

WYROK

z dnia 9 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 i 9 października 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2015 r. przez wykonawcę

Sprint S.A. ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Miasto Stołeczne Warszawę – Zarząd Dróg Miejskich

ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa

przy udziale wykonawcy **Siemens Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie w zakresie poniższych zarzutów, w zakresie wynikającym z nakazanych czynności:**
 - 1.1. warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia przy konserwacji systemu sterowania ruchem drogowym obejmującej swoim działaniem znaki zmiennej treści, wraz z bramownicami i nakazuje zmianę treści tego warunku poprzez dopuszczenie, by doświadczenie to dotyczyło także**

instalacji i uruchomienia znaków zmiennej treści, przy czym czynność ta nie musi wchodzić w zakres usługi dotyczącej konserwacji systemu sterowania ruchem drogowym lub dopuszczenie wykazania wiedzy i doświadczenia w tym zakresie zamiennie także poprzez wykazanie dysponowania osobą, która taką wiedzę i doświadczenie posiada (w konserwacji lub instalacji i uruchomieniu znaków),

1.2. warunku dotyczącego dysponowania Specjalistą do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem SCALA 1.6 i nakazuje usunięcie spośród wymogów dotyczących tego specjalisty stwierdzenia „zainstalowanego w Warszawie”, „zastosowanego w Warszawie” oraz innych stwierdzeń o tym samym znaczeniu,

1.3. braku opisanego przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie wymogów:

A. „Wykonawca ma zagwarantować utrzymanie systemu Smart Guard oraz wymianę w trakcie kontraktu 3 urządzeń odbiorczych systemu mobilnego monitoringu skrzyżowań”,

B. „Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania radiowej sieci pomiędzy stacjami systemu opartej na urządzeniu NanoStation M oraz utrzymania sieci bezprzewodowej w Centrum Sterowania wraz z urządzeniami”,

C. „Wykonawca zobowiązany jest do podłączenia do systemu sterowania SCALA 1.6 i Smart Guard skrzyżowań będących w monitoringu”,

D. „Wykonawca w kontrakcie powinien dostarczyć Zamawiającemu narzędzia informatyczne umożliwiające podłączenie dodatkowych 50 skrzyżowań do systemu monitoringu”,

i nakazuje zamawiającemu uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o informacje pozwalające zidentyfikować i wycenić w tym zakresie przedmiot oferty,

1.4. nakazuje zmianę w tym zakresie wszystkich elementów specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie informacji zamieszczonych w tym ogłoszeniu,

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża w częściach równych Sprint S.A. i Miasto Stołeczne Warszawę – Zarząd Dróg Miejskich i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sprint S.A. tytułem wpisu od odwołania,**
- 3.2. zasądza od zamawiającego: Miasta Stołecznego Warszawy – Zarządu Dróg Miejskich na rzecz wykonawcy Sprint S.A. kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu połowy kwoty wpisu od odwołania i połowy wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „pełnienie funkcji operatora Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem na terenie m. st. Warszawy” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 września 2015 r. pod numerem 2015/S 170-309935. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty odwołania

Odwołujący – Sprint S.A. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 i 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sporządzenie wadliwego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który to opis narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców, nie jest związany z przedmiotem zamówienia i nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia,

2. art. 7 ust. 1 w zw. art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez użycia dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, ponadto poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, mimo że nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a ponadto wskazaniu takiemu nie towarzyszą wyrazy „lub równoważny”, jak i zamawiający nie określił warunków równoważności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,

2. przekazanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację, oraz zamieszczenie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, na której specyfikacja jest udostępniana,
3. zmiany ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
4. przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
5. zamieszczenie informacji o zmianach w siedzibie oraz na stronie internetowej zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że:

1. W ogłoszeniu o zamówieniu, pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne, ppkt 1, oraz w rozdziale I, pkt 7.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że: „w celu oceny spełniania przez Wykonawcę warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował/realizuje co najmniej jedną usługę z zakresu: konserwacji systemu sterowania ruchem drogowym obejmujący swoim działaniem: • znaki zmiennej treści, wraz z bramownicami, • sygnalizacje świetlne sterowane systemowo – minimum 30 sygnalizacji, • stacje pomiaru ruchu (oparte na pętłach indukcyjnych lub innych detektorach), • światłowodową sieć komunikacyjną, • radiową sieć komunikacyjną”. Odpowiednio do powyższego warunku zamawiający wskazał, że należy przedłożyć wykaz usług obejmujący usługę odpowiadającą warunkowi.

Jak wynika z powyższego, zamawiający wymaga od wykonawców wykazania się taką usługą, która jednocześnie będzie obejmować wszystkie ww. elementy. W ocenie odwołującego wymaganie, aby usługa obejmowała bezwzględnie znaki zmiennej treści, nie ma żadnego uzasadnienia i niczemu nie służy, a jedynie ogranicza uczciwą konkurencję. Jakkolwiek w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi konserwacja systemu sterowania ruchem drogowym obejmującego swoim działaniem znaki zmiennej treści, to bezwzględne wymaganie doświadczenia w konserwacji systemu obejmującego takie właśnie znaki uniemożliwia ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia tym wykonawcom, w tym odwołującemu, którzy są zdolni do jego wykonania i dają rękojmię należytej jego realizacji. W ocenie odwołującego doświadczeniem faktycznie istotnym i niezbędnym, a zarazem wystarczającym do prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia jest doświadczenie w konserwacji systemu sterowania ruchem drogowym obejmującego swoim działaniem również inne urządzenia odpowiedzialne za odbieranie przesyłanych do nich

informacji i następnie ich wyświetlanie na ekranach czy wyświetlaczach. Z technicznego punktu widzenia znaki zmiennej treści nie różnią się niczym istotnym od np. tablic informacji pasażerskiej, stosowanych w systemach dynamicznej informacji pasażerskiej. Takie tablice, podobnie jak znaki zmiennej treści, muszą odbierać przesyłane do nich komunikaty i następnie wyświetlać je w odpowiednio przygotowany sposób – w postaci informacji tekstowej lub graficznej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmodyfikowania ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez nadanie postanowieniom ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia brzmienia – w zakresie warunku udziału w postępowaniu oraz wykazu potwierdzającego jego spełnianie „znaki zmiennej treści, wraz z bramownicami lub tablice dynamicznej informacji pasażerskiej”.

2. W ogłoszeniu o zamówieniu, pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne, pkt 2, oraz w rozdziale I, pkt 7.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że: „w celu oceny spełniania warunku dotyczącego dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Wykonawca musi mieć do dyspozycji osoby legitymujące się doświadczeniem i kwalifikacjami zawodowymi odpowiednimi do stanowisk, jakie zostaną im powierzone, w szczególności określonymi przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 z późn. zm.). Wykonawca przedstawi w ofercie kandydata na każde stanowisko wymienione poniżej: (...) 2. Specjalista do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem SCALA 1.6 – 4 osoby – 2 lata (...). Specjalista do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem SCALA 1.6 winien posiadać wiedzę techniczną na temat zastosowanego w Warszawie Systemu Sitraffic SCALA 1.6.3. Osoby te muszą posiadać potwierdzone odpowiednim certyfikatem producenta przeszkolenie w zakresie obsługi technicznej systemu zainstalowanego w Warszawie. Zamawiający będzie honorował jedynie oryginalne certyfikaty wydane przez producenta. Niedopuszczalne jest posiadanie certyfikatów wydanych przez osoby certyfikowane przez producenta, lecz nie posiadające wydanych przez niego pełnomocnictw do prowadzenia szkoleń i wydawania certyfikatów. Certyfikat taki należy przedstawić Zamawiającemu przed podpisaniem umowy. W przypadku niedostarczenia certyfikatów Zamawiający może nie podpisać umowy z Wykonawcą.”

Powyższy warunek został powtórzony w rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierającym wzór umowy, w § 14 ust. 3; w rozdziale VI, zawierającym Specyfikację Techniczną, pkt 9; w ogłoszeniu o zamówieniu, pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne, pkt 3 oraz w rozdziale I, pkt 8.1.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym konieczności przedstawienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający wymaga dysponowania specjalistami do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem SCALA 1.6 żądając, aby osoby te posiadały wiedzę techniczną na temat zastosowanego w Warszawie Systemu Sitraffic SCALA 1.6.3 oraz potwierdzone odpowiednim certyfikatem producenta przeszkolenie w zakresie obsługi technicznej systemu zainstalowanego w Warszawie. Zamawiający opisał zatem wymagania co do wiedzy i certyfikatu osób w sposób maksymalnie szczegółowy, wskazując nie tylko wymaganą wersję systemu SCALA (1.6.3), ale również zaznaczając, że chodzi o konkretną instalację tego systemu, tj. system zainstalowany w Warszawie. W ocenie odwołującego żadne z powyższych wymagań nie ma uzasadnienia i oba oceniać należy jako nadmierne, nieproporcjonalne i tym samym niedopuszczalne. W szczególności nie ma żadnego uzasadnienia wymaganie, aby żądana wiedza i certyfikat dotyczył akurat systemu zainstalowanego w Warszawie. System Sitraffic SCALA 1.6.3 to gotowy produkt firmy Siemens AG, sprzedawany i stosowany w miastach na całym świecie. Jego budowa, obsługa techniczna i właściwości nie zależą od tego, gdzie został zainstalowany. Tym samym wymaganie niczemu nie służy, a jedynie ogranicza uczciwą konkurencję.

Tak samo oceniać należy ograniczenie wymaganej wiedzy i certyfikatu osób do konkretnej wersji systemu SCALA, gdyż w obsłudze technicznej nie ma żadnych istotnych różnic między wersją 1.6.3 a wcześniejszymi wersjami tego systemu i osoba mająca doświadczenie w obsłudze technicznej systemu SCALA we wcześniejszej wersji poradzi sobie bez trudu z obsługą techniczną wersji 1.6.3. Zatem bezwzględne wymaganie wiedzy i certyfikatu w zakresie systemu Sitraffic SCALA 1.6.3 uniemożliwia ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia tym wykonawcom, w tym odwołującemu, którzy dysponują osobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia i dającymi rękojmię należytej jego realizacji. W ocenie odwołującego zamawiający winien wymagać wiedzy i certyfikatu dotyczących obsługi technicznej systemu SCALA bez wskazywania jego konkretnej wersji, gdyż ta nie ma żadnego praktycznego znaczenia.

W ocenie odwołującego nieuzasadnione jest też wymaganie aż czterech specjalistów do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem SCALA 1.6., wystarczające jest bowiem, aby wykonawca dysponował trzema takimi specjalistami. W dwóch poprzednich postępowaniach zamawiający nie wymagał dysponowania specjalistami do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem SCALA 1.6. albo warunek taki nie był okolicznością warunkującą ubieganie się o udzielenie zamówienia. W ocenie odwołującego wymagania dotyczące czterech specjalistów do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem należy oceniać jako nadmierne, nieproporcjonalne i tym samym niedopuszczalne. Ponadto specjaliści do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania

Ruchem nie musieli się legitymować wiedzą i certyfikatem dotyczącym zastosowanego w Warszawie systemu Sitraffic SCALA 1.6.3.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmodyfikowania ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez nadanie wskazanym powyżej postanowieniom następującego brzmienia: „2. Specjalista do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem SCALA – 3 osoby – 2 lata (...) Specjalista do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem SCALA winien posiadać wiedzę techniczną na temat Systemu SCALA. Osoby te muszą posiadać potwierdzone odpowiednim certyfikatem producenta lub dystrybutora przeszkolenie w zakresie obsługi technicznej Systemu SCALA. Zamawiający będzie honorował jedynie oryginalne certyfikaty wydane przez producenta lub dystrybutora. Niedopuszczalne jest posiadanie certyfikatów wydanych przez osoby certyfikowane przez producenta lecz nie posiadające wydanych przez niego pełnomocnictw do prowadzenia szkoleń i wydawania certyfikatów. Certyfikat taki należy przedstawić Zamawiającemu przed podpisaniem umowy. W przypadku niedostarczenia certyfikatów Zamawiający może nie podpisać umowy z Wykonawcą.”

3. W rozdziale VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Specyfikacja Techniczna zamawiający wskazał, że:

a) „Wykonawca ma zagwarantować utrzymanie systemu Smart Guard oraz wymianę w trakcie kontraktu 3 urządzeń odbiorczych systemu mobilnego monitoringu skrzyżowań (pkt 21). Zamawiający nie wyjaśnił jednak, na czym ma polegać zagwarantowanie utrzymania systemu Smart Guard, co więcej, nie opisał nawet posiadanego systemu Smart Guard. W tym zakresie opis przedmiotu zamówienia sprowadza się do przytoczonego powyżej zdania, które nie zawiera żadnych informacji niezbędnych do wykonania zamówienia;

b) „Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania radiowej sieci pomiędzy stacjami systemu opartej na urządzeniu NanoStation M oraz utrzymania sieci bezprzewodowej w Centrum Sterowania wraz z urządzeniami” (pkt 26). Zamawiający nie wyjaśnił jednak, na czym ma polegać utrzymanie radiowej sieci pomiędzy stacjami systemu opartej na urządzeniu NanoStation M, nie wyjaśnił również, ile stacji systemu jest objętych utrzymaniem, nie wskazał też, ile urządzeń NanoStation M posiada, nie zawarł informacji na temat budowy, parametrów i właściwości posiadanych urządzeń (urządzenia) NanoStation M. W tym zakresie opis przedmiotu zamówienia sprowadza się do przytoczonego powyżej zdania, które nie zawiera żadnych informacji niezbędnych do wykonania zamówienia;

c) „Wykonawca zobowiązany jest do podłączenia do systemu sterowania SCALA 1.6 i Smart Guard skrzyżowań będących w monitoringu” (pkt 21). Zamawiający nie wyjaśnił, na czym ma polegać podłączenie urządzeń do systemu SCALA 1.6 i Smart Guard ani nie opisał posiadanego przez niego systemu Smart Guard i systemu monitoringu. Zamawiający nie

wskazał, jakie funkcje mają być realizowane przez wymagane połączenie. W tym zakresie opis przedmiotu zamówienia sprowadza się do przytoczonego powyżej zdania, które nie zawiera informacji niezbędnych do wykonania zamówienia;

d) „Modernizacja sieci łączności obejmuje zakres czynności mających na celu przekształcenie obecnej sieci analogowej na sieć cyfrową z wykorzystaniem posiadanego przemiennika Motorola DR3000 oraz w oparciu o posiadane zezwolenie radiowe (pkt 31). Zamawiający nie wyjaśnił, na czym ma polegać modernizacja, w szczególności nie wskazał, czy opracowany został już projekt modernizacji, czy też sporządzenie takiego projektu leży po stronie wykonawcy. Nie opisał również istniejącej sieci analogowej, co jest informacją niezbędną do określenia zakresu i kosztów modernizacji. W tym zakresie opis przedmiotu zamówienia sprowadza się do przytoczonego powyżej zdania, które nie zawiera informacji niezbędnych do wykonania zamówienia;

e) „Wykonawca w kontrakcie powinien dostarczyć Zamawiającemu narzędzia informatyczne umożliwiające podłączenie dodatkowych 50 skrzyżowań do systemu monitoringu.” (pkt 21). Zamawiający nie wyjaśnił, jakie narzędzia informatyczne ma mu dostarczyć wykonawca. W tym zakresie opis przedmiotu zamówienia sprowadza się do przytoczonego powyżej zdania, które nie zawiera informacji niezbędnych do wykonania zamówienia.

Powyższy sposób opisu przedmiotu zamówienia jest w oczywisty sposób niezgodny z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaniechanie wystarczającego opisanie przedmiotu zamówienia, w szczególności zmuszanie wykonawców do pozyskiwania informacji od innych podmiotów, stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy. Podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenie o zamówieniu. To na podstawie postanowień tych dokumentów, a nie informacji udostępnionych (lub nie) przez inne podmioty, wykonawcy przygotowują składane następnie oferty. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem, czy też uzyskaniem niezbędnych informacji, które pomogą i ułatwią wykonawcy złożenie prawidłowej oferty odpowiadającej wszystkim wymaganiom. Powyższym wymaganiom nie czyni zadość zdawkowe, wręcz hasłowe opisanie przedmiotu zamówienia, bez wskazania jakichkolwiek szczegółów i opisanie stanu istniejącego u zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmodyfikowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia we wskazany powyżej sposób.

4. W rozdziale VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Specyfikacja Techniczna (pkt 21 i pkt 25) zamawiający wskazał, że:

a) wykonawca zobowiązany jest do podłączenia do systemu sterowania SCALA 1.6 i Smart Guard skrzyżowań będących w monitoringu, wg listy. Zamawiający wskazał na konieczność podłączenia sterowników konkretnej firmy, gdyż moduły komunikacyjne do podłączenia powyższych sterowników może zapewnić jedynie producent lub ich dystrybutor firma Siemens. Zamawiający nie dopuszcza rozwiązania alternatywnego, polegającego na wymianie sterowników mogących pracować z systemem SCALA i Smart Guard;

b) wykonawca zobowiązany jest do modernizacji sterowników C8xx działających w Zintegrowanym Systemie Sterownia Ruchem do sterowników C9xx, na skrzyżowaniach według listy. Sterowniki C9xx, do których należy zmodernizować posiadane przez zamawiającego sterowniki C8xx, to konkretne sterowniki produkowane przez Siemens AG. Podobnie Zintegrowany System Sterownia Ruchem, w którym działają ww. sterowniki, to konkretny system opracowany i zainstalowany również przez Siemens AG.

Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Tymczasem zamawiający nie tylko, że opisał przedmiot zamówienia naruszając powyższy zakaz, to jeszcze nie zawarł jakichkolwiek kryteriów równoważności wobec wymaganych sterowników. Brak określenia parametrów i kryteriów równoważności w odniesieniu do ww. sterowników powoduje, iż zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób pełny, jednoznaczny, wyczerpujący i z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez sporządzenie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do cytowanych wyżej wymagań Specyfikacji Technicznej, w szczególności poprzez zastąpienie nakazu modernizacji sterowników C8xx działających w Zintegrowanym Systemie Sterownia Ruchem do Sterowników C9xx nakazem modernizacji sterowników C8xx działających w Zintegrowanym Systemie Sterownia Ruchem do sterowników opisanych zgodnie z wymaganiami art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku uznania, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wskazanie zakresu minimalnych parametrów równoważności

dla sterowników C9xx. Ponadto, ponieważ Zintegrowany System Sterowania Ruchem, w którym działają ww. sterowniki C8xx, to konkretny system opracowany i zainstalowany również przez Siemens AG, oraz zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że zainstalowanie w nim innych równoważnych sterowników będzie bardzo utrudnione a nawet niemożliwe, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień specyfikacji poprzez dopuszczenie wymiany posiadanego przez zamawiającego Zintegrowanego Systemu Sterowania Ruchem na inny równoważny system oraz określenie minimalnych parametrów równoważności dla ww. systemu.

W rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierającym wzór umowy, w § 14 ust. 3 zamawiający wskazał, że: „Wykonawca musi dysponować kwalifikowanym personelem, w tym winien posiadać minimum 4 osoby stanowiące kadrę techniczną posiadającą aktualną wiedzę techniczną na temat zastosowanego w ZSZR w Systemie Sitraffic SCALA 1.6.3. Osoby te muszą posiadać potwierdzone odpowiednim certyfikatem producenta przeszkolenie w zakresie obsługi technicznej systemu zainstalowanego w Warszawie i metod optymalizacji sieciowej TASS i MOTION. Zamawiający będzie honorował jedynie oryginalne certyfikaty wydane przez producenta. Niedopuszczalne jest posiadanie certyfikatów wydanych przez osoby certyfikowane przez producenta, lecz nie posiadające wydanych przez niego pełnomocnictw do prowadzenia szkoleń i wydawania certyfikatów. Certyfikat taki należy przedstawić Zamawiającemu przed podpisaniem umowy. W przypadku niedostarczenia certyfikatów Zamawiający może nie podpisać umowy z Wykonawcą.” Wymaganie to zostało powtórzone w rozdziale VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierającym Specyfikację Techniczną, w punkcie 9.

W ocenie odwołującego powyższe wymagania stanowią warunek udziału w postępowaniu, tożsamy z warunkiem zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu, pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne, pkt 2, oraz w rozdziale I, pkt 7.3.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak na wypadek uznania, że powyższe wymagania nie stanowią warunku udziału w postępowaniu, niewątpliwie stanowią element opisu przedmiotu zamówienia i jako takie podlegają ocenie pod kątem zgodności z art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie odwołującego powyższe wymagania są niezgodne z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Powyższej niezgodności dowodzą te same argumenty, co w przypadku warunku udziału w postępowaniu, a opis ten narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców, nie jest związany z przedmiotem zamówienia i nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wystarczającym jest

uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, co odwołujący bez wątplenia uczynił.

II Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

W kwestiach formalnych dotyczących skuteczności wniesionego odwołania Izba ustaliła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

III Ustalenia Izby w kwestiach merytorycznych

Na wstępie Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Po zapoznaniu się ze stanowiskami stron oraz przystępującego Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie, przy czym nawet w stosunku do zarzutów uwzględnionych nie jest słuszne uwzględnienie żądań odwołującego lub też uwzględnienie ich w całości. W związku z powyższym, dla jasności sentencji, Izba sformułowała sentencję poprzez odniesienie się do czynności, które zamawiający ma wykonać.

Ad.1.1 sentencji – Izba uwzględniła odwołanie w zakresie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia przy konserwacji systemu sterowania ruchem drogowym obejmującej swoim działaniem znaki zmiennej treści wraz z bramownicami i nakazała zamawiającemu zmianę treści tego warunku poprzez dopuszczenie, by doświadczenie to dotyczyło także instalacji i uruchomienia znaków zmiennej treści, przy czym czynność ta nie musi wchodzić w zakres usługi dotyczącej konserwacji systemu sterowania ruchem drogowym lub dopuszczenie wykazania wiedzy i doświadczenia w tym zakresie zamiennie także poprzez wykazanie dysponowania osobą, która taką wiedzę i doświadczenie posiada (w konserwacji lub instalacji i uruchomieniu znaków).

Ze stanowiska zaprezentowanego przez zamawiającego podczas rozprawy wynika, że przywiązuje on dużą wagę do posiadania doświadczenia w zakresie znaków zmiennej treści, a jednocześnie, iż doświadczenie to ma polegać na umiejętności sprawdzenia, czy znaki te posiadają barwę, stopień jasności itd. zgodne z wymogami przepisów.

Z drugiej strony odwołujący wskazał, że posiada, jako przedsiębiorca, doświadczenie w zakresie obsługi znaków zmiennej treści, ale nie przy ich konserwacji czy utrzymaniu, ale przy instalacji znaków tego typu oraz świadczeniu serwisu gwarancyjnego; posiada też pracowników posiadających doświadczenie w tym zakresie.

Po zapoznaniu się z tymi stanowiskami Izba uznała, iż możliwe jest pogodzenie interesów obu stron poprzez modyfikację postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, jak wskazany w sentencji. Po pierwsze więc, poprzez dopuszczenie, by doświadczenie w zakresie znaków zmiennej treści dotyczyło nie tylko usługi konserwacji, ale także instalacji i uruchomienia znaków zmiennej treści. Izba uznała, że pomiędzy tymi czynnościami nie ma różnicy, która powodowałaby powstanie odmiennej wiedzy czy odmiennych doświadczeń w zakresie funkcjonowania znaków zgodnie z przepisami prawa. Po drugie, z tego samego powodu, nie jest konieczne, by czynność instalacji i uruchomienia znaków zmiennej treści była częścią składową usługi dotyczącej konserwacji systemu sterowania ruchem drogowym, może być odrębną usługą lub też częścią np. usługi instalacji całego systemu zarządzania ruchem.

Po trzecie, ze względu na to, że, jak wskazał zamawiający, doświadczenie w zakresie znaków zmiennej treści ma polegać na umiejętności sprawdzenia, czy znaki te posiadają barwę, stopień jasności itd. zgodne z wymogami przepisów, a znaków tych w Warszawie jest jedynie 5 sztuk, to nie jest konieczne, aby doświadczeniem takim wykazywała się aż cała firma wykonawcy, lecz wystarczająca będzie wiedza i doświadczenie jednego pracownika (nawet przy ewentualnym zwielokrotnieniu liczby tych znaków). Dlatego Izba nakazała alternatywne dopuszczenie wykazania wiedzy i doświadczenia w tym zakresie także poprzez wykazanie dysponowania osobą, która taką wiedzę i doświadczenie posiada (w konserwacji lub instalacji i uruchomieniu znaków).

Dzięki powyższym postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający będzie miał zapewnione wymagane doświadczenie, a nie będą one stanowiły dla odwołującego bariery do udziału w postępowaniu.

Tym samym Izba zmodyfikowała żądanie odwołującego dotyczące tego zarzutu uznając, że wskazanie przez odwołującego tablic informacji pasażerskiej miało na celu jedynie zapewnienie zamawiającemu jakiegoś zamiennika do znaków zmiennej treści, którego jednak zamawiający nie potrzebuje, a do tego, jak wskazał, tablice takie w ogóle nie stanowią części przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba uznała, że nie jest celowe wprowadzanie takiego postanowienia do warunku udziału w postępowaniu.

Powyższa zmiana ma zostać dokonana we wszystkich postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu odnoszących się do tej kwestii.

Ad.1.2 sentencji – Izba częściowo uwzględniła odwołanie w zakresie warunku dotyczącego dysponowania specjalistą do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem SCALA 1.6 i nakazała usunięcie spośród wymogów dotyczących tego specjalisty stwierdzenia „zainstalowanego w Warszawie”, „zastosowanego w Warszawie” oraz innych stwierdzeń o tym samym znaczeniu.

Postawiony przez zamawiającego warunek dotyczący dysponowania odpowiednią kadrami odwołujący zakwestionował w zakresie obowiązku wykazania dysponowaniem czterema specjalistami do spraw Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem, a także wymogu, że specjaliści ci powinni posiadać wiedzę techniczną na temat zastosowanego w Warszawie systemu Sitraffic SCALA 1.6.3. oraz certyfikaty przeszkolenia w zakresie obsługi technicznej systemu zainstalowanego w Warszawie – systemu Sitraffic SCALA 1.6.3. Zdaniem odwołującego wystarczająca jest liczba 3 specjalistów oraz posiadanie certyfikatów dotyczących także innych, niższych wersji systemu, a określenia typu „zainstalowanego w Warszawie”, czy „zastosowanego w Warszawie” wskazują tylko na jednego wykonawcę, który ten system zainstalował i dotychczas utrzymywał, czyli spółkę Siemens.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron oraz przystępującego Izba stwierdziła, że z proceduralnego punktu widzenia niedopuszczalne jest zastosowanie wymogów, że wiedza i doświadczenie specjalistów musi dotyczyć systemu „zainstalowanego w Warszawie”, „zastosowanego w Warszawie” itp. Być może zamawiający, ja twierdzi, miał na myśli system „taki jak” zastosowany w Warszawie, czyli Sitraffic SCALA w wersji 1.6.3., a nie konkretnie ten jeden system, lecz określenie to jest co najmniej dwuznaczne, a nawet rzeczywiście wskazuje, że chodzi o specjalistów mających wiedzę i doświadczenie dotyczące tego właśnie konkretnego systemu. I jakkolwiek oczywiste jest, że specjaliści, którzy do tej pory opiekowali się systemem warszawskim, obecnie mają największą wiedzę, jak ten system funkcjonuje, to jednocześnie warunek ten mogą spełnić jedynie osoby, które pracowały dla dotychczasowego wykonawcy, czyli Siemens Sp. z o.o., co jest, jak wskazano na wstępie, proceduralnie niedopuszczalne, gdyż nadmiernie ogranicza konkurencję.

Dlatego Izba nakazała zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez usunięcie tego typu wymogów. Powyższa zmiana ma zostać dokonana we wszystkich postanowieniach specyfikacji oraz ogłoszenia o zamówieniu odnoszących się do tej kwestii.

Jednocześnie jednak Izba uznała za przekonującą argumentację zamawiającego, że jego dotychczasowe doświadczenie oraz planowana, duża rozbudowa systemu świadczą o tym, że dotychczas posiadana liczba trzech specjalistów jest niewystarczająca. Rzeczywiście,

jeśli wykonawca miałby zapewnić całodobowe dyżury, jak twierdzi zamawiający, to wymóg dysponowania czterema osobami nie wydaje się nadmierny.

Z kolei odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na to, że akurat trzech specjalistów jest liczbą optymalną. Dowodem takim nie mogą być wymogi innych postępowań, zwłaszcza prowadzonych przez innych zamawiających. Jak podkreślał też zamawiający, dotychczas użytkowany system obejmował znacznie mniej skrzyżowań, niż będzie to miało miejsce w przyszłości.

Oczywiste jest też, że wiedza dotycząca danej wersji systemu, będącej wersją zastosowaną w Warszawie, jest wiedzą „lepszą”, bardziej odpowiednią do prawidłowego wykonania zamówienia, niż odmienne, niższe wersje. Izba uznała tu za przekonującą argumentację zamawiającego i przystępującego, że ze względu na odmienność poszczególnych wersji wiedza w zakresie starszych wersji systemu może nie być wystarczająca do zapewnienia jego prawidłowego działania.

Jakkolwiek, na marginesie, Izba przyznaje rację odwołującemu, że zamawiający powinien opisać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania co do udziału tych specjalistów w wykonaniu zamówienia. Zamawiający niewątpliwie jest przyzwyczajony do sposobu świadczenia usługi przez dotychczasowego wykonawcę i sposobu wykorzystywania przez niego tych specjalistów, niezależnie od istnienia zastrzeżeń umownych, ale warto, by pomyślał o zabezpieczeniu swoich interesów.

Ad.1.3 sentencji – Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących braku opisanego przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie wymogów:

- a) „Wykonawca ma zagwarantować utrzymanie systemu Smart Guard oraz wymianę w trakcie kontraktu 3 urządzeń odbiorczych systemu mobilnego monitoringu skrzyżowań”,
- b) „Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania radiowej sieci pomiędzy stacjami systemu opartej na urządzeniu NanoStation M oraz utrzymania sieci bezprzewodowej w Centrum Sterowania wraz z urządzeniami”,
- c) „Wykonawca zobowiązany jest do podłączenia do systemu sterowania SCALA 1.6 i Smart Guard skrzyżowań będących w monitoringu”,
- d) „Wykonawca w kontrakcie powinien dostarczyć Zamawiającemu narzędzia informatyczne umożliwiające podłączenie dodatkowych 50 skrzyżowań do systemu monitoringu”

przyznając rację odwołującemu, iż takie opisanie owych czynności jest daleko niewystarczające do rzetelnego przygotowania, i przede wszystkim – wycenienia oferty. Tak skąpy zakres zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powoduje,

że zasadność zarzutu jest oczywista, a tym samym jakiegokolwiek szersze uzasadnienie, dlaczego Izba uznała je za wystarczające, jest zbędne.

W związku z powyższym Izba nakazała zamawiającemu uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o informacje pozwalające zidentyfikować i wycenić w tym zakresie przedmiot oferty.

Odwołujący cofnął zarzut dotyczący modernizacji sieci łączności poprzez przekształcenie sieci analogowej na sieć cyfrową uznając za wystarczające informacje przekazane w ramach wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z powyższym Izba uznała za bezprzedmiotowe orzekanie w tym zakresie.

Ad. punktu 2. sentencji, tj. zarzutów oddalonych, Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut dotyczył dwóch kwestii: podłączenia do posiadanego przez zamawiającego systemu sterowania SCALA 1.6 i Smart Guard skrzyżowania według podanej listy oraz modernizacji (upgradowania) dotychczasowych sterowników wersji C8xx do sterowników wersji C9xx, na skrzyżowaniach według listy.

Odwołujący wskazał, że wiąże się to z koniecznością podłączenia sterowników producenta systemu, czyli firmy Siemens, gdyż, jak wskazał odwołujący, moduły komunikacyjne do podłączenia tych sterowników może zapewnić jedynie producent lub jego dystrybutor. Sterowniki C9xx to konkretne sterowniki produkowane przez Siemens AG.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie rozwiązań równoważnych, opisanie zakresu równoważności, a ze względu na to, że zainstalowanie równoważnych sterowników będzie bardzo utrudnione, a nawet niemożliwe, dopuszczenie wymiany posiadanego przez zamawiającego Zintegrowanego Systemu Sterowania Ruchem na inny równoważny system oraz określenie minimalnych parametrów równoważności dla ww. systemu.

Izba uznała za wręcz niedorzeczne żądanie odwołującego, aby zamawiający, zamiast wstawić lub wymienić konkretny, zwłaszcza niewielki (nawet jeśli bardzo znaczący) element systemu, który można przyrównać do części zamiennej, miał dopuścić rujnację i wymianę całego systemu. W tym zakresie Izba w całości podziela argumentację zamawiającego i przystępującego.

Natomiast co do wymogu dopuszczenia produktów równoważnych – dyspozycje ust. 1-3 art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych są jasne: zamawiający musi opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis ten nie może być dokonany w sposób, który mógłby

utrudniać uczciwą konkurencję. Przy dokonywaniu tego opisu zamawiający nie powinien wskazywać znaków towarowych, patentów lub pochodzenia produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Jest więc oczywiste, że zamawiający powinien dopuścić produkty równoważne. Jednak problemem jest to, że – co do tego strony oraz przystępujący podczas rozprawy byli zgodni – na rynku nie ma produktów równoważnych, które można zainstalować w miejsce wskazanych.

Należy zwrócić uwagę, że w zakresie wymogu, by wykonawca podłączył do systemu sterowania SCALA 1.6 i Smart Guard nowe skrzyżowania, zamawiający w ogóle nie posłużył się żadną nazwą sterowników ani innych urządzeń – wykonawca wywiódł konieczność zakupu urządzeń firmy Siemens właśnie z tego, że nie ma innych urządzeń, za pomocą których mógłby tę część zamówienia wykonać.

Tym samym Izba nakazując wskazanie i opisanie produktów równoważnych, musiałaby nakazać zamawiającemu dokonanie czynności niemożliwej, a Izba, tak jak i sądy, orzekając, powinna brać pod uwagę konsekwencje swoich orzeczeń. Co więcej dotyczyłoby to także sytuacji, w której zamawiający w ogóle nie posługuje się znakami towarowymi, patentami czy pochodzeniem produktów, a jedynie wskazuje czynność, którą wykonawca ma wykonać.

Dodatkowo, gdyby Izba nakazała zamawiającemu taką czynność *pro forma* i zamawiający *pro forma* takiego opisu (produktu równoważnego) by dokonał, to byłoby to niezgodne z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (wymogiem opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty), gdyż wprowadziłoby to jedynie wykonawców w błąd co do ewentualnego istnienia takich produktów.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, to jest uznając, że strony powinny ponieść koszty postępowania po połowie ze względu na to, że Izba część zarzutów uwzględniła, część zaś oddaliła, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i ust. 4 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: