

Sygn. akt: KIO 286/17

WYROK
z dnia 28 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś

Andrzej Niwicki

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2017 r. przez Wykonawcę **MPTechnology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Słupsku przy ul. Portowej 13B (76-200 Słupsk) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Żywiec** ul. Rynek 2 (34-300 Żywiec)

przy udziale

Wykonawcy **Pixel Spółka z ograniczoną odpowiedzialności** z siedzibą w Osielsku przy ul. Jana Pawła II 28 (86-031 Osielsko), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę – MPTechnology Sp. z o.o. z/s w Słupsku i

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bielsku – Białej**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Żywiec w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę, instalację i wdrożenie zintegrowanego systemu dynamicznej informacji pasażerskiej dla potrzeb Miejskiego Zakładu Komunikacyjnego w Żywcu Sp. z o.o.* (nr sprawy OK.271.62.2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 21 grudnia 2016 r., 2016/S 246-449235, Wykonawca - MPTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku wniósł w dniu 13 lutego 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 286/17).

Przedmiotem zarzutów objęto czynność opisu przedmiotu zamówienia po modyfikacji z dnia 3 lutego 2017 r., która nie czyniła zadość żądaniom wskazanym w odwołaniu z dnia 2 stycznia 2017 r., chociaż Zamawiający uznał je w całości. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 387 § 1 K.c. w zw. z art. 14 Pzp. przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, uniemożliwiający Odwołującemu złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia, a także w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, oraz nakładający na wykonawców obowiązek spełnienia świadczenia, które jest niemożliwe do spełnienia

- a. wobec ustanowienia wymogu współpracy dostarczanych urządzeń z posiadaną infrastrukturą Zamawiającego, mimo braku zdefiniowania parametrów technicznych niezbędnych do zapewnienia takiej współpracy: zakresu parametrów technicznych i funkcjonalnych niezbędnych do realizacji współpracy tzw. protokołów komunikacyjnych producenta, pozwalających na wymianę danych pomiędzy urządzeniami Wykonawcy, a infrastrukturą Zamawiającego - postanowienia 2.1. SIWZ, co uniemożliwia realizację zamówienia i przygotowanie oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego (zarzut nr 1)
- b. wobec ustanowienia wymogu dostarczenia przez Wykonawcę nowego oprogramowania, co wiąże się z dodatkowym kosztem, albo uzyskaniem zgody producenta i dostawcy obecnego oprogramowania na jego wykorzystanie, w tym implementowanie i konfigurację z istniejącym systemem, w związku z użytkowanym przez Zamawiającego oprogramowaniem firmy PIXEL z Osielska o nazwie PIXEL Data Analyzer (dalej: oprogramowanie „Pixel”), w sytuacji braku udostępnienia przez Zamawiającego tzw. protokołów komunikacyjnych producenta do wymiany danych. Powyższe powoduje, że firma PIXEL będąca producentem oprogramowania nie będzie zainteresowana

nieodpłatnym udostępnieniem dostępu do danych, lub udostępnieniem tych danych za zgodą - postanowienia 2.5 SIWZ, przez co nałożony na wykonawców obowiązek uzyskania zgody może okazać się niemożliwy do spełnienia, co uniemożliwia realizację zamówienia i przygotowanie oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego. Jednocześnie jest niemożliwe do objęcia normalnym ryzykiem kontraktowym, które to ryzyko jest niemożliwe do oszacowania, co w konsekwencji uniemożliwia przygotowanie należytej wyceny oferty. Podobnie udzielenie zgody na warunkach odpłatnych nie jest możliwe do przewidzenia, powodując jednocześnie, że producent oprogramowania firma PIXEL, w związku z tym, że opis przedmiotu zamówienia dotyczy oprogramowania tego producenta, będzie w stanie przedstawić ofertę indywidualnie spełniającą wyznaczone przez Zamawiającego warunki, z uwagi na zastosowanie wymagań, które preferują określonego wykonawcę, przez co złożyć korzystniejszą ofertę zarówno pod względem ceny oraz terminu realizacji zamówienia, mając na uwadze ustanowione w postępowaniu kryteria oceny ofert (oferowana cena - 60%; termin realizacji - 20 %). Powyższe nie pozwala na złożenie wszystkim wykonawcom porównywalnych ofert. W celu należytego wykonania przez Wykonawcę tego zakresu zamówienia, Zamawiający powinien zapewnić przekazanie tzw. otwartego protokołu komunikacyjnego i/lub otwartego interfejsu wymiany danych, które pozwolą Wykonawcy na bezpieczną integrację z istniejącym oprogramowaniem Zamawiającego przy zapewnieniu jego pełnej funkcjonalności (zarzut nr 2).

- c. wobec ustanowienia wymogu współpracy dostarczonego systemu ze wszystkimi urządzeniami Zamawiającego, bez pogorszenia ich funkcjonalności, mimo braku przedstawienia przez Zamawiającego specyfikacji technicznej i funkcjonalnej użytkowanych urządzeń, oraz udostępnienia tzw. protokołów komunikacyjnych - postanowienia 2.6 SIWZ w zw. z 2.1 SIWZ w zw. z 1.5 SIWZ. Powyższe uniemożliwia Wykonawcy, przed rozpoczęciem testów z urządzeniami, weryfikację ewentualnego oddziaływania oprogramowania i urządzeń na urządzenia eksploatowane przez Zamawiającego, co z kolei uniemożliwia realizację zamówienia i przygotowanie oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego. Dodatkowo zgodnie z postanowieniami 13.3, 13.4 i 13.5 SIWZ urządzenia te dostarczone zostały przez firmę PIXEL oraz R&G z Mielca, które posiadają pełną wiedzę techniczną w przedmiocie specyfikacji technicznej i funkcjonalnej użytkowanych przez Zamawiającego urządzeń, a w związku z tym, że opis przedmiotu zamówienia dotyczy oprogramowania i urządzeń tych producentów, firma PIXEL oraz R&G będzie w stanie przedstawić ofertę indywidualnie spełniającą wyznaczone przez Zamawiającego warunki, z uwagi na zastosowanie wymagań, które preferują określonego wykonawcę, przez co, złożyć korzystniejszą ofertę zarówno pod

względem ceny oraz terminu realizacji zamówienia, mając na uwadze ustanowione w postępowaniu kryteria oceny ofert (oferowana cena - 60%; termin realizacji - 20 %; wydłużenie okresu gwarancji i rękojmi - 20%). Powyższe nie pozwala na złożenie wszystkim wykonawcom porównywalnych ofert. W celu należytego wykonania tego zakresu zamówienia Zamawiający powinien zapewnić przekazanie tzw. otwartego protokołu komunikacyjnego, który pozwoli Wykonawcy na bezpieczną integrację z istniejącymi urządzeniami przy zapewnieniu pełnej funkcjonalności tych urządzeń (zarzut nr 3).

- d. wobec ustanowienia wymogu aby, w przypadku wykonania integracji zgodnie z powyższymi ustępami, urządzenia Zamawiającego funkcjonowały bez trwałych lub czasowych przerw i bez pogorszenia oraz ograniczenia funkcjonalności obecnego systemu, przy jednoczesnym braku dostarczenia przez Zamawiającego specyfikacji technicznej i funkcjonalnej tych urządzeń, która pozwoliłaby Wykonawcy dostosować swoje rozwiązania do przedmiotowych wymagań, oraz nie zapewnia tzw. protokołów komunikacyjnych producenta niezbędnych do swobodnej wymiany danych między urządzeniami - postanowienia 2.6 i 2.8 SIWZ, co uniemożliwia realizację zamówienia i przygotowanie oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego. Ponadto w związku z tym, że opis przedmiotu zamówienia dotyczy oprogramowania i urządzeń konkretnego producenta/producentów (Rozdział 13 SIWZ), będą oni w stanie przedstawić ofertę indywidualnie spełniającą wyznaczone przez Zamawiającego warunki, z uwagi na zastosowanie wymagań, które preferują określonego wykonawcę, przez co złożyć korzystniejszą ofertę zarówno pod względem ceny oraz terminu realizacji zamówienia, mając na uwadze ustanowione w postępowaniu kryteria oceny ofert (oferowana cena - 60%; termin realizacji - 20 %; wydłużenie okresu gwarancji i rękojmi - 20%). Powyższe nie pozwala ponadto, na złożenie wszystkim wykonawcom porównywalnych ofert. W celu należytego wykonania tego zakresu zamówienia Zamawiający powinien zapewnić przekazanie tzw., otwartego protokołu komunikacyjnego, który pozwoli Wykonawcy na bezpieczną integrację z istniejącymi urządzeniami przy zapewnieniu pełnej funkcjonalności tych urządzeń (zarzut nr 4).
- e. wobec ustanowienia wymogu bezprzewodowego przesłania danych z systemu monitoringu w pojeździe do serwera zajezdniowego, bez określenia, przez Zamawiającego, parametrów transmisji danych. Ponadto, z uwagi na to, że przedmiotem zamówienia w zakresie pojazdów, nie jest system monitoringu wizyjnego wraz z rejestratorami wideo w pojazdach, a dostawa komputerów sterujących wraz z ekranem LCD na potrzeby geolokalizacji i przesyłania danych o położeniu do serwera centralnego - są to dwa, funkcjonalnie i technicznie rozdzielne systemy - postanowienia 3.6 SIWZ, co uniemożliwia realizację zamówienia i przygotowanie oferty odpowiadającej wymaganiom

Zamawiającego (zarzut nr 5)

- f. wobec ustanowienia wymogu, w przypadku zastąpienia obecnie używanych OBC nowymi, zapewnienia wymiany informacji o sterowaniu oraz zarządzaniu urządzeniami peryferyjnymi będącymi na wyposażeniu autobusu tj. kasownikami, systemem zapowiedzi dźwiękowych, tablicami informacyjnymi oraz innymi urządzeniami oraz wymogu prowadzenia diagnostyki urządzeń pokładowych pracujących z systemem, mimo braku przedstawienia przez Zamawiającego kompletnej listy urządzeń oraz specyfikacji technicznej i funkcjonalnej, oraz tzw. protokołów komunikacyjnych producenta - postanowienia 3.7, 4.2.5, 4.2.6, 4.2.16 i 8.4 SIWZ, co uniemożliwia określenie rozwiązania technicznego po stronie Wykonawcy i należytego przygotowania oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający określa, że oprogramowanie oraz urządzenia stanowią własność firmy PIXEL oraz firmy R&G z Mielca (zał. nr 1 do Specyfikacji technicznej SIP), które posiadają pełną wiedzę techniczną w przedmiocie specyfikacji technicznej i funkcjonalnej użytkowanych urządzeń, a w związku z tym, będą w stanie przedstawić ofertę indywidualnie spełniającą wyznaczone przez Zamawiającego warunki, z uwagi na zastosowanie wymagań, które preferują określonego wykonawcę, przez co, złożyć korzystniejszą ofertę zarówno pod względem ceny oraz terminu realizacji zamówienia, mając na uwadze ustanowione w postępowaniu kryteria oceny ofert (oferowana cena - 60%; termin realizacji - 20 %; wydłużenie okresu gwarancji i rękojmi - 20%). Powyższe nie pozwala na złożenie wszystkim wykonawcom porównywalnych ofert. W celu należytego wykonania tego zakresu zamówienia Zamawiający powinien zapewnić przekazanie tzw. otwartego protokołu komunikacyjnego, który pozwoli Wykonawcy na bezpieczną integrację z istniejącymi urządzeniami przy zapewnieniu pełnej funkcjonalności tych urządzeń (zarzut nr 6).
- g. wobec ustanowienia wymogu, aby autokomputer dostarczony przez Wykonawcę umożliwił synchronizację urządzeń innych dostawców, które nie są objęte niniejszym postępowaniem, co bez znajomości specyfikacji technicznej i funkcjonalnej oraz tzw. protokołów komunikacyjnych producenta urządzeń - postanowienia 4.2.6 SIWZ, uniemożliwia realizację zamówienia i przygotowanie oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający określa, że oprogramowanie oraz urządzenia stanowią własność firmy PIXEL oraz firmy R&G z Mielca, które posiadają pełną wiedzę techniczną w przedmiocie specyfikacji technicznej i funkcjonalnej użytkowanych urządzeń, a w związku z tym, będą w stanie przedstawić ofertę indywidualnie spełniającą wyznaczone przez Zamawiającego warunki, z uwagi na zastosowanie wymagań, które preferują określonego wykonawcę, przez co złożyć korzystniejszą ofertę zarówno pod względem

ceny oraz terminu realizacji zamówienia, mając na uwadze ustanowione w postępowaniu kryteria oceny ofert. Powyższe nie pozwala ponadto, na złożenie wszystkim wykonawcom porównywalnych ofert (oferowana cena - 60%; termin realizacji - 20 %; wydłużenie okresu gwarancji i rękojmi - 20%). W celu należytego wykonania tego zakresu zamówienia Zamawiający powinien zapewnić przekazanie tzw. otwartego protokołu komunikacyjnego, który pozwoli Wykonawcy na bezpieczną integrację z istniejącymi urządzeniami przy zapewnieniu pełnej funkcjonalności tych urządzeń (zarzut nr 7).

- h. wobec ustanowienia wymogu zastosowania rozwiązań konkretnego producenta, poprzez wskazanie na rozwiązanie firmy PIXEL stanowiące tablice czterowierszowe, przed wprowadzeniem modyfikacji do SIWZ zwane przez Zamawiającego ECO - postanowienia rozdziału 5, w tym 5.2.6 SIWZ. Zważywszy, na dokonanie przez Zamawiającego jedynie nieistotnej zmiany SIWZ w przedmiotowym zakresie, poprzez usunięcie nazwy ECO z treści SIWZ, należy zaznaczyć że cała pozostała część opisu wskazująca na rozwiązanie konkretnego producenta, w tym istotne parametry charakteryzujące tablice pozostały bez zmian. Powyższe powoduje, że opis przedmiotu zamówienia dotyczy urządzeń konkretnego producenta, który będzie w stanie przedstawić ofertę indywidualnie spełniającą wyznaczone, przez Zamawiającego warunki, z uwagi na zastosowanie wymagań, które preferują określonego wykonawcę, firmę PIXEL, przez co złożyć korzystniejszą ofertę pod względem terminu realizacji zamówienia, mając na uwadze ustanowione w postępowaniu kryteria oceny ofert (termin realizacji - 20 %). Postanowienia SIWZ w tym zakresie nie pozwalają ponadto na złożenie wszystkim wykonawcom porównywalnych ofert (zarzut nr 8).
- i. wobec ustanowienia wymogu „automatycznego wykrywania i raportowania (w postaci komunikatów, maili) długotrwałych absencji urządzeń peryferyjnych w autobusach i tablic informacyjnych” oraz wymogu „tworzenia opisów do tablic informacyjnych autobusów i ich wysyłania” – postanowienia 8.7.8, 8.9.1 i 8.9.2, co bez znajomości specyfikacji technicznej i funkcjonalnej urządzeń oraz tzw. protokołów komunikacyjnych producenta urządzeń, uniemożliwia realizację zamówienia i przygotowanie oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego, mając na uwadze ustanowione w postępowaniu kryteria oceny ofert (oferowana cena – 60 %; termin realizacji – 20%; wydłużenie okresu gwarancji i rękojmi – 20%). Urządzenia peryferyjne nie są objęte przedmiotowym zamówieniem. Zamawiający nie dostarczył danych niezbędnych do oceny spełnienia i wykonalności przedmiotowych wymagań poprzez brak specyfikacji technicznej i funkcjonalnej urządzeń oraz nie dostarczenie protokołów wymiany danych z tymi urządzeniami, dzięki którym system Wykonawcy będzie mógł należycie odczytywać

dane wymagane przez Zamawiającego. Dokonanie przez Wykonawcę wizji urządzeń jest niewystarczające do pozyskania niezbędnych danych i wykonania prac. Z kolei firma PIXEL jako dostawca większości urządzeń pokładowych oraz oprogramowania, posiadająca niezbędną wiedzę techniczną w tym zakresie, będzie w stanie przedstawić ofertę indywidualnie spełniającą warunki, z uwagi na zastosowanie wymagań, które preferują określonego wykonawcę firmę PIXEL, przez co złożyć korzystniejszą ofertę zarówno pod względem ceny oraz terminu realizacji zamówienia, mając na uwadze ustanowione w postępowaniu kryteria oceny ofert. Podobnie jak firma RG z Mielca, w związku z tym, że w załączniku nr 1 do SIWZ określono możliwość wykorzystania urządzeń RG 3xxxx, co do których nie udostępniono żadnych danych, niezbędnych do realizacji zamówienia. Powyższe nie pozwala ponadto na złożenie wszystkim wykonawcom porównywalnych ofert. W celu należytego wykonania tego zakresu zamówienia Zamawiający powinien zapewnić przekazanie tzw. otwartego protokołu komunikacyjnego, który pozwoli Wykonawcy na bezpieczną integrację z istniejącymi urządzeniami przy zapewnieniu pełnej funkcjonalności tych urządzeń (zarzut nr 9).

- j. wobec ustanowienia wymogu zgodnie z którym „gwarancja będzie obejmowała również posiadane przez Zamawiającego urządzenia, które Wykonawca podda modyfikacji”, oraz „działania gwarancyjne i serwisowe w okresie gwarancji wykonywane są środkami i na koszt Wykonawcy, łącznie z kosztami transportu, dojazdu, delegacji, części i usług¹” - postanowienia 12.1.2 SIWZ i 12.2.13 SIWZ, co uniemożliwia przygotowanie należytej wyceny oferty, wobec braku danych dotyczących specyfikacji technicznej urządzeń oraz możliwości ich integracji, w tym informacji w przedmiocie ilości awarii urządzeń w ciągu ostatnich trzech lat, przyczyn ich powstania, wykonanych napraw. Powyższe przenosi ryzyko na Wykonawcę za zakres, za który ten nie ponosi odpowiedzialności, przez co nakłada na wykonawców obowiązek spełnienia świadczenia, które jest niemożliwe do spełnienia (odpowiedzialność za urządzenie, bez ograniczenia do zakresu poddanego modyfikacji polegającej na wykonaniu integracji z oprogramowaniem i urządzeniami będącymi w posiadaniu Zamawiającego). Przedmiotowe urządzenia nie stanowią przedmiotu zamówienia, a zostały dostarczone w ramach innych zadań i przez innych producentów (firma PIXEL i R&G z Mielca). Brak danych dotyczących specyfikacji technicznej urządzeń oraz możliwości ich integracji, uniemożliwia przeprowadzenie czynności gwarancyjnych. Dodatkowo brak informacji niezbędnych do oszacowania kosztów gwarancji (ilości awarii urządzeń w ciągu ostatnich trzech lat, ich przyczyn, wykonanych napraw, wymienionych komponentów, ich cen itp.), powoduje, że jedynie producent urządzeń firma PIXEL i R&G jest w stanie określić koszty serwisu gwarancyjnego urządzeń. Tym samym opis przedmiotu zamówienia nie pozwala na

złożenie wszystkim wykonawcom porównywalnych ofert, wobec określonych przez Zamawiającego, kryteriów oceny ofert - oferowana cena - 60%; i wydłużenie okresu gwarancji i rękojmi - 20% (zarzut nr 10).

- k. wobec ustanowienia wymogu zgodnie z którym „ w ramach niniejszego zamówienia Wykonawca wyposaży 24 autobusy Operatora, wymienione w załączniku nr 1 do SIWZ, w kompleksowy system pokładowy. W związku z dotychczasową eksploatacją przez Operatora w pojazdach części urządzeń systemu informacji pasażerskiej, zalecane jest ich wykorzystanie i zintegrowanie z zamawianym Systemem. W przypadku nie możliwości ich zintegrowania wymagane jest zainstalowanie odrębnego systemu do obsługi ZSDIP" - postanowienia 13.2 SIWZ, co bez znajomości specyfikacji technicznej i funkcjonalnej urządzeń oraz tzw. protokołów komunikacyjnych producenta urządzeń firmy R&G z Mielca, uniemożliwia realizację zamówienia i przygotowanie oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego. Ponadto nie pozwala na złożenie wszystkim wykonawcom porównywalnych ofert z uwagi na odwołanie się do urządzeń konkretnego producenta. W celu należytego wykonania tego zakresu zamówienia Zamawiający powinien zapewnić przekazanie tzw. otwartego protokołu komunikacyjnego, który pozwoli Wykonawcy na bezpieczną integrację z istniejącymi urządzeniami przy zapewnieniu pełnej funkcjonalności tych urządzeń. Dokonanie przez Wykonawcę wizji urządzeń znajdujących się obecnie w pojeździe jest niewystarczające do pozyskania niezbędnych danych i wykonania prac (zarzut nr 11).
- l. wobec postanowienia zgodnie z którym „Zamawiający w ramach postępowania przetargowego zakupił 7 szt. nowych autobusów marki Solaris URBINO 12, które będą wyposażone w elementy system informacji pasażerskiej firmy PIXEL: autokomputery, tablice informacyjne, głosowe zapowiedzi przystanków, monitory LCD do prezentowania trasy przejazdu, system monitoringu współpracujący z autokomputerami w postaci nakładki informacyjnej o linii, kierunku, przystanku. Przewidywany termin dostawy tych autobusów - maj 2017 r.", oraz „Operator zakupił w 2016 r. 4 szt. nowych autobusów marki Solaris (3 szt. URBINO 12 N oraz 1 szt. URBINO 9), które wyposażone są w elementy systemu informacji pasażerskiej firmy PIXEL: autokomputery, tablice informacyjne, głosowe zapowiedzi przystanków, monitory LCD do prezentowania trasy przejazdu, system monitoringu współpracujący z autokomputerami w postaci nakładki informacyjnej o linii, kierunku, przystanku - postanowienia 13.3 SIWZ, 13.4 SIWZ i 13.5 SIWZ, co bez znajomości specyfikacji technicznej i funkcjonalnej urządzeń oraz tzw. protokołów komunikacyjnych producenta urządzeń firmy PIXEL, uniemożliwia realizację zamówienia i przygotowanie oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego, a ponadto nie

pozwala na złożenie wszystkim Wykonawcom porównywalnych ofert z uwagi na odwołanie się do urządzeń konkretnego producenta. Firma PIXEL posiada możliwość wykorzystania swoich urządzeń bez ponoszenia dodatkowych kosztów, oraz natychmiastowej realizacji zamówienia, co istotnie wpływa na termin wykonania zadania, w odróżnieniu do pozostałych Wykonawców, którzy w razie złożenia ofert zobowiązani zostali do pozyskania zgody oraz warunków pozwalających na integrację z oprogramowaniem i urządzeniami firmy PIXEL. W celu należytego wykonania tego zakresu zamówienia Zamawiający powinien zapewnić przekazanie tzw. otwartego protokołu komunikacyjnego, który pozwoli Wykonawcy na bezpieczną integrację z istniejącymi urządzeniami przy zapewnieniu pełnej funkcjonalności tych urządzeń. Dokonanie przez Wykonawcę wizji urządzeń znajdujących się obecnie w pojeździe jest niewystarczające do pozyskania niezbędnych danych i wykonania prac (zarzut nr 12).

- m. wobec ustanowienia wymogu zgodnie z którym „wykonawca przedstawi i załączy do oferty zgodę producenta pojazdów objętych gwarancją, wymienionych w załączniku nr 1 do SIWZ, kolumna „Okres gwarancji (do)”, na możliwości dokonania niezbędnych prac instalacyjnych bez utraty gwarancji przez Operatora - postanowienia 13.6 SIWZ, co jest niemożliwe do objęcia normalnym ryzykiem kontraktowym, a tym samym ryzyko to jest niemożliwe do oszacowania, co w konsekwencji utrudnia należyte przygotowanie i złożenie oferty. Nałożony na wykonawców obowiązek uzyskania zgody może okazać się niemożliwy do spełnienia, co uniemożliwia realizację zamówienia i przygotowanie oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego. Firma PIXEL w 11 pojazdach z 35 posiada możliwość wykorzystania swoich urządzeń bez ponoszenia dodatkowych kosztów, będąc bezpośrednim dostawcą przedmiotowych urządzeń w ramach innego zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego (pod nazwą dostawa autobusów niskopodłogowych dla potrzeb Miejskiego Zakładu Komunikacyjnego w Żywcu Sp. z o.o.), oraz natychmiastowej realizacji zamówienia, w odróżnieniu do pozostałych wykonawców, którzy w razie złożenia ofert zobowiązani zostali do pozyskania zgody na wykonanie prac instalacyjnych. Powyższe ponadto istotnie wpływa na termin realizacji zadania, który stanowi dodatkowe kryterium oceny ofert (zarzut nr 13).
- n. wobec ustanowienia wymogu zgodnie z którym „ wykonawca obowiązany jest do uzyskania zgody producenta autobusu objętego gwarancją na zamontowanie urządzeń Systemu bez utraty gwarancji. Wykonawca winien wystąpić o uzyskanie takiej zgody, przygotowanie warunków zabudowy oraz montażu lub nadzoru nad montażem w formie pisemnej. Zamawiający może wesprzeć Wykonawcę w

kontaktach z Solaris, lecz nie będzie odpowiedzialny za wynik uzgodnień na linii Wykonawca-Solaris, ponieważ odpowiedzialność za przygotowanie specyfikacji zakresu spodziewanych prac leży wyłącznie po stronie Wykonawcy. Instalacje w pojazdach objętych gwarancją należy wykonać siłami Solaris, autoryzowanego serwisu lub pod nadzorem Solaris* - postanowienia 13.1 SIWZ, co jest niemożliwe do objęcia normalnym ryzykiem kontraktowym, a tym samym ryzyko to jest niemożliwe do oszacowania, co w konsekwencji utrudnia należyte przygotowanie i złożenie oferty. Nałożony na wykonawców obowiązek uzyskania zgody może okazać się niemożliwy do spełnienia, co uniemożliwia realizację zamówienia i przygotowanie oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego. Firma PIXEL w 11 pojazdach z 35 posiada możliwość wykorzystania swoich urządzeń bez ponoszenia dodatkowych kosztów, będąc bezpośrednim dostawcą przedmiotowych urządzeń w ramach innego zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego (pod nazwą dostawa autobusów niskopodłogowych dla potrzeb Miejskiego Zakładu Komunikacyjnego w Żywcu Sp. z o.o.), oraz natychmiastowej realizacji zamówienia, w odróżnieniu do pozostałych wykonawców, którzy w razie złożenia ofert zobowiązani zostali do pozyskania zgody na wykonanie prac instalacyjnych. Powyższe ponadto istotnie wpływa na termin realizacji zadania, który stanowi dodatkowe kryterium oceny ofert (zarzut nr 14).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który będzie jednoznaczny i wyczerpujący i nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji i umożliwił będzie złożenie oferty, w szczególności przez:

- a. zapewnienie przekazania wykonawcom najpóźniej na etapie składania ofert tzw. otwartego protokołu komunikacyjnego i/lub otwartego interfejsu wymiany danych, który pozwoli na bezpieczną integrację z istniejącymi urządzeniami przy zapewnieniu pełnej funkcjonalności tych urządzeń, w tym zapewnienie przekazania wykonawcom zgody producenta i dostawcy obecnego oprogramowania na jego wykorzystanie;
- b. uzależnienie kryteriów oceny ofert w zakresie terminu realizacji zadania od zapewnienia przekazania tzw. otwartego protokołu komunikacyjnego i/lub otwartego interfejsu wymiany danych, w tym zgody producenta i dostawcy obecnego oprogramowania na jego wykorzystanie;
- c. określenie przez Zamawiającego parametrów transmisji danych odnośnie wymogu określonego w ust. 3.6 SIWZ oraz przedstawienia kompletnej listy urządzeń oraz specyfikacji technicznej i funkcjonalnej urządzeń, która nie została przekazana;
- d. odstąpienie od wymogu określonego w ust. 12.1.2. SIWZ dotyczącego przejęcia gwarancji za urządzenia i oprogramowanie, które nie będą dostarczane przez

Wykonawcę, a zostały zakupione przez Zamawiającego poza zakresem przedmiotowego zamówienia oraz określonego w ust. 13.1 i 13.6 SIWZ wymogu uzyskania zgody producenta pojazdów, albo zapewnienia przez Zamawiającego przekazania wykonawcom zgody producenta pojazdów na zamontowanie urządzeń i niezbędne prace instalacyjne bez utraty gwarancji;

- e. odstąpienie od wymogu dopuszczenia zastosowania wyłącznie tablic mozaikowych z podświetleniem LED wyposażonych w odnawialne źródła energii, zwanych dalej tablicami ECO, stanowiących rozwiązanie konkretnego producenta.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż 8 tablic informacji pasażerskiej, dostawa i montaż autokomputerów i urządzeń do 35 autobusów wraz z wykonaniem prac związanych z implementacją i konfiguracją systemu w opisanej funkcjonalności i do realizacji funkcji systemu, zgodnie ze szczegółowymi wymaganiami technicznymi i funkcjonalnymi systemu określonymi w załączniku nr 6 do siwz.

Na skutek uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu wniesionym 2 stycznia 2017 r. (pismo z 30.12.2016 r.) Zamawiający dokonał modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia i zgodnie ze zmienionymi ustępami 2.2 – 2.4 siwz wprowadził wymóg dostarczenia przez wykonawców standardowego protokołu komunikacyjnego, który zostanie zaakceptowany przez Zamawiającego mimo, że to udostępnienie przez Zamawiającego protokołów komunikacyjnych najpóźniej przed terminem składania ofert umożliwia wykonawcy realizację zamówienia. Dopiero na ich podstawie możliwe będzie przeprowadzenie procesu integracji z urządzeniami funkcjonującymi Zamawiającego, tj. implementacji w oferowanym rozwiązaniu. W ocenie Odwołującego modyfikacja siwz nie doprowadziła do zmiany, jaka miała polegać na uzupełnieniu opisu przedmiotu zamówienia o protokoły komunikacyjnych i/lub interfejsów wymiany danych producentów Pixel i R&G, koniecznych do przeprowadzenia procesu integracji. Ponadto, Zamawiający nie przedstawił specyfikacji technicznej i funkcjonalnej urządzeń zainstalowanych i funkcjonujących firm Pixel i R&G, z którymi integracja jest konieczna. Urządzenia i oprogramowania tych firm nie stanowią rozwiązań otwartych i można je wykorzystać tylko za zgodą producentów. Bez opisu i struktury kompletnej ramki danych, bitów synchronizacji, sumy kontrolnej, taktowania, pola danych wraz z opisami odpowiedzialnych za nawiązanie połączenia, potwierdzenia otrzymania danych, ich formacie, itp. przeprowadzenie integracji z systemem funkcjonującym u Zamawiającego nie jest możliwe. Wobec postawionego wymogu bezprzewodowego przesyłania danych z systemu monitoringu w pojeździe do serwera zajezdniowego, nie zostały również podane żadne parametry transmisji danych, jak również brak jest kompletnej listy urządzeń oraz specyfikacji technicznych i funkcjonalnej urządzeń pokładowych Pixel oraz R&G. Co więcej, brak informacji i danych technicznych wpływa również na termin

wykonania zadania, albowiem producenci posiadają wiedzę co do oprogramowania i urządzeń i będą w stanie wykorzystać oprogramowanie i urządzenia, tym samym przedstawić oferty indywidualnie spełniające wymagania Zamawiającego, przez co złożyć korzystniejszą ofertę pod względem ceny i terminu realizacji, stanowiące kryteria oceny ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż opis tablic informacji pasażerskiej stanowi opis urządzenia Pixel, a samo usunięcie z opisu nazwy ECO przy pozostawieniu pozostałych parametrów nie stanowi zmiany siwz. Na wykonawców nałożono również ciężar uzyskania zgody producenta pojazdów objętych gwarancją (Solaris), wymienionych w załączniku nr 1 do siwz na dokonanie niezbędnych prac instalacyjnych, chociaż wykonawca nie ma żadnych skutecznych środków pozwalających na kierowanie roszczeń w stosunku do tych podmiotów, jak również nie ma gwarancji, że taka zgoda zostanie udzielona. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy mieli możliwość jego należytej realizacji oraz mogli przygotować ofertę w zakresie wszystkich kryteriów jej oceny na równych warunkach.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Pixel Sp. z o.o. z siedzibą w Osielsku (zwany dalej Pixel). W piśmie procesowym złożonym do akt sprawy z dnia 24.02.2017 r. wskazywał na bezpodstawność zarzutów stawianych Zamawiającemu.

Zamawiający złożył odwieź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 23.02.2017 r.).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w dniu 24 lutego 2017 r., w której wzięli udziału pełnomocnicy Stron oraz Przystępującego po stronie Zamawiającego. Izba dopuściła do udziału w sprawie w charakterze uczestnika Wykonawcę Pixel, oddalając opozycję Odwołującego zgłoszoną ustnie do protokołu na etapie posiedzenia poprzedzającego skierowanie sprawy na rozprawę. Izba przyjęła jako dopuszczalne i skuteczne zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego przez wykonawcę, który może być zainteresowany udziałem w postępowaniu odwoławczym zmierzającym do ukształtowania wiążących wszystkich potencjalnych wykonawców postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). W ocenie Izby, na tym etapie postępowania nie można pozbawiać innych

podmiotów prawa do wzięcia udziału w postępowaniu inicjowanym odwołaniem jednego z uczestników obrotu gospodarczego, którego efektem może być ukształtowanie odmiennych warunków, niż ustalone przez Zamawiającego będącego z założenia podmiotem, na którym spoczywa obowiązek równego traktowania wykonawców i zapewnienia warunków uczciwej konkurencji, przy uwzględnieniu obiektywnie uzasadnionych potrzeb związanych z przedmiotem zamówienia. Już z samego faktu możliwości przyszłego złożenia oferty w konkretnym postępowaniu można wywodzić wniosek, iż przystępujący wykonawca może być zainteresowany uzyskaniem rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, tj. utrzymania obecnych zapisów siwz bez zmiany o jaką wnosi odwołujący. Ponieważ żaden z wykonawców jeszcze nie składał ofert, nie można obecnie ustalić w jaki sposób kwestionowane postanowienia siwz wpłynęłyby na ich treść jak i sam wynik postępowania. Stąd oceniając interes przystępującego po stronie zamawiającego w uzyskaniu rozstrzygnięcia nie jest właściwym przyjmowanie jako jedynej decydującej dla tej oceny okoliczności ustalenie, czy może on złożyć ofertę również przy zmienionych zapisach siwz. Równie przekonującym jest samo stwierdzenie, że obecne zapisy siwz, jako korzystne dla tego wykonawcy uzasadniają jego wysiłki i kroki w tym, aby wspomóc Zamawiającego na rozprawie. Izba nie może na tym etapie zakładać, że zapisy siwz naruszają przepisy wskazane w odwołaniu, gdyż będzie to dopiero przedmiotem analizy po zamknięciu rozprawy i zapoznaniu się z całością zgłoszonego materiału dowodowego. Stąd za nieuprawnione należało ocenić twierdzenie Odwołującego o rzekomym legitymizowaniu nieuprawnionego działania Zamawiającego przez sam fakt dopuszczenia do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego. Gdyby przyjąć argumentację Odwołującego, należałoby w każdym przypadku uznawać, iż przystąpienie po stronie Zamawiającego przez innego wykonawcę, którego zarzuty bezpośrednio dotyczą (np. wybranego), stanowić miałyby legitymizowanie nieprawidłowej zdaniem Odwołującego czynności, np. wyboru oferty najkorzystniejszej. Stąd na etapie oceny skuteczności opozycji Izba nie może zakładać, jako jedynej prawidłowej hipotezy wskazanej przez Odwołującego, iż objęte zarzutem zapisy siwz faworyzują wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, jako okoliczności mającej wykazywać na brak legitymacji do ochrony interesu tego wykonawcy. Równie prawdopodobnym może być bowiem dążenie Odwołującego do ukształtowania korzystnych dla niego warunków, w tym złagodzenia pewnych wymagań, których nie może obecnie spełnić. Fakt, że do postępowania przystąpił po stronie Zamawiającego inny potencjalny podmiot chcący złożyć ofertę może również świadczyć o tym, że zarzuty skierowane przeciwko postanowieniom siwz mają na celu doprowadzenie do istotnej zmiany warunków w postępowaniu na mniej korzystne dla przystępującego od obecnych. W związku z powyższym Izba dopuściła do udziału w

postępowaniu wykonawcę Pixel, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ niniejszym odwołaniem objęto czynność opisu przedmiotu zamówienia, który może utrudniać danemu wykonawcy przygotowanie konkurencyjnej oferty należało uznać, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, jako podmiot zainteresowany złożeniem oferty w tym postępowaniu. Jak podnosił, zmiana zapisów siwz ma stworzyć w jego przekonaniu równe warunki dla wszystkich wykonawców, do tego aby złożyć ofertę zgodną z siwz i mającą szansę na wysoką punktację w kryteriach oceny ofert. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w treści siwz po modyfikacji z dnia 3.02.2017 r., stanowisk prezentowanych w pismach procesowych i ustnie na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy, art. 7 ust. 1 Ustawy oraz art. 387 § 1 k.c., opisane w kolejnych podpunktach odwołania można sprowadzić do zasadniczej kwestii braku przekazania przez Zamawiającego opisu protokołów komunikacyjnych oraz specyfikacji technicznych i funkcjonalnych urządzeń już zamontowanych w autobusach, w których mają być montowane elementy systemu komunikacji pasażerskiej, tj. autokomputery (zarzuty nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11 i 12). Pozostałe zarzuty dotyczą opisu tablic informacyjnych (zarzut nr 8) oraz wymagania zgody producenta autobusów Solaris (zarzut nr 13 i 14) i obowiązku objęcia gwarancją urządzeń już zamontowanych, które nie są objęte zakresem dostawy (zarzut nr 10).

Punktem wyjścia do rozważań jest wskazanie na zakres zmiany wprowadzonej w opisie przedmiotu zamówienia w dniu 3 lutego 2017 r., co nastąpiło w wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego całości zarzutów obecnego Odwołującego w odwołaniu z 30 grudnia 2016 r. (wniesione 2 stycznia 2017 r.). Jak sam Zamawiający wskazał w piśmie procesowym, zmiana jaką dokonał nie odpowiadała stricte oczekiwaniom Odwołującego wskazanym w pierwszym odwołaniu. Zamawiający dokonując powtórnie czynności opisu przedmiotu zamówienia kierował się swoim interesem i celem postępowania oraz interesem wszystkich potencjalnych oferentów. Jego działania nie były natomiast ukierunkowane na indywidualne oczekiwania i cele Odwołującego.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa wraz z instalacją i wdrożeniem oraz serwisem eksploatacyjnym urządzeń i oprogramowania do zintegrowanego systemu dynamicznej informacji pasażerskiej (ZSDIP). Dostawa obejmuje 8 sztuk tablic informacji pasażerskiej i ich montaż w miejscach wskazanych przez Zamawiającego oraz dostawę wraz z montażem autokomputerów do 35 autobusów opisanych w załączniku nr 1 do siwz. Ponadto, w ramach prac związanych z implementacją i konfiguracją systemu wykonawca wyposażyć ma pomieszczenia serwerowni, stworzyć stanowisko komputerowe do obsługi centrum obsługi (CO) oraz aktualizacji rozkładów jazdy wraz z osprzętem, wykonania napowietrznej telekomunikacyjnej linii światłowodowej, dostawy i montażu monitora do systemu alarmowego i 1 monitora LCD, a także dostawy oprogramowania wraz z licencjami do realizacji funkcji systemu, a także dostawy i montażu innych niezbędnych elementów do poprawnego działania systemu.

Zamawiający modyfikacją z dnia 03.02.2017 r. nadał zapisom siwz brzmienie pozwalające na wybór sposobu wykonania zamówienia, tj. przez wykorzystanie infrastruktury zamontowanej w autobusach (autokomputery) lub dostarczenie nowej infrastruktury. Zamawiający w pkt 2.6 siwz wskazał, iż *Zalecane jest aby dostarczony System współpracował ze wszystkimi wymienionymi urządzeniami bez pogorszenia ich funkcjonalności, zapewniał zbieranie i przetwarzanie dostarczanych przez nie danych. W przypadku braku możliwości podłączenia istniejących urządzeń do systemu zarządzania komunikacją miejską Wykonawca musi uwzględnić w ofercie dostawę, wraz z montażem na własny koszt, nowych urządzeń do obsługi ZSDIP o parametrach zgodnych z rozdziałem 3 i 4 niniejszej specyfikacji.* Powyższe zapis pozwalać ma na wybór sposobu realizacji zamówienia, tj. albo przez podłączenie się do istniejącej infrastruktury w autobusie poprzez wymianę obecnie używanych autokomputerów, co wiązać się będzie z obsługą pozostałych, działających już elementów, albo dostawę nowych elementów infrastruktury (tu: autokomputery) w celu zapewnienia obsługi wyłącznie systemu informacji pasażerskiej, pozostawiając pozostałe elementy w takim stanie funkcjonalnym jaki jest (odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, str. 3). Nowe elementy infrastruktury, dostarczane przez wykonawcę, winny obsługiwać tzw. otwarte standardy wymiany danych. Zamawiający w załączniku nr 6 do siwz pkt 13 opisał autobusy i ich zróżnicowane wyposażenie, z których część posiada autokomputery dostarczone przez Pixel w ramach odrębnych zamówień. W przypadku wymiany urządzeń istniejących lub wprowadzenia w nich zmian, wykonawca zobowiązany jest objąć je gwarancją. W przypadku dostarczenia odrębnej instalacji na potrzeby systemu SDIP nie jest wymagane obejmowanie zastanej infrastruktury gwarancją (odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, str. 3). Opis tablic uległ modyfikacji nie tylko przez usunięcie określenia „ECO”, identyfikującego produkt Pixel, ale także zmiany wymaganej

ilości wierszy, z tablic czterowierszowych na pięciowierszowe opisane w rozdziale 5 specyfikacji technicznej. Zamawiający wyjaśnił, iż ze względu na warunki zasilania w miejscach przyszłej instalacji tablic, wymaga dostarczenia tablic w technologii mozaikowej, elektromagnetycznej, cechujących się niskim poborem mocy w stosunku do ich użyteczności. Tablice te muszą być zasilane z akumulatorów ładowanych z odnawialnych źródeł energii – panele fotowoltaiczne oraz/lub turbina wiatrowa. Zmiana technologii tablic miałyby mieć negatywny wpływ na użyteczność tablic w zakresie jasności oraz potencjalnej wielkości źródeł zasilania, tj. wielkości paneli fotowoltaicznych w stosunku do wielkości tablic (odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, str. 4). Kwestia zasilania tablic ze źródeł odnawialnych stanowi konieczny do rozliczenia dotacji unijnej wymóg, wynikający z wniosku o dofinansowanie. Zamawiający otrzymał 3 dodatkowe punkty za wniosek z uwagi na zadeklarowanie wykorzystania zielonych rozwiązań technologicznych. Wybór technologii wykonania tablic poprzedzały analizy i spotkania między innymi z Odwołującym, na którym wykonawca ten prezentował tablice diodowe, która przy zasilaniu panelem słonecznym wymagałaby odpowiednio większego poboru energii niż tablice mozaikowe, elektromagnetyczne. Wykonawca miał wskazać na wielkość panelu 10 m² dla uzyskania jasności diody 1000cd/m². Jasność 5000 cd/m² występująca w tablicach montowanych na przystankach, nie zawsze pozwala odczytać wyświetlane informacje w warunkach naświetlenia światłem słonecznym. Przystępujący podnosił, iż przy jasności 1000 cd/m² nawet w pochmurne dni sprawowałyby kłopoty z odczytaniem wyświetlanych informacji.

Odwołujący wskazywał, iż wystąpił do Wykonawcy Pixel o nieodpłatne udostępnienie opisu protokołów komunikacyjnych i/lub interfejsów wymiany danych do autokomputerów i urządzeń pokładowych dostarczonych do autobusów eksploatowanych przez miasto Żywiec, co nie spotkało się z pozytywną odpowiedzią, z uwagi na brak gotowości po stronie Odwołującego poniesieni kosztów uzyskania tych informacji, które mogą być sprzedane z zyskiem. Odwołujący w mailu z 11.02.2017 r. wystąpił do Pixel o *umożliwienie nieodpłatnego wykorzystania przedmiotowego oprogramowania i urządzeń pojazdowych celem należytego wykonania przedmiotowego zadania*. Korespondencja mailowa złożona do akt sprawy przez Odwołującego wskazuje jednocześnie na gotowość dalszych negocjacji i gotowości odsprzedaży Odwołującemu przez Pixel potrzebnych mu danych.

Produkt Pixel.ECO.SIP został nagrodzony w 2014 r. Medalem Targów Kieleckich jako produkt innowacyjny, wykorzystujący znaną technologię elektromagnetyczną w tablicach informacyjnych i połączenie jej z odnawialnymi źródłami zasilania, co pozwala na ich montowanie nawet w tych lokalizacjach, w których brak jest przyłącza prądu stałego. Przy tablicach wykonanych w technologii elektromagnetycznej treść wyświetlana nie wymaga stałego zasilania, co jest natomiast konieczne w tablicach diodowych. Odwołujący na

rozprawie przyznał, iż może zaoferować produkt w tej technologii, co wymagałoby dodatkowe nakładu czasu związanego z jej przygotowaniem.

Jeszcze przed modyfikacją siwz Zamawiający w pkt 13.1. siwz wymagał uzyskania zgody producenta autobusów Solaris, objętych gwarancją na zamontowanie urządzeń Systemu bez utraty gwarancji (dot. 13 autobusów). Po modyfikacji z 3.02.2017 r. zgoda ta wymagana jest już na etapie złożenia oferty (pkt. 13.6 siwz). Zamawiający zadeklarował gotowość wsparcia wykonawcy w kontaktach z Solaris, lecz nie bierze odpowiedzialności za wynik uzgodnień *ponieważ odpowiedzialność za przygotowanie specyfikacji zakresu spodziewanych prac leży wyłącznie po stronie Wykonawcy*. Przystępujący okazał korespondencję z Solaris, który na jego wniosek o wyrażenie stosownej zgody przekazał do wypełnienia formularz ze szczegółowymi pytaniami dotyczącymi zakresu instalacji, rodzaju instalowanych urządzeń, rodzaju instalowanego oprogramowania. Przystępujący udzielił odpowiedzi i oczekuje na decyzję Solaris w zakresie wyrażenia zgody na dokonania wnioskowanych prac instalacyjnych bez utraty gwarancji przez Operatora.

Zamawiający przedstawił korespondencję, jaką prowadził z Solaris, stanowiącą element dokumentacji postępowania przetargowego, w której producent autobusu (o wartości ok. 1 mln zł), wskazał na koszty uzyskania zgody, ale także inne okoliczności, w tym fakt, że to wykonawca posiada niezbędną wiedzę techniczną o urządzeniu, do tego aby producent autobusu mógł ocenić i wyrazić zgodę na ich montaż w pojeździe – dwa pisma z 16.01.2017 r. Producent autobusów Solaris zastrzegł konieczność jego udziału w zabudowie systemu na pojazdach, wskazując stawkę RBG – 173,00 PLN brutto/godz. plus koszty dojazdu i delegacji pracownika. Ponadto do kosztów zabudowy należy również doliczyć koszt przygotowania dokumentacji warunków zabudowy w kwocie 2328,00 PLN (koszt samej opinii dotyczącej warunków zabudowy wynosi 1378,00 PLN). Zamawiający na wniosek Odwołującego z 13.02.2017 r. przekazał pismem z dnia 14.02.2017r. informacje dotyczące adresów do kontaktów m.in. z Solaris. Odwołujący w dniu 11 lutego 2017 r. wystąpił do Solaris z pytaniem o wyrażenie zgody na montaż urządzeń w autobusach na adres : office@solarisbus.com i do dnia rozprawy nie otrzymał informacji zwrotnej. Po otrzymaniu na wniosek z dnia 13 lutego 2017 r. od Zamawiającego informacji z 14 lutego 2017 r. o prawidłowym kontakcie i osobie z którą należy się porozumieć, Odwołujący nie wystąpił ponownie ze stosownym zapytaniem na wskazany adres mailowy: rafal.zajal@solarisbus.com.

Odwołujący przedłożył na rozprawie dodatkowe dowody w postaci:

- ➔ opinii technicznej dr inż. A. C. ze stycznia 2017 r. wraz załącznikami, tj. specyfikacją techniczną systemu informacji pasażerskiej (załącznik nr 6 do siwz) oraz informacją handlową o produkcie ECO firmy Pixel;

- ➔ stanowisko pisemne – oświadczenie dotyczące siwz podmiotu trzeciego, tj. Zarządu Dróg Transportu Miejskiego w Szczecinie z dnia 23.02.2017 r. dotyczące opisu przedmiotu zamówienia wraz ze wzorem umowy tego zamawiającego w postępowaniu na system telematyczny – etap II z 29 lipca 2011 r;
- ➔ wyciąg ze specyfikacji MZK Jastrzębie Zdrój;
- ➔ korespondencję mailową Odwołującego z podmiotem Pixel, w sprawie uzyskania informacji technicznych;
- ➔ odpowiedź Zamawiającego z dnia 14.02.2017 r. na prośbę Odwołującego z 13.02.2017 r. o podanie danych kontaktowych z podmiotami, od których wymagana jest zgoda;
- ➔ wydruk z artykułu T. D. poświęcony systemowi Pixel.Eco.SIP – opisany jako innowacyjny system informacji przystankowej.

Przed zamknięciem rozprawy Przystępujący Pixel w formie elektronicznej przesłał na adres korespondencyjny Izby korespondencję mailową z Solaris w sprawie uzyskania zgody na montaż urządzeń w ich pojazdach i warunkach na jakich zgoda może być uzyskana.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega oddaleniu w całości.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż oceniając czynności Zamawiającego polegającą na opisie przedmiotu zamówienia Izba związana była treścią siwz po jej modyfikacji z dnia 3.02.2017 r., w której zakres dokonanych zmian, jaki i ich skutek był brany pod uwagę przy ocenie zasadności stawianych zarzutów. Izba włączyła w poczet materiału dowodowego treść siwz, a także dokumenty omawiane w trakcie rozprawy stanowiące element dokumentacji Zamawiającego (korespondencja Zamawiającego z Solaris), a także przedłożoną przez Odwołującego korespondencję mailową z wykonawcą Pixel. Izba pominęła jako nie mające znaczenia dla sprawy stanowiska innych zamawiających, których opinie nie mogły dyskredytować wyjaśnień Zamawiającego wynikających z analizy potrzeb i możliwości infrastrukturalnych. Również opinia techniczna opracowana na zlecenie Odwołującego nie mogła być dowodem w sprawie, chociażby z tej przyczyny iż nie odnosiła się do pełnej specyfikacji zamówienia (ilości wierszy), a wnioski jakie z niej wynikają nie były sporne pomiędzy stronami, dla których oczywistym było, iż rozwiązanie Pixel może spełniać wymagania Zamawiającego. Pozostałe materiały miały charakter poglądowy.

Na wstępie należy zatem wskazać, iż po modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia nie jest koniecznym wykorzystanie infrastruktury zamontowanej na pojazdach (autokomputerów), z czym wiązałaby się potrzeba zapewnienia integracji dostarczonych elementów systemu z urządzeniami innych producentów, w tym m.in. Pixel Sp. z o.o. Wykonawcy mogą bowiem

dostarczyć niezależne autokomputery dedykowane do obsługi zamawianego systemu informacji pasażerskiej, w tym dostarczanych tablic informacyjnych, bez konieczności integracji z urządzeniami, co do których wykonawca nie posiada dostatecznej wiedzy technicznej umożliwiającej przeprowadzenie integracji. Ponadto, w siwz nie było wprost stwierdzone, aby stan urządzeń już zainstalowanych pozwalał na ich wykorzystanie na potrzeby obecnego zamówienia, stąd to po stronie wykonawców leżało podjęcie decyzji co do sposobu w jaki zamierzają wykonać zamówienie. Zamawiający na rozprawie wskazywał, w ślad za zapisami siwz, w tym pkt. 2.6 specyfikacji technicznej, iż nie jest koniecznym do wykonania zamówienia wykorzystanie infrastruktury już zabudowanej na pojazdach. Wobec powyższego brak opisu protokołów komunikacyjnych oraz specyfikacji technicznej znajdujących się w pojazdach urządzeń wymienionych w załączniku nr 6 do siwz – specyfikacja techniczna systemu informacji pasażerskiej, nie stanowiło przeszkody do tego aby złożyć ofertę na niezależny system dedykowany do obsługi informacji pasażerskiej, spełniającej funkcjonalności oczekiwane przez Zamawiającego. Odwołujący w ogóle nie odniósł się do znaczenia zmiany dokonanej w opisie przedmiotu zamówienia, określając ją jedynie kosmetyczną i mającą polegać wyłącznie na usunięciu z opisu tablic określenia ECO. Izba nie podziela tej oceny, co zasadniczo zmienia ocenę zarzutu braków w opisie przedmiotu zamówienia. Nie można oczywiście zaprzeczyć celowości żądania przedstawienia protokołów komunikacyjnych przy zamówieniu, którego koniecznym elementem jest zapewnienie integracji z urządzeniami już zainstalowanymi, z tym zastrzeżeniem, że urządzenia te muszą stanowić element tworzonego systemu informacji pasażerskiej. W niniejszej sprawie takiego kategorycznego stwierdzenia nie uzasadnia treść siwz, dodatkowo wzmocniona wyjaśnieniami Zamawiającego złożonymi w odpowiedzi na odwołanie oraz ustnie do protokołu rozprawy. Odwołujący nie zaprzeczył okoliczności wskazywanej przez Zamawiającego, iż nie jest warunkiem niezbędnym do złożenia oferty i wykonania przedmiotu zamówienia wykorzystanie autokomputerów znajdujących się na pojazdach w ramach wcześniejszych zamówień i obsługujących inne urządzenia montowane w autobusach. Każdy wykonawca może zatem złożyć ofertę na własne autokomputery dedykowane wyłącznie do obsługi informacji pasażerskiej, działające niezależnie od pozostałych urządzeń, spełniających inne funkcje. Wykonawca zainteresowany wykorzystaniem urządzeń znajdujących się w pojazdach powinien zatem ustalić, czy posiada techniczną wiedzę niezbędną do zapewnienia ich prawidłowego działania, jak również czy same urządzenia są w stanie technicznym umożliwiającym ich dalszą eksploatację. Zamawiający nie musi mieć tak dalece specjalistycznej wiedzy, aby zastąpić w roli eksperta wykonawcę mającego zainstalować system. Powyższe zasadniczo czyniło bezpodstawnym zarzut opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również samo żądanie wprowadzenia koniecznych zmian w opisie

przedmiotu zamówienia, mających polegać na przekazaniu dodatkowych informacji o urządzeniach i oprogramowaniu obsługującym autokomputery, które nie są konieczne do wykorzystania. W ocenie Izby, opis przedmiotu zamówienia nie jest niejednoznaczny i nie prowadzi to do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, gdyż Odwołujący ma możliwość złożenia oferty spełniającej niesporne, co do efektów oczekiwanych dla systemu informacji pasażerskiej wymagania Zamawiającego, bez potrzeby integracji z urządzeniami innych wykonawców. Kwestia kryterium oceny ofert, tj. terminu realizacji, nie ma tu większego znaczenia, gdyż nie wpływa na ocenę, czy opis przedmiotu zamówienia jest jednoznaczny, wyczerpujący i stwarza równy dostęp do zamówienia potencjalnym podmiotom zainteresowanym złożeniem oferty. Odwołujący nie stawiał zarzutów wobec ustalonych kryteriów oceny ofert i ich wag, stąd nie było prawidłowym wywodzenie z opisu kryteriów podstawy do zarzutu opisu przedmiotu zamówienia mającego preferować konkretne rozwiązania, jako indywidualnie spełniające wymagania Zamawiającego.

Odnosząc się do opis przedmiotu zamówienia w elemencie dotyczącym tablic informacji pasażerskiej, który ma wskazywać na konkretne urządzenie identyfikujące produkt Pixel, Odwołujący zasadniczo kwestionował parametr narzuconej przez Zamawiającego technologii wykonania, tj. elektromagnetycznej, która uniemożliwia zaoferowanie tablic ledowych. Izba oceniając w tym zakresie odwołanie miała na uwadze spójne wyjaśnienia stron co do odmiennych zalet (ograniczeń) obu technologii, a także narzucone w siwz źródło zasilania w energię odnawialną, jakim mają być panele fotowoltaiczne i/lub turbina wiatrowa. Co ważne, odnawialne źródła zasilania zostały wskazane we wniosku o dofinansowanie i stanowią warunek rozliczenia dofinansowania inwestycji. W ocenie Izby przekonujące i zasadne było przyjęcie rozwiązania, które nie wymaga stawiania dużych paneli słonecznych i/lub turbin wiatrowych w celu zasilania tablic informacji pasażerskiej. Odwołujący nie zaprzeczał prawidłowości wyводу Zamawiającego, iż przy tablicach np. wykonanych w technologii ledowej pobór mocy decyduje o poziomie jasności wyświetlanych danych, a do prawidłowej pracy tablicy konieczne jest zapewnienie stałego zasilania. W przypadku technologii elektromagnetycznej, tablica sterowana jest impulsem elektromagnetycznym, a wyświetlana treść nie potrzebuje stałego zasilania. Jak wyjaśniał producent tego typu tablic – Przystępujący – pobór energii elektrycznej z turbiny wiatrowej o średnicy 135 cm oraz z baterii fotowoltaicznej o powierzchni 3,4 m², jest w zupełności wystarczający, aby zapewnić zasilanie niezbędne do stałego wyświetlenia tekstu w pięciowierszowej tablicy informacyjnej. W przypadku tablicy mozaikowej, elektromagnetycznej wyświetlany napis, nawet po wyłączeniu urządzenia, wciąż jest widoczny, gdyż płytki pozostają w danym położeniu również po przerwaniu obwodu elektrycznego. Powyższe okoliczności, jako obiektywnie istotne decydowały o narzuceniu wykonawcom dostępczej technologii, która nie jest

dedykowana tylko do urządzeń Pixel, a jak przyznał sam Odwołujący, może być również zastosowana w jego tablicach, co wymagałoby jednak dodatkowych nakładów związanych z uruchomieniem produkcji takich tablic. Ponownie podnoszona i w tym elemencie opisu przedmiotu zamówienia kwestia terminu wykonania zamówienia, jako kryterium oceny ofert, nie mogła mieć znaczenia z punktu widzenia oceny, czy opis przedmiotu zamówienia nie naruszał dyrektyw ustawowych. Kwestia zdolności technicznych i organizacyjnych poszczególnych wykonawców stanowi element różniący podmioty działające na rynku, co jest zjawiskiem naturalnym. To czy Odwołujący będzie wstanie w krótszym terminie wykonać zamówienie, niż konkurent nie może stanowić wyznacznik dla oceny obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Izba nie miała wątpliwości, iż decydującym było wyznaczenie technologii umożliwiającej efektywne wykorzystanie zasobów energii odnawialnej, co może stwarzać pewne ograniczenia dla tych producentów, którzy dotychczas tych źródeł nie stosowali. Nie czyni to jednak opisu zamówienia niezgodnym z Ustawą.

Ostatnim z elementów opisu przedmiotu zamówienia, na podstawie którego Odwołujący opierał podstawę zarzutu, było nałożenie na wykonawców obowiązku uzyskania zgody od producenta dostarczonych do Zamawiającego autobusów Solaris na montaż urządzeń w pojeździe, załączanej do oferty. Powyższe wymaganie zasadniczo w takim samym stopniu dotyczy każdego z potencjalnych podmiotów, które zamierzają dostarczyć autokomputery, w tym również Pixel, na co wskazuje przedłożona korespondencja. Nie może zatem prowadzić ono do stwierdzenia, iż warunki dyskryminują część wykonawców, lub faworyzują konkretnych producentów urządzeń. Postawa Odwołującego, który nie wystąpił ze skutecznym zapytaniem (wysłane na błędny adres) podważa jego gotowość do podjęcia wysiłku związanego z ustaleniem, czy jego urządzenia będą mogły być zainstalowane, a tym samym do złożenia skutecznej oferty. Należy zauważyć, iż sama potrzeba uzyskania zgody była znana wykonawcom już na etapie pierwotnych zapisów siwz, a zmiana dokonana modyfikacją z 3.02.2017 r. precyzowała jedynie konieczność jej załączenia już do oferty i w tym zakresie jedynie Izba dokonała oceny tego warunku. Skoro warunkiem niezbędnym do realizacji zamówienia jest zapewnienie montażu pod nadzorem lub przez przedstawicieli producenta autobusów objętych gwarancją, to żądanie wykazania już w ofercie tej możliwości znajduje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, w którego interesie jest wybór rozwiązania, które będzie mogło być wykorzystane na potrzeby tego zamówienia.

W świetle powyższego odwołanie w całości podlegało oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....