

**Sygn. akt: KIO 2271/17**

**WYROK**  
**z dnia 1 grudnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**      **Daniel Konicz**  
   **Katarzyna Odrzywolska**  
   **Anna Osiecka**

**Protokolant:**              **Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcę W. S.A. z siedzibą w G., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Przewozy Regionalne sp. z o.o. z siedzibą w W., przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – T. T. sp. z o.o. z siedzibą w W., S. S. P. sp. z o.o. z siedzibą w W., S. Poland sp. z o.o. z siedzibą w W.,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w W.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Przewozy Regionalne sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa terminali mobilnych”, znak sprawy PZP1-25-69/5/2017, zwane dalej: „Postępowaniem”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 czerwca 2017 r. pod nr 2017/S 113-228269.

20 października 2017 r. Zamawiający rozstrzygnął Postępowanie wybierając ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – T. T. sp. z o.o. z siedzibą w W., S. S. P. sp. z o.o. z siedzibą w W. i S. sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej „Konsorcjum T”).

30 października 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy W. S.A. z siedzibą w G. (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. niezgodne z przepisami zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum T, pomimo braku zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w zakresie terminala mobilnego, czym naruszono art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
2. niezgodne z przepisami zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia Z. S.A. z siedzibą w W., P. sp. z o.o. z siedzibą we W. (dalej „Konsorcjum Z”), pomimo że:
  - 2.1. oferta jest niezgodna z SIWZ, ze względu na niespełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w § 6 ust. 2 pkt 3 SIWZ, czym naruszono art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
  - 2.2. Konsorcjum Z nie wykonało wezwania Zamawiającego z 18 października 2017 r. do przedłużenia terminu związania ofertą, czym naruszono art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp,

3. prowadzenie Postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp,
4. dokonanie niezgodnej z przepisami Pzp czynności wyboru oferty Konsorcjum T jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona, co stanowi naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia oceny ofert, w tym wyboru oferty Konsorcjum T,
2. ponownej oceny ofert,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum T,
4. odrzucenia oferty Konsorcjum Z,
5. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Czynności podjęte przez Zamawiającego skutkowały zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Nieodrzuconie ofert pozostałych dwóch wykonawców, w tym oferty uznanej za najkorzystniejszą, spowodowało, że Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego i osiągnięcie zysku z realizacji zamówienia. Czynności podjęte przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów Pzp negatywnie wpłynęły na sytuację Odwołującego, pozbawiając go realizacji zamówienia. Tym samym Odwołujący posiada legitymację czynną we wniesieniu odwołania, bowiem jego uwzględnienie może doprowadzić do wyboru jego oferty i zawarcia przez Odwołującego umowy z Zamawiającym.

W zakresie odrzucenia oferty Konsorcjum T jako niezgodnej z SIWZ ze względu na zaoferowanie terminala mobilnego nie odpowiadającego wymaganiom określonym w SIWZ Odwołujący podał, że w pkt 6 opisu przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) Zamawiający postawił w stosunku do terminala mobilnego, m.in. następujące wymagania sprzętowe:

- procesor czterordzeniowy 1,2Ghz w architekturze 64bit,
- czytnik (...) obsługujący co najmniej 1 kartę SAM,
- wymiary maksymalne 170 x 85 x 30mm.

Zamawiający, zgodnie z pkt 8 SIWZ, wymagał przedstawienia na wezwanie certyfikatów oraz kart katalogowych produktu podpisanych przez producenta.

Ponadto, zgodnie z § 1 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) Zamawiający wymagał aby dostarczone urządzenie było dostępne na rynku minimum od 6 miesięcy.

Wymóg dostępności urządzenia na rynku od minimum 6 miesięcy, w połączeniu z wymaganiem złożenia kart katalogowych podpisanych przez producenta oferowanego rozwiązania oraz certyfikatów zgodności, wskazuje jednoznacznie, że intencją Zamawiającego był zakup urządzenia powszechnie dostępnego na rynku, a nie urządzenia przerobionego pod potrzeby Zamawiającego, czyli *de facto* nowego urządzenia (prototypu), nie oferowanego dotychczas w sprzedaży.

W opisie kryteriów oceny ofert (§ 14 ust. 4 SIWZ) Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty dla urządzeń spełniających wyższe od minimalnych wymagania, w zakresie procesora i czytnika:

- procesor co najmniej sześciordzeniowy (+5 pkt),
- czytnik (...) obsługujący 4 karty SAM; w przypadku zewnętrznego czytnika mocowanie na zatrzask umożliwiający odpięcie go, z komunikacją przez dedykowane łącze mechaniczne (+20 pkt).

Tak więc dla uzyskania dodatkowych 25 pkt wymagane było aby terminal mobilny posiadał co najmniej 6 rdzeni oraz zewnętrzny czytnik z obsługą minimum 4 kart. Dodatkowe premiowanie czytnika zewnętrznego Zamawiający obszernie uzasadnił podczas postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izłą w związku z odwołaniem od treści SIWZ wniesionym 26 czerwca 2017 r. przez S. S. P. sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1310/17), w którym padły stwierdzenia, że dostępne jest na rynku tylko jedno urządzenie o wymaganych parametrach producenta (...).

W złożonej przez Konsorcjum T ofercie zaoferowany został terminal mobilny o parametrach:

- procesor ośmiordzeniowy,
- wewnętrzny czytnik (...) z obsługą 4 kart SAM,

W związku z zastrzeżeniem przez Konsorcjum T tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do części oferty prezentującej oferowane rozwiązanie, Odwołujący posiada wiedzę o modelu oferowanego terminala jedynie z wezwania Zamawiającego z 29 września 2017 r., w którym wskazano że jest to model EF500R oferowany na rynku przez firmę Bluebird.

Odwołujący podał, że karta produktu EF500R, dostępna na stronie internetowej producenta (...), wskazuje następujące parametry techniczne dla tego urządzenia:

- procesor czterordzeniowy (Procesor: 1,2 GHZ (...)),
- czytnik na 1 kartę SAM (SIM/SAM slot: 2 SIM/1 SAM (...)),
- wymiary 161,1 x 88,75 x 22,9mm ((...) (W x H x D): 88,75 x 161,1 x 22,9 mm).

Z porównania treści karty producenta dla urządzenia EF500R oraz oferty Konsorcjum T wynika zatem jednoznacznie, że oferowany produkt nie jest standardowym produktem dostępnym w sprzedaży, a produktem przerobionym pod potrzeby Postępowania, czyli prototypem nowego urządzenia.

Powyższe oznacza, że Konsorcjum T nie mogło spełnić wymagania określonego załącznikiem nr 8 do SIWZ, a konkretnie § 1 ust. 2 wzoru umowy, w zakresie zaoferowania urządzenia dostępnego na rynku od minimum 6 miesięcy, gdyż oferowany terminal, tj. w wersji przerobionej pod potrzeby Postępowania, nie jest w ogóle dostępny w sprzedaży. Tym samym nie jest możliwym uzyskanie dla tak skonfigurowanego urządzenia kart katalogowych oraz certyfikatów wymaganych § 7 ust. 8 pkt. 1-3 SIWZ, gdyż dokumenty takie wystawiane są dla już wyprodukowanych urządzeń. Podobnie dostarczone wyniki badań laboratoryjnych nie są wynikami dotyczącymi urządzenia EF500R w wersji oferowanej przez Konsorcjum T.

Potwierdzeniem, że Konsorcjum T nie przedstawiło kart oferowanego produktu, tj. dla urządzenia EF500R wyposażonego w procesor ośmiordzeniowy i czytnik na 4 karty, jest korespondencja z Zamawiającym. W treści wezwania z 29 września 2017 r. Zamawiający prosił o wyjaśnienie wątpliwości związanych z oferowanym urządzeniem i przedłożonymi do niego kartami produktu, tj. czy zaoferowane urządzenia w pełni spełniają wymagania Zamawiającego w związku z treścią złożonej na wezwanie Zamawiającego karty produktu („Ad 13” specyfikacja komputerowa EF500R). W ww. wezwaniu sformułowane zostały w tym zakresie następujące pytania:

- dlaczego karta wygląda na modyfikowaną (różnice w czcionce we fragmentach wyglądających na skopiowane wprost SIWZ)?
- dlaczego na stronach internetowych producenta podaje się inne parametry oferowanego urządzenia (w szczególności w odniesieniu do liczby kart SAM)?
- dlaczego w postępowaniu przed KIO w zarzucie 14g, dotyczącym parametrów technicznych czytnika RFID wymaganego urządzenia, wykonawca S. S. P. sp. z o.o. wskazywał, że na rynku nie istnieje obecnie rozwiązanie o takich parametrach (wbudowane 4 gniazda SAM)?
- dlaczego, w związku ze stosowaną na rynku praktyką produkcji urządzeń elektronicznych w wielu wariantach pod tym samym oznaczeniem typu, karta katalogowa, jak również sprawozdania z badań nie posiadają oznaczenia

konkretnego modelu (part numer), co uniemożliwia stwierdzenie, czy wykonane badania dotyczą oferowanego wariantu urządzenia?

- dlaczego parametry techniczne urządzenia nie zostały w sposób jednoznaczny potwierdzone przez producenta w postaci zgodnego z reprezentacją podpisu strony karty zawierającej listę parametrów technicznych, lecz wyłącznie na stronie, która nie zawiera żadnych istotnych danych?

Jak widać z treści wezwania, sam Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że karta produktu była modyfikowana, a urządzenie w zaoferowanej przez Konsorcjum T konfiguracji nie było dostępne na rynku od innego producenta niż (...), zgodnie z przedstawioną przez S. S. P. sp. z o.o. argumentacją w odwołaniu z 26 czerwca 2017 r. Tym samym nie mogło tych parametrów spełniać urządzenie EF500R producenta (...) w wersji oferowanej przez Konsorcjum T.

Powyższe potwierdziło Konsorcjum T w odpowiedzi na wezwanie z 3 października 2017 r. stwierdzając, że „producent na wniosek Wykonawcy dokonał zmian w standardowej karcie, celem wypełnienia wymagania § 7 pkt: 8 ppkt 9 SiWZ” oraz „Tym samym standardowa karta musiała ulec modyfikacji przez dodanie właściwości oferowanego urządzenia”. Ponadto Konsorcjum T potwierdziło, że zaoferowane urządzenie zostało skonfigurowane: „Na stronie internetowej producenta i dystrybutora podana jest wyłącznie podstawowa konfiguracja urządzenia” i dalej „Nie zmienia to jednak faktu, iż takie konfiguracje istnieją i są produkowane”.

Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że zmiany w budowie czytnika wykonane przez Konsorcjum T, polegające na przebudowaniu jego wnętrza w taki sposób aby zamiast 1 karty SAM możliwe było podpięcie 4 kart SAM, spowodują, że będziemy mieli do czynienia z zupełnie nowym urządzeniem, a nie jedynie skonfigurowanym, jak twierdzi Konsorcjum T. Ze skonfigurowaniem w znaczeniu technicznym mielibyśmy do czynienia wówczas, gdyby doposażyć to urządzenia w dodatkowe opcje czy wyposażenie oferowane przez producenta. Przerobienie jednak wnętrza urządzenia przez nadanie mu zupełnie nowych parametrów technicznych, nie jest konfiguracją, ale stworzeniem zupełnie nowego produktu (prototypu), dla którego konsekwentnie nie można zastosować karty katalogowej w wersji udostępnionej przez (...). Dlatego też Konsorcjum T chcąc sprostać wymaganiom Zamawiającego dokonało, przy współdziałaniu dostawcy, przerobienia tej karty, tak aby potwierdzała ona dane techniczne dla urządzenia które dopiero powstanie. Skoro zaś urządzenie to nie jest produkowane na dzień złożenia oferty, nie mogło zostać przebadane przez jednostkę audytującą, ani też zostać objęte stosownym certyfikatem, a co za tym idzie

dopuszczone do obrotu. Tym samym niemożliwe było sprostanie przez Konsorcjum T wymaganiu SIWZ w zakresie zaoferowania produktu dostępnego od 6 miesięcy na rynku.

W zakresie niezgodnego z przepisami zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Z jako niezgodnej z SIWZ ze względu na niespełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w § 6 ust. 2 pkt 3 SIWZ Odwołujący podał, że polegał on na wykazaniu, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonawca:

- wykonał dostawy (w ramach jednej lub więcej umów) łącznie co najmniej 1000 sztuk terminali mobilnych, w tym w ramach jednej umowy co najmniej 500 sztuk; na potrzeby wykazania spełnienia ww. warunku pod pojęciem terminala mobilnego Zamawiający rozumie przenośny komputer, mieszczący się w dłoni, wyposażony co najmniej w procesor, skaner kodów 1D/2D, pamięć, ekran dotykowy, moduły radiowe, przeznaczony do gromadzenia i przetwarzania danych, zarówno posiadający wbudowaną i zintegrowaną drukarkę lub pozbawiony wbudowanej drukarki,
- zrealizował, co najmniej jedną usługę polegającą na wdrożeniu systemu informatycznego wraz ze świadczeniem usług wsparcia przez okres minimum 12 miesięcy o wartości co najmniej 1.800.000,00 zł netto; w przypadku wskazania przez wykonawcę usług wsparcia w trakcie ich realizacji, Zamawiający wymaga, aby już wykonany okres usług wsparcia wynosił minimum 12 miesięcy;
- wytworzył i wdrożył minimum 3 aplikacje mobilne na system Android, w tym przynajmniej jedną przeznaczoną do użytku przez obsługę pociągu.

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Konsorcjum Z złożyło wykaz dostaw i usług (str. 39-40 oferty), w którym w zakresie spełnienia warunku określonego § 6 ust. 2 pkt 3 SIWZ wykazało jako jedną z trzech wymaganych przez Zamawiającego aplikacji: „Wdrożenie aplikacji mobilnej Teczka Konduktora” w okresie 3 marca 2016 – 30 września 2016 r. na rzecz Intercity S.A. Do wykazu załączono referencję (str. 90) potwierdzającą wykonanie wdrożenia.

Odwołujący stwierdził, że z posiadanych przez niego informacji wynika niezbicie, że wdrożenie Teczki Konduktora nie zostało wykonane przez firmę S. S. sp. z o.o. udostępniającą Konsorcjum Z zasoby, ale przez firmę K. sp. z o.o. z siedzibą w W..



Potwierdzają to:

- umowa nr BFI 3 073/01/2013 zawarta w 22 lipca 2013 r. pomiędzy P. I. S.A. a K. sp. z o.o. na stworzenie, dostarczenie i wdrożenie aplikacji mobilnej Teczka Konduktora, będąca w posiadaniu Odwołującego,
- raporty z odbioru produktów z 3 października 2013 r. i 13 lutego 2014 r. oraz raport z realizacji prac z dnia 3 października 2013 r., sporządzone na podstawie ww. umowy i podpisane ze strony P.I. S.A. przez Kierownika Projektu J. R.,
- artykuł prasowy zamieszczony w Kurierze Kolejowym, w którym przedstawiciel P. I. S.A. wskazuje K. sp. z o.o. jako wykonawcę systemu Teczka konduktora,
- oświadczenie J. R. potwierdzające wytworzenie oraz wykonanie wdrożenia aplikacji mobilnej Teczka Konduktora dla P. I. S.A. przez firmę K. sp. z o.o. w okresie od lipca 2013 r. do czerwca 2015 r. oraz stwierdzające, że S. S. sp. z o.o. już po zakończeniu wdrożenia realizowanego przez K. sp. z o.o. dokonała jedynie rozwoju tego systemu oraz jego zintegrowania z innymi systemami P. I. S.A., tj. (...).

Odwołujący stwierdził, że czym innym jest wytworzenie oprogramowania (Teczki Konduktora) jego dostawa i wdrożenie (zrealizowane przez K. sp. z o.o.), a czym innym jego rozwój i integracja (wykonane przez S. S. sp. z o.o.). Ponieważ jednak Zamawiający w § 6 ust. 2 pkt. 3 SIWZ wymagał aby wykonawca wykazał że wytworzył i wdrożył minimum 3 aplikacje mobilne, przedstawionej przez Konsorcjum Z referencji nie można uznać za spełniającą wymagania SIWZ.

W zakresie niezgodnego z przepisami zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Z pomimo nieprzedłużenia jej ważności w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący wskazał, że 18 października 2017 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Z do przedłużenia terminu związania ofertą do 22 grudnia 2017 r. wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium. Oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z dokumentem potwierdzającym wniesienie wadium, wykonawca zobowiązany był złożyć w terminie do 23 października 2017 r. Wezwania o identycznej treści otrzymali pozostali wykonawcy – Konsorcjum T oraz Odwołujący. Konsorcjum T oraz Odwołujący złożyli stosowne oświadczenia odpowiednio w terminach 20 i 19 października 2017 r.

Konsorcjum Z jako jedyne nie złożyło wymaganego oświadczenia. Skutkiem nie wyrażenia zgody na przedłużenie oferty powinno być jej odrzucenie przez Zamawiającego. Zgodnie z ar. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli

wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp na przedłużenie terminu związania ofertą.

W zakresie prowadzenia Postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji Odwołujący stwierdził, że okoliczności faktyczne wskazane w uzasadnieniu dla powyższych zarzutów świadczą o prowadzeniu przez Zamawiającego Postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców, co czyni zasadnym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy. Przejawem tego jest wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum T, która w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona oraz nieodrzuconie oferty Konsorcjum Z pomimo podstaw ku temu, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7a Pzp.

Zamawiający uwzględnił przedstawione w odwołaniu zarzuty w całości.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum T, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełnianie przez zgłaszającego przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Konsorcjum T (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu Przystępujący wniósł sprzeciw. W piśmie procesowym z 28 listopada 2017 r. Konsorcjum T przedstawiło następującą argumentację na poparcie swojego stanowiska procesowego.

Na odparcie zarzutu niezgodności oferty Konsorcjum T z SIWZ wskazano, że Zamawiający, w pkt 6 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy (dalej jako „OPZ”), określił względem terminali mobilnych (głównego elementu przedmiotu zamówienia) parametry minimalne i parametry punktowane (w ramach kryterium „parametry techniczne”).

Zamawiający wśród parametrów minimalnych wymienił, między innymi:

- procesor czterordzeniowy;
- czytnik (...) z obsługą co najmniej 1 karty SAM;
- wymiary maksymalne: 170mm x 85mm x 30mm.

Jako parametry punktowane przyjął zaś:

- procesor co najmniej sześciordzeniowy;
- czytnik (...) z obsługą co najmniej 4 kart SAM.

Przystępujący zaoferował Zamawiającemu terminal mobilny produkowany przez (...). z siedzibą w K. model: EF500R, w wersji:

- z ośmiordzeniowym procesorem,
- posiadającej czytnik obsługujący 4 karty SAM;
- o wymiarach nie większych niż 170mm x 85mm x 30mm.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący, stawiając zarzut niezgodności oferowanego świadczenia z SIWZ, pozostaje w niezrozumiałym przekonaniu, że specyfikacja produktu jest jedynym źródłem informacji o możliwych wersjach i konfiguracjach modelu EF500R. Opierając się na takim założeniu Odwołujący zbudował argumentację, przez którą usiłuje wykazać, że karta produktu jest wystawiana dla jedynego urządzenia dostępnego na rynku, ale nie spełniającego parametrów minimalnych określonych w SIWZ. Ta sama argumentacja ma przekonywać do tego, że Przystępujący zaoferował w Postępowaniu „prototyp” nowego urządzenia. To pozostawałoby natomiast w sprzeczności z § 1 ust. 2 załącznika nr 8 do SIWZ (wzór umowy), na mocy którego Zamawiający zobowiązał wykonawców do dostarczenia urządzeń wyprodukowanych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem dostawy (dostępnych na rynku minimum od 6 miesięcy), a finalnie prowadziłoby do kolejnej niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ.

Przyjęte przez Odwołującego założenia i towarzyszące im wnioski są pozbawione podstaw, czego dowodzą poniższe okoliczności.

Konsorcjum T wyjaśniło, że model EF500R jest oferowany przez producenta w różnych wersjach, które różnią się od siebie parametrami, w tym wymiarami, i konfiguracjami. I tak, na rynku dostępne są wersje modelu:

- z procesorem czterordzeniowym lub ośmiordzeniowym;
- w wersji obsługującej od 1 do 5 kart SAM;
- o wymiarach: 155,6mm – 166,5mm x 77,95mm – 88,75mm x 16,5mm – 28,9mm.

Treść dostępnej na stronie internetowej specyfikacji modelu EF500R jest aktualizowana (z różnych przyczyn, z różną częstotliwością). Specyfikacja, która wywołała u Odwołującego mylne przekonanie, jakoby oferta Przystępującego była niezgodna z treścią SIWZ, przedstawiała parametry właściwe tylko dla jednej, najbardziej popularnej wersji modelu EF500R.

Konsorcjum T podkreśliło, że wywodzenie z okoliczności opublikowania na stronie internetowej producenta specyfikacji zawierającej parametry właściwe tylko dla jednej wersji modelu EF500R twierdzenia, że producent nie oferował wówczas – równolegle – na rynku

innych wersji urządzenia, jest dalece nieuprawnione. Publikacja danych o danej konfiguracji urządzenia nie oznacza bowiem braku możliwości sprzedaży urządzenia o innej konfiguracji. Karta ta, po wniesieniu odwołania, z którego wynika, że dane w karcie katalogowej są niekompletne i nieaktualne, została zaktualizowana. Przystępujący podkreśla jednak, że zgodnie z informacjami uzyskanymi od producenta, nawet po aktualizacji strony internetowej producenta, nie znajdują się tam informacje o wszelkich możliwych wersjach i konfiguracjach modelu EF500R. Szczegółowe informacje w tym zakresie możliwe są do uzyskania jedynie bezpośrednio u producenta sprzętu.

Przystępujący oświadczył, że wbrew przypuszczeniom Odwołującego, model EF500R w wersji odpowiadającej parametrom określonym w SIWZ jest dostępny na rynku od dawna, to jest od ponad 6 miesięcy przed dniem składania ofert.

Przypomniał również, że zgodnie z art. 190 zd. 1 Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tymczasem, wszelkie twierdzenia Odwołującego pozostają nieudowodnione. Dowodu nie może w żadnym razie stanowić karta katalogowa, na którą powołuje się Odwołujący.

W kwestii punktacji przyznanej ofercie Konsorcjum T w kryterium „parametry techniczne” wskazano, że Odwołujący nie sformułował wprost zarzutów, można się ich jedynie domyślać z treści uzasadnienia odwołania. Nie ulega natomiast wątpliwości, że jedyny zarzut sformułowany w odwołaniu dotyczy rzekomej niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Ukazuje to w sposób bardzo czytelny zarówno treść komparycji odwołania, jak i ostatnie zdanie Ad 1. odwołania (czyli tej samej jednostki redakcyjnej, w której Odwołujący poczynił wzmiankę odnośnie parametrów punktowanych urządzenia): „Tym samym uzasadnione jest żądanie Odwołującego o uwzględnienie w niniejszym zakresie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Telekom/S&T, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt PZP”.

Jeżeli natomiast intencją Odwołującego było postawienie zarzutu w zakresie rzekomo niewłaściwie przyznanych ofercie Przystępującego punktów, to powinien był on zarzucić Zamawiającemu, przykładowo „naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, przez dokonanie błędnej oceny oferty Przystępującego, i przyznanie ofercie Przystępującego w ramach kryterium „parametry techniczne” X pkt, podczas gdy oferta ta powinna otrzymać Y pkt”.

Zważywszy że zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, twierdzenia Odwołującego w części dotyczącej parametrów punktowanych muszą zostać pominięte.

Niezależnie od ewentualnego uznania przez Izbę, że Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu zarzutu w zakresie dotyczącym przyznanej ofercie Przystępującego punktacji w kryterium „parametry techniczne”, Przystępujący stwierdził, że punktacja została przez Zamawiającego przyznana w sposób prawidłowy.

Przypomniał, że Odwołujący stwierdza w uzasadnieniu odwołania, że zgodnie z § 14 ust. 4 SIWZ, dla uzyskania dodatkowych 25 punktów wymagane było, aby terminal mobilny posiadał co najmniej 6 rdzeni oraz zewnętrzny czytnik z obsługą minimum 4 kart, podczas, gdy Przystępujący zaoferował czytnik wewnętrzny.

Zamawiający w przywołanym postanowieniu SIWZ sprecyzował w jaki sposób ma być przeprowadzona instalacja czytnika zewnętrznego. Opis ten nie dowodzi jednak w żadnym razie tego, że Zamawiający punktował wyłącznie czytnik zewnętrzny.

Punktowanym parametrem jest sam czytnik (...) 13,56MHz ISO 14443A i B,B', z obsługą minimum 4 kart SAM, bez względu na to, czy jest on zewnętrzny czy wewnętrzny. Wyraźnie wynika to z opisu kolumny w 5 14 ust. 4 SIWZ – „punktowany parametr” oraz z faktu, że w kolumnie tej Zamawiający wyraźnie cytowany powyżej parametr wskazał. Natomiast w kolumnie „opis punktowanego parametru” Zamawiający dopuścił czytnik zewnętrzny, przy zachowaniu określonych warunków, na co wskazuje jednoznacznie sformułowanie: „W przypadku zewnętrznego czytnika musi być on (...)”.

O ile zatem Zamawiający nie stawiał szczególnych wymagań w zakresie instalacji czytnika wewnętrznego, to już w przypadku czytnika zewnętrznego, takie wymagania postawił, czemu dał wyraz właśnie w pkt w § 14 ust. 4 SIWZ i pkt 6 OPZ. Nie zmienia to jednak faktu, że Zamawiający dodatkowymi punktami premiował zarówno zewnętrzny, jak i wewnętrzny czytnik (...) 13,56MHz ISO 14443A i B,B', z obsługą minimum 4 kart SAM.

Na rozprawie strony i Przystępujący podtrzymali przedstawione powyżej stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. karty katalogowej urządzeń EF500/EF500R – dowód O1,
2. specyfikacji technicznej urządzeń EF500/EF500R – dowód O2.

Przystępujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. oświadczenia producenta oferowanego urządzenia z 6 listopada 2017 r. o wersjach urządzenia EF500R i jego dostępności na rynku – dowód P1,
2. oświadczenia producenta oferowanego urządzenia z 6 listopada 2017 r. stwierdzającego dostarczenie urządzeń EF500R innym zamawiającym – dowód P2,
3. zrzutu ekranu ze strony internetowej producenta urządzenia EF500R – dowód P3,
4. zaktualizowanej karty katalogowej urządzenia EF500R – dowód P4,
5. wyników pomiarów urządzenia EF500R – dowód P5.

Ponadto, Przystępujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z oględzin dwóch różniących się budową i parametrami urządzeń oznaczonych symbolem EF500R.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ,
2. oferty Przystępującego,
3. pisma Zamawiającego z 29 września 2017 r. (wezwanie do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp),
4. pisma Konsorcjum T z 3 października 2017 r. (odpowiedź na wezwanie Zamawiającego),
5. pisma Zamawiającego z 20 października 2017 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej),
6. dokumentów przedstawionych na rozprawie.

Potwierdzają one, że okoliczności sprawy (stan faktyczny) zostały przedstawione przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego w sposób adekwatny i nie wymagający dalszego omówienia.

Rozstrzygając o zarzutach odwołania Izba wzięła również pod uwagę wyniki przeprowadzonych na wniosek Konsorcjum T oględzin urządzeń.

Rozpoznając sprawę w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp) Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów Pzp uzasadniającego uwzględnienie odwołania (art. 192 ust. 2 Pzp), wobec czego podlegało ono oddaleniu.

Skład orzekający nie dopatrył się wskazywanych przez Odwołującego podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum T jako niezgodnej z SIWZ. Na taki wniosek nie pozwala przeprowadzone postępowanie dowodowe. Oceniając jego wyniki Izba stwierdziła, że jedyną udowodnioną przez Odwołującego okolicznością (dowody O1 i O2) było występowanie pod oznaczeniem EF500R urządzenia, którego konfiguracja parametrów jest niezgodna z oczekiwaniami Zamawiającego, czemu Przystępujący nie przeczył. Skład orzekający ma świadomość, że po stronie Odwołującego występowała trudność polegająca na konieczności dowodzenia okoliczności negatywnych, tj. że pod oznaczeniem EF500R nie kryje się żadne inne, poza zidentyfikowanym przez Odwołującego, urządzenie oraz że nawet jeśli jest inaczej, to urządzenie takie nie jest dostępne w obrocie od co najmniej 6 miesięcy. Stąd ciężar dowodu spoczywał na Przystępującym, który jednak wykazał zasadność podnoszonych twierdzeń przeciwnych.

Przede wszystkim wniosek, że symbol EF500R dotyczy więcej niż jednej konfiguracji parametrów urządzenia płynie już chociażby ze specyfikacji technicznej przedstawionej przez Odwołującego (dowód O2). Wskazuje na to uwaga zamieszczona pod tabelą z parametrami urządzenia oznaczonego jako EF500R, która sugeruje możliwość odmiennej od zaprezentowanej w niej konfiguracji urządzenia. Okoliczność, że pod wspomnianym oznaczeniem kryją się również inne konfiguracje parametrów wynika także z treści złożonych w charakterze dowodów oświadczeń producenta sprzętu (dowody P1 i P2). Na marginesie Izba wskazuje, że mają one charakter oświadczeń wiedzy (twierdzeń o faktach), nie zaś oświadczeń woli, jako że z ich złożeniem nie wiążą się żadne skutki obligacyjne. Wobec tego kwestionowanie takich oświadczeń wymagałoby w istocie wykazania, że osoba która je złożyła nie posiada wiedzy o okolicznościach wynikających z treści oświadczeń, czego Odwołujący nie dowiódł.

Skład orzekający stwierdził ponadto, że przepisy prawa nie przewidują obowiązku identyfikowania dostępnych w sprzedaży urządzeń za pomocą zindywidualizowanych ciągów znaków (liter, liczb), a praktyka producentów i towarzyszące jej nazewnictwo owych oznaczeń jest różna. Oczywiście w sytuacji, w której oznaczenie oferowanego wyrobu dotyczy, jak w przedmiotowej sprawie, kilku różnych konfiguracji parametrów urządzenia obowiązkiem wykonawcy jest opisanie go w sposób nie pozostawiający wątpliwości co jest oferowane.

*Ad casum* konkretyzacja oferowanego przez Przystępującego świadczenia nastąpiła nie tyle przez wskazanie oznaczenia EF500R, ale przez złożenie innych wymaganych przez Zamawiającego dokumentów. W konsekwencji Izba uznała za wiarygodne dowody P3-P5 i ustalenia oględzin, jako że potwierdzają one informacje zawarte w ofercie Konsorcjum T.

Skład orzekający stwierdził, że prezentowana przez Odwołującego na rozprawie argumentacja dotycząca punktowania określonego rodzaju czytnika nie była związana z zarzutami odwołania, wobec czego pominięta została przy orzekaniu (argument z art. 192 ust. 7 Pzp). W odwołaniu nie podano bowiem w wątpliwość zasadności przyznania ofercie Konsorcjum T punktów w kryterium pozacenowym, a zgodność jego oferty z SIWZ.

W kwestii pozostałych zarzutów odwołania, skierowanych wobec wykonawcy, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu oceny ofert Izba wyjaśnia, że niezależnie od sposobu ich rozstrzygnięcia i tak nie miałyby wpływu na wynik Postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp), rozumiany *ad casum* jako wybór konkretnej oferty. Skoro bowiem przesądzone zostało, że oferta Przystępującego (oferta najwyższej oceniona) jest zgodna z SIWZ, to w kontekście wyniku Postępowania losy pozostałych ofert są obojętne.

Jedynie na marginesie skład orzekający wskazuje zatem, że zarzuty zaniechania wykluczenia Konsorcjum Z z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej (co Odwołujący błędnie określa w odwołaniu mianem niezgodności oferty Konsorcjum Z z SIWZ) nie mogły się potwierdzić ze względu na przyjęty przez Zamawiającego sposób procedowania. Skoro bowiem Zamawiający zastosował przewidzianą przepisem art. 24aa Pzp tzw. procedurę odwróconą, to dokonywał oceny sytuacji podmiotowej jedynie tego wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona (tu – Konsorcjum T). *Ergo* ocena kwestii spełniania przez pozostałych wykonawców warunków udziału w Postępowaniu nie była dotąd przedmiotem zainteresowania Zamawiającego, wobec czego nie sposób na tym etapie Postępowania nakazywać mu dokonania czynności, której zgodnie z przepisami Pzp nie miał obowiązku podejmować.

Również ubocznie, w zakresie kolejnego z zarzutów skierowanych wobec Konsorcjum Z (zaniechanie przedłużenia terminu związania ofertą) Izba stwierdziła, że zasadne jest stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, z którego wynika, że Konsorcjum Z było związane ofertą w dacie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła, jak w pkt 1 sentencji wyroku.



O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2 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.2010.41.238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....