazać, iż wbrew twierdzeniom odwołującego pomiar czasów przejazdu jest istotną częścią przedmiotu zamówienia, o czym przesądzają m.in. postanowienia pkt 7.5.1 zał. nr 1 do siwz. Żądanie doświadczenia w wykonaniu i uruchomieniu tego typu urządzeń dla czterech tras przejazdu, a więc nie dla całych dróg, ale jedynie ich wyodrębnionych odcinków trudno więc uznać za wygórowany lub nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Nie można zgodzić się z odwołującym, iż w związku z faktem, że czynności tego typu są powtarzalne, doświadczenie w ich wykonywaniu nabywa się już po ich jednokrotnym wykonaniu. Przeciwnie: doświadczenie nabywane jest właśnie w wyniku powtarzania czynności czy zadań i właśnie przez wykazanie kilku takich samych realizacji może zostać realnie zweryfikowane.

Nie potwierdzono również zarzutu dotyczącego wartości i rzeczowego zakresu warunku dostarczenia i uruchomienia automatycznych stacji meteorologicznych w tym również stacji meteorologicznych z monitoringiem wizyjnym, z internetowym przekazem danych łączami GPRS na serwer bazodanowy wraz z wykonaniem aplikacji rejestracji i udostępnienia danych przez stronę www o łącznej wartości brutto co najmniej 1 000 000 zł. Stacje meteorologiczne, co jest bezsporne pomiędzy stronami, są częścią przedmiotu zamówienia, natomiast odnośnie ich wartości zamawiający wskazał, że wartość wymagana w warunku dotyczy nie tylko kosztu samych stacji ale również wynikającego z treści warunku przekazu danych, wykonania aplikacji i udostępniania danych. Ponadto według twierdzeń zamawiającego, w wyniku kalkulacji i oszacowań tych elementów przedmiotu zamówienia przeprowadzonych przed wszczęciem postępowania, ich wartość wynosi ponad 1 000 000 zł. Tymczasem odwołujący, którego w tym przypadku obciąża ciężar udowodnienia okoliczności, z których wywodził wnioski o

nieadekwatności warunku do przedmiotu zamówienia (w tym przypadku zawyżonej wartości) żadnych dowodów w tym zakresie nie przedstawił.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 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).

Przewodniczący:

.....