

Sygn. akt: KIO 205/18

**WYROK**  
**z dnia 20 lutego 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Zuzanna Idźkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2018 r. przez Wykonawcę **DGT sp. z o.o. (ul. Młyńska 7, 83-010 Straszyn)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Tauron Dystrybucja S.A. (ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków)**

przy udziale Wykonawców:

- **Andra sp. z o.o. (ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa)**
- **MindMade sp. z o.o. (ul. Pl. Konstytucji 3, 00-647 Warszawa)**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **DGT sp. z o.o. (ul. Młyńska 7, 83-010 Straszyn)** i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego **DGT sp. z o.o. (ul. Młyńska 7, 83-010 Straszyn)** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego **DGT sp. z o.o. (ul. Młyńska 7, 83-010 Straszyn)** na rzecz Zamawiającego (**Tauron Dystrybucja S.A. ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków**) kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Tauron Dystrybucja S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa urządzeń transmisji danych pomiarowych wykorzystujących standard LTE, realizujących transmisję danych z układów pomiarowych stacji bilansujących SN/nN”.

Ogłoszenie o zamówienie opublikowano na stronie internetowej Zamawiającego 3.11.2017r. Specyfikację Istotnych Warunków zamówienia opublikowano na stronie internetowej Zamawiającego 3.11.2017r.

Odwołujący DGT spółka z o.o. wniósł odwołanie od czynności i zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego polegających na: uszkodzeniu przez Zamawiającego oferowanego przez Odwołującego wzorca urządzenia transmisji danych podczas procedury badań, co uniemożliwiło poprawne przeprowadzenie pełnego zakresu badań tego urządzenia i miało bezpośredni wpływ na negatywny ich wynik, nieprawidłowego przeprowadzenia przez Zamawiającego badań wzorca urządzenia transmisji danych, niepodjęcia decyzji przez Zamawiającego o unieważnieniu postępowania przetargowego w momencie wystąpienia i ujawnienia wady tego postępowania, polegającej na prowadzeniu przez Zamawiającego czynności postępowania pomimo trwałego zniszczenia oferty Odwołującego, przeprowadzeniu badań uszkodzonego urządzenia będącego elementem tej oferty, co miało wpływ na wynik postępowania, niedopuszczenia przez Zamawiającego dostarczenia przez Odwołującego bliźniaczego wzorca urządzenia transmisji danych w miejsce uszkodzonego, co pozbawiło Odwołującego prawa do domagania się przeprowadzenia poprawnych badań tego urządzenia w pełnym zakresie wymaganym w SIWZ, niepodjęcia decyzji przez Zamawiającego o ponownym przeprowadzeniu testów bliźniaczego wzorca urządzenia transmisji danych zgodnie z wymaganiami SIWZ i ofertą Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art.7 ust.1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, art.93 ust.1 pkt.7 ustawy Pzp, gdyż nie unieważnił postępowania przetargowego z uwagi na występowanie wady tego postępowania, art.26 ust.4 oraz art. 87 ust.1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty i dostarczenia bliźniaczego wzorca urządzenia w miejsce uszkodzonego celem przeprowadzenia ponownych badań.

Odwołujący wniósł o rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania, ewentualnie: nakazanie i zobowiązanie Zamawiającego do przyjęcia od Odwołującego bliźniaczego wzorca urządzenia transmisji danych w miejsce uszkodzonego, celem przeprowadzenia badań, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego, w tym ponownego przeprowadzenia badań zgodnie z zapisami SIWZ, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w tym Dokumentacji Techniczno-Ruchowej oraz SIWZ, na okoliczność wymagań Zamawiającego dotyczących funkcjonalności przycisku RST, pozostałych dowodów i dokumentów oraz dowodu z oględzin bliźniaczego wzorca urządzenia transmisji danych okazanego na rozprawie na okoliczność miejsca zamontowania, wyglądu i funkcjonalności przycisku RST, zeznań świadka Pana M. W. (pracownika DGT Sp. z o.o.) na okoliczność przebiegu procedury testów w dniu 24.01.2018 r., uszkodzenia przez Zamawiającego wzorca urządzenia transmisji danych załączonego do oferty, prowadzenie przez Zamawiającego procedury testów wbrew zapisom SIWZ.

24 stycznia 2018 r. w siedzibie Zamawiającego odbyło się badanie techniczne urządzenia transmisji danych dostarczonego wraz z ofertą przez Odwołującego.

Odwołujący złożył wraz ofertą jeden egzemplarz wzorca urządzenia transmisji danych oraz inne wymagane przez Zamawiającego dokumenty w tym Dokumentację Techniczną Ruchową (pkt.4.2.1.8 do pkt.4.2.1.12 SIWZ). Odwołujący wskazał, że dostarczony wzorzec urządzenia odpowiadał wymaganiom normatywnym oraz SIWZ, określonym przez Zamawiającego.

W treści SIWZ (pkt.7.3.3) Zamawiający zastrzegł, że nie ponosi odpowiedzialności za ewentualne uszkodzenia wzorca urządzenia transmisji danych powstałe w trakcie badania, chyba że uszkodzenia te są wynikiem umyślnego działania lub rażącego niedbalstwa po stronie Zamawiającego (pkt.7.3.3. SIWZ).

Odwołujący wskazał, że w dostarczonej przez niego wraz z ofertą Dokumentacji Technicznej Ruchowej (str.9) w pkt.4,6, Odwołujący opisał funkcjonalność przycisku RST oraz zamieścił rysunek 4-11 obrazujący ten przycisk. W treści załączonej dokumentacji nie podano żadnej normy dotyczącej wymagań technicznych i funkcjonalnych przycisku RST, ponieważ taka norma nie istnieje w obrocie prawnym. Jedynym wymaganiem Zamawiającego w zakresie funkcjonalności przycisku RST wzorca urządzenia transmisji danych był zapis pkt.1.59 załącznika nr 5 do SIWZ. Wymagania Zamawiającego nie definiowały żadnego konkretnego rozmiaru, wzornictwa, kształtu i rozwiązania technicznego tego przycisku lecz ograniczyły się

wyłącznie do jego funkcjonalności. Sposób zaprojektowania, wygląd, rozmiar i kształt przedmiotowego przycisku Zamawiający pozostawił indywidualnemu uznaniu Odwołującego. Odwołujący wyjaśnił, że przycisk RST znajduje się na ścianie tylnej urządzenia transmisji danych, posiada kształt prostokątny o wymiarach 2mm x 1mm. Odwołujący podkreślił, że rozmiar, wzór, kształt i funkcjonalność tego przycisku jest zgodna ze stosowanymi powszechnie przyciskami takiego typu, dla takiej funkcjonalności w innych urządzeniach znajdujących się w obrocie.

Pismami z dnia 29 stycznia 2018 r. i 31 stycznia 2018 r., Odwołujący skierował do Zamawiającego wnioski o prawo do przedstawienia bliźniaczego wzorca urządzenia w miejsce uszkodzonego i o ponownie przeprowadzenie badań technicznych urządzenia. Na kierowane pisma Zamawiający nie odpowiedział.

W ocenie Odwołującego, urządzenie dostarczone przez Odwołującego 24 stycznia 2018 r, zgodnie z wymaganiem 4.2.1.8. SIWZ (wzorzec), zostało uszkodzone podczas procedury badań przez członka komisji przetargowej Zamawiającego, w wyniku nieumiejętnego wykonania „resetu” sprzętowego przy użyciu przycisku "RST" . Skutek tego uszkodzenia był taki, że urządzenie przestało się uruchamiać i nie nadawało się do dalszych prób i badań.

Jak dalej wskazywał Odwołujący, zaraz po uszkodzeniu, członkowie komisji przetargowej Zamawiającego zaglądali do miejsca zamontowania przycisku „RST” oświetlając go latarkami z telefonów komórkowych i ustalili, że przycisk ten został urwany lub wepchnięty do wnętrza urządzenia. Skutek tego uszkodzenia był taki, że nie było go widać w świetle otworu miejsca zamontowania. Znajdujący się obok, a podobny konstrukcyjnie przycisk "FAB", był widoczny w swoim otworze na ścianie urządzenia Przewodniczący komisji przetargowej wykonał swoim telefonem zdjęcie przycisku "RST" po jego uszkodzeniu. Pomimo kierowanych wniosków, Odwołującemu nie pozwolono wykonać podobnej dokumentacji fotograficznej uszkodzonego urządzenia. Zamawiający w żadnej formie nie pozwolił przedstawicielom Odwołującego określić przyczyn uszkodzenia ani jego następstw. Zdaniem Odwołującego wepchnięcie przycisku "RST" do wnętrza urządzenia i trwałe uszkodzenie urządzenia spowodowało zwarcie i niemożliwe do naprawy uszkodzenie podzespołów elektronicznych urządzenia.

Odwołujący wyjaśnił, że opisane wyżej zdarzenie i uszkodzenie urządzenia nastąpiło w trakcie 4 lub 5 próby „resetu” (wcześniej przycisk „RST” był używany do wyłączania urządzenia po przejściu na pracę z zasilaniem bateryjnym), podczas testowania punktu 1.59 wymagań.

Odwołujący podkreślał, że wszystkie „resety” były wykonywane za pomocą małego, płaskiego śrubokręta dostarczonego przez przedstawicieli Zamawiającego. Pierwszy „reset” za zgodą komisji przetargowej, wykonał przedstawiciel Odwołującego, zwracając wyraźną

uwagę, że jest to niewłaściwe narzędzie do wykonania takiej czynności i że lepsze byłoby inne, okrągłe i tępo zakończone. Kolejne „resety” wykonywali już samodzielnie przedstawiciele Zamawiającego, tym samym narzędziem, pomimo zastrzeżeń Odwołującego. Zastosowanie niewłaściwego narzędzia do czynności „resetowania” urządzenia było przyczyną jego uszkodzenia.

W ocenie Odwołującego do uszkodzenia przycisku "RST" doszło już wcześniej, przy okazji sprawdzania pkt. 1.10 wymagań, w trakcie którego konieczne było wyłączenia urządzenia, czyli zanim rozpoczęto testowanie punktu 1.59 wymagań. Po kolejnych „resetach” urządzenie się uruchamiało, ale Odwołujący nie ma żadnej pewności czy było całkowicie sprawne i czy ewentualne uszkodzenie przycisku „ RST” nie miało wpływu na przebieg pozostałych testów. Bez szczegółowego zbadania uszkodzonego wzorca urządzenia, nie można tego wykluczyć.

Odwołujący zauważył dodatkowo, że testy były wykonywane wg kolejności wymagań, ale było od tego wiele odstępstw. Np. testowanie punktów 1.5 i 1.6 dot. zasilania z poszczególnych napięć fazowych i międzyfazowych zostało odłożone na prośbę Zamawiającego na sam koniec procedury testowania - co zgodnie z procedurą SIWZ nie jest prawidłowe. Zamawiający swoją decyzję argumentował tym, że miał już przypadki, gdy w trakcie analogicznych prób dochodziło do uszkodzenia badanych urządzeń, co było źródłem kłopotów i odwołań ze strony wykonawców. Podobnie, Zamawiający odłożył na koniec procedury testowania badanie pkt. 1.43 dot. aktualizacji firmware (oprogramowania sprzętowego) urządzenia, co także nie jest zgodne z procedurą zawartą w SIWZ.

Niektóre punkty wymagań, jak np. 1.31 lub 1.32 nie były w ogóle badane a ich spełnienie wynikało z możliwości wykonania testów w ramach innych punktów. Odwołujący podał, że ok. godz. 13 podczas trwania procedury testów Zamawiający zorientował się, że niedługo skończy prace personel obsługujący systemy SCADA i nie będzie możliwe wykonanie testów opisanych w punktach 1.60, 3.1 i 3.2. Przedstawiciele Odwołującego wyproszone z sali na ok. 30 minut i po powrocie, zostali oni poinformowani, że testy pkt. 3.1 i 3.2 odbędą się w innym terminie. Takie działanie Zamawiającego stało w sprzeczności z zapisami SIWZ. Po uszkodzeniu urządzenia nie było już żadnej możliwości praktycznej ani technicznej powtórzenia jakichkolwiek badań urządzenia ani realizacji pozostałych badań, określonych w wymaganiach i SIWZ. Jak dalej wskazywał Odwołujący, sposób przeprowadzenia testów, między innymi w ramach pkt. 1.60, budzi poważne zastrzeżenia Odwołującego: Test odbywał się z udziałem pracowników Zamawiającego znajdujących się w zupełnie innym miejscu niż miejsce przeprowadzania badań urządzenia. Obsługiwali oni oprogramowanie SCADA, które łączyło się zdalnie z badanym urządzeniem. O tym, jakie są wyniki prób, raportowano za pomocą telekonferencji na Skype. Przedstawiciele Odwołującego nie mieli

żadnej możliwości zaobserwowania co dokładnie robią pracownicy Zamawiającego przeprowadzający to badanie, ani czy właściwie interpretują jego wyniki. Przez dłuższą chwilę w trakcie badania urządzenia był problem z porozumieniem się, jak dokładnie Zamawiający skonfigurował system SCADA po swojej stronie. Ponadto, przedstawiciele Odwołującego zostali pozbawieni możliwości obserwacji zachowania się systemu SCADA i danych pobieranych z badanego urządzenia. Zdaniem Odwołującego badania te nie przebiegły prawidłowo. W podobny sposób miały być przeprowadzone testy w ramach pkt. 3.1 i 3.2. Testów tych nie przeprowadzono z uwagi na uszkodzenie przycisku „RST”.

W ocenie Odwołującego, komisja przetargowa Zamawiającego nie była przygotowana do przeprowadzenia testu punktu 1.52. Nie знаła tzw. *kodu usługi* potrzebnego do skonfigurowania testu (dopiero musiała go odnaleźć), ani nie potrafiła poprawnie wysłać testowej wiadomości USSD. Ostatecznie udało się wysłać tylko jedną wiadomość, która dotarła do badanego urządzenia. Nie zawierała ona jednak właściwej treści. Podobnie, komisja przetargowa Zamawiającego nie potrafiła odebrać wiadomości USSD wysłanej z urządzenia w sposób poprawny, o czym świadczył status tej operacji zanotowany w logu tego urządzenia. W związku z tym w protokole punkt 1.52 został tylko opisany - bez konkluzji *"spełnia/nie spełnia"*.

Zdaniem Odwołującego, przed przystąpieniem do testowania tego punktu, komisja przetargowa Zamawiającego powinna mieć bezwzględną możliwość sprawdzenia w obiektywny sposób (np. z użyciem telefonu komórkowego), czy usługa USSD w ogóle działa na testowych kartach SIM czy też nie. Swoim działaniem Zamawiający uniemożliwił pełne sprawdzenie załączonego do oferty wzorca urządzenia jak i spowodował w pewnych elementach i etapach badań negatywny ich wynik .

Bez znaczenia zdaniem Odwołującego, dla zarzutów odwołania jest zapis pkt.7.3.3. SIWZ o możliwości zniszczenia wzorca w trakcie badań, gdyż nie ma on żadnego związku z opisaną w Odwołaniu sytuacją faktyczną. Podczas wykonywania czynności „*resetowania*” urządzenia i używania przycisku „RST”, Zamawiający nie zachował, zdaniem Odwołującego należytej staranności. Zamawiający jako profesjonalista w obrocie winien w tej konkretnej sytuacji wykazać się nadzwyczajną starannością, albowiem od profesjonalisty w obrocie należy oczekiwać takich podwyższonych wymagań. Zamawiający w sposób odpowiedni tak do sytuacji jak i testowanego urządzenia, winien obsłużyć przycisk „RST” urządzenia. Logika i doświadczenie życiowe wskazuje, iż aby dokonać czynności „*resetu*” takiego urządzenia jakie dostarczył Odwołujący, polegającego na użyciu przycisku o kształcie prostokątnym, nie należy używać narzędzi płasko zakończonych i nie używać do przeprowadzenia tej czynności niewspółmiernie dużej siły. Odwołujący wskazywał i instruował Zamawiającego podczas badań, jak należy obsługiwać przyciski „RST”.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust 1 Pzp

W ocenie Odwołującego, prowadzenie przez Zamawiającego badań uszkodzonego wzorca urządzenia i sporządzenie w oparciu o takie badanie ich wyniku, stanowi naruszenie bezwzględnie obowiązujących przepisów art.7 ustawy Pzp. Podobnie ocenić należy brak zgody Zamawiającego na dostarczenie bliźniaczej próbki wzorca urządzenia celem przeprowadzenia ponownych badań jak i nie podjęcie decyzji najdalej idącej o unieważnieniu postępowania z uwagi na jego wadę, niemożliwą do usunięcia.

Odwołujący wskazał, że poprzez niezawinione przez siebie działanie, został on pozbawiony prawa do równego konkurowania z pozostałymi wykonawcami w postępowaniu. Uzyskanie negatywnych ocen stanowiących wynik badań - uzyskanych na skutek przeprowadzenia badań na uszkodzonym urządzeniu i nieprzeprowadzeniu wszystkich badań, stanowi element który może pozbawić Odwołującego zamówienia i jednocześnie nie może on równo konkurować w postępowaniu z innymi wykonawcami, których urządzenia nie zostały uszkodzone podczas badania. Jak podkreślał wielokrotnie Odwołujący, niezgodne z prawem działanie Zamawiającego nie może mieć negatywnego wpływu na interes Odwołującego.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust.1 pkt.7 ustawy Pzp

Zdaniem Odwołującego, uszkodzenie wzorca urządzenia podczas badań dokonane przez Zamawiającego oraz odmowa możliwości dostarczenia wzorca bliźniaczego celem ponownego przeprowadzenia badań, stanowi niemożliwą do usunięcia wadę postępowania. Skoro w niniejszej sprawie Zamawiający nie dopuścił możliwości dostarczenia przez Odwołującego bliźniaczego wzorca urządzenia w miejsce uszkodzonego, gdyż uznał on ten wzorzec za część oferty przetargowej Odwołującego, to właśnie to trwałe uszkodzenie oferty złożonej przez Odwołującego stanowi wadę postępowania o której mowa w art. 93 ust.1 pkt.7 ustawy Pzp. Na skutek uszkodzenia wzorca urządzenia stanowiącego element oferty Odwołującego, nie jest możliwe przeprowadzenie pełnej i obiektywnej oceny funkcjonalności urządzenia. Za wadę uniemożliwiającą zawarcie umowy uznać więc należy przeprowadzenie badań wzorca urządzenia które uprzednio zostało uszkodzone podczas tych badań i uszkodzenie to uniemożliwiło przeprowadzenie tych badań w pełnym i wymaganym w SIWZ zakresie. Zamawiający oparł wynik badania na częściowo tylko przeprowadzonej procedurze, sprzecznej z zapisami SIWZ. Należy tu zaznaczyć, że 12 z wyszczególnionych w protokole pozycji, nie zostało w ogóle zbadanych właśnie w wyniku uszkodzenia wzorca urządzenia przez Zamawiającego (1.5; 1.6; 1.43, 1.53; 1.55; 1.56; 1.59; 2.8; 2.9; 2.11; 3.1; 3.2.). Tym samym, w ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie ziściły się wymagane przez przepisy ustawy Pzp przesłanki art. 93 ust.1 pkt.7 nakładające na Zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania przetargowego. Wada zaistniała w niniejszym postępowaniu jest na tyle istotna, że niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. W sprawie występuje



związek przyczynowy pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia nie pod legającej unieważnieniu umowy i powstała wada jest niemożliwa do usunięcia.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust.3 i ust. 4 oraz art.87 ust.1 ustawy Pzp  
Odwołujący uznał, że sam fakt dostarczenia bliźniaczego wzorca urządzenia i powtórzenia przez Zamawiającego czynności badań złożonego mu wraz z ofertą wzorca urządzenia nie może zostać uznany za działanie sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Jeśliby Zamawiający po dokonaniu określonej czynności powziął wiedzę o naruszeniu przy jej dokonaniu przepisów ustawy Pzp uprawniony jest do jej powtórzenia na danym etapie postępowania, tak aby zapewnić zgodność prowadzonej przez siebie procedury z przepisami prawa. Stąd też zezwolenie Odwołującemu na dostarczenie bliźniaczego wzorca urządzenia w miejsce uprzednio uszkodzonego i samo powtórzenie przez Zamawiającego czynności badania bliźniaczego wzorca urządzenia dostarczonego przez Odwołującego nie może zostać uznane za działanie naruszające przepisy prawa.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający winien zastosować przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać Odwołującego do złożenia bliźniaczego wzorca urządzenia w miejsce uszkodzonego. Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, tj. wskazania przyczyny uszkodzenia wzorca oraz określenia i podania ewentualnego skutku tego uszkodzenia dla wyniku przeprowadzonych badań. Zamawiający winien dać możliwość Odwołującemu wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości, jakie miał na etapie przeprowadzenia badań wzorca urządzenia. Odwołujący podkreślił, że zaoferowane w jego ofercie urządzenie spełnia wszystkie wymagania SIWZ i z uwagi na uszkodzenie wzorca urządzenia transmisji danych dokonane przez Zamawiającego, winien mieć prawo do dostarczenia bliźniaczego wzorca tego urządzenia, w miejsce uszkodzonego, a Zamawiający winien bezwzględnie przeprowadzić powtórny pełną procedurę badań tego bliźniaczego wzorca.

Zamawiający przedstawił wniosek o odrzucenie odwołania. W argumentacji skazał, że zgodnie z treścią artykułu 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zgodnie artykułem 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać związane przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zamawiający zarzucił, że Odwołujący w treści

odwołania nie wskazał czynności, czy też zaniechania czynności, które byłyby niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych. Czynności takiej nie było. Zamawiający wyjaśnił także, że Zamawiający nie ma ustawowego terminu w którym powinien się wypowiedzieć co do wezwania, a wobec okoliczności, że Zamawiający nie podjął też jeszcze dalszych kroków w celu finalizacji procedury zamówienia, Postępowanie się nie zakończyło, nie można mówić, aby istniały podstawy, w świetle art. 180 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do wniesienia odwołania.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania. W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający nie wskazał żadnej podstawy prawnej, w oparciu o którą odwołanie powinno zostać odrzucone. Ponadto Odwołujący wyraźnie w treści odwołania wskazał, że odwołanie dotyczy czynności przeprowadzonych przez Zamawiającego testów, (w tym także uszkodzenia przez Zamawiającego Wzorca), która w jego ocenie została przeprowadzona nieprawidłowo. Zatem procedura badania dostarczonego Wzorca urządzenia jest czynnością, od której wniesiono odwołanie i jako czynność Zamawiającego – może być zaskarżona w trybie przewidzianym w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 1 ustawy, odwołanie wnosi się od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający jednoznacznie oświadczył, że zakończył przeprowadzenie testów, zatem odrzucenie odwołania (skądinąd bezpodstawne) pozbawiłoby Odwołującego możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej. Co więcej, Odwołujący wskazywał także w treści odwołania na naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7, 26 ust. 3 i 4, 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z przeprowadzoną czynnością badania Wzorca.

W świetle powyższego, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Bezsporne pomiędzy stronami jest, że każdy z wykonawców był zobowiązany do złożenia wraz z ofertą próbki. Każdy z wykonawców składał jedną próbkę urządzenia oferowanego

(Wzorzec). Próbki miały zostać poddane badaniom w laboratorium, w których uczestniczyli przedstawiciele Zamawiającego i Wykonawcy, którego próbkę poddawano badaniu. W załączniku nr 5 do SIWZ wyszczególniono funkcjonalności i parametry, które miało spełniać oferowane (i poddane badaniu) urządzenie. Zamawiający w treści SIWZ zawarł postanowienie, zgodnie z którym zastrzegł, że nie ponosi odpowiedzialności za ewentualne uszkodzenia wzorca urządzenia transmisji danych powstałe w trakcie badania, chyba że uszkodzenia te są wynikiem umyślnego działania lub rażącego niedbalstwa po stronie Zamawiającego (pkt.7.3.3. SIWZ).

Każdy z wykonawców miał jedną szansę badania jego próbki podczas testów laboratoryjnych.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający w trakcie procedury testowej dostarczonej przez niego próbki urządzenia (Wzorca) użył narzędzia w postaci śrubokręta z końcówką płaską przy użyciu przycisku reset. W ocenie Odwołującego, uszkodzenie przycisku reset (RST) nastąpiło w wyniku zastosowania tego narzędzia. Odwołujący wskazywał, że przy pierwszym użyciu tego przycisku zwracał uwagę Zamawiającemu, że zastosowane przez Zamawiającego narzędzie (śrubokręt z końcówką płaską) jest niewłaściwe.

Odwołujący nie zarzucił Zamawiającemu umyślnego działania (które doprowadziło do uszkodzenia próbki), na co wskazują także pisma wystosowane przez Odwołującego do Zamawiającego w dniach stycznia 2018 r. i 31 stycznia 2018 r. W piśmie z dnia 29 stycznia 2018 roku Odwołujący oświadczył: „Zdajemy sobie sprawę z faktu, że uszkodzenie przycisku RST przez Państwa przedstawiciela było całkowicie niezamierzone, tym niemniej jednak, nie możemy, jako wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ponosić negatywnych, nieodwracalnych konsekwencji takiego zdarzenia.”

Odwołujący zarzucił natomiast Zamawiającemu rażące niedbalstwo. Jak wynika z wypowiedzi Odwołującego w trakcie rozprawy - to rażące niedbalstwo Zamawiającego doprowadziło do uszkodzenia próbki urządzenia (Wzorca). Na pytanie Izby, na czym polegało rażące niedbalstwo, Odwołujący wyjaśnił, że „powszechnie wiadomo, w jaki sposób należy używać przycisku reset. Zamawiający winien wiedzieć, z jaką siłą i jakiego należy użyć narzędzia, aby wykluczyć wepchnięcie przycisku do wnętrza obudowy.”

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał okoliczności na którą się powołał, tj. rażącego niedbalstwa Zamawiającego przy badaniu próbki (Wzorca) dostarczonego przez Odwołującego i użyciu przycisku RST.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że twierdzenia dotyczące powszechnej wiedzy na temat sposobu uruchamiania przycisku reset są całkowicie bezpodstawne. Jako przykład należy wskazać, że chociażby skład orzekający Izby nie dysponuje wiedzą, jakiej siły należy użyć w celu uruchomienia tego przycisku, więc już ten fakt świadczy o tym, że nie jest to powszechna wiedza. Odwołujący nie wskazał też, skąd wiedza ta miałaby wynikać –

zwłaszcza, że sposób uruchomienia tego przycisku nie został opisany w instrukcji obsługi urządzenia. Co więcej, sam Odwołujący ani w treści odwołania, ani w trakcie rozprawy, nie opisał, jakiego konkretnie narzędzia należy użyć w celu uruchomienia przycisku reset, ani jakiej dokładnie siły należy użyć przy prawidłowym uruchomieniu przycisku.

Odwołujący nie wykazał, jakiego konkretnie należy użyć narzędzia. Tym bardziej, że Odwołujący nie dostarczył Zamawiającemu wraz z urządzeniem żadnego narzędzia dedykowanego do uruchomienia przycisku reset. Zatem skoro nie jest powszechnie znana wiedza, w jaki sposób przycisk ma zostać uruchomiony, ani jakie narzędzie ma zostać w tym celu użyte, jak również sposób uruchomienia i rodzaj narzędzia nie wynikał z instrukcji obsługi urządzenia, to znaczy że nie można mówić o rażącym niedbalstwie Zamawiającego, który użył narzędzia w postaci śrubokręta. Co więcej, to Zamawiający wskazał, że to właśnie śrubokręt jest tym narzędziem, jakiego używają powszechnie pracownicy, którzy z tymi urządzeniami pracują. Tym samym użycie śrubokręta, którego końcówka pasowała do otworu w celu naciśnięcia przycisku (przy braku innych konkretnych wskazówek), wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie jest sprzeczna z logiką, lecz logicznym wykorzystaniem dostępnego narzędzia, zwłaszcza, gdy powszechnie takiego narzędzia używają osoby, które będą pracowały przy ewentualnej obsłudze urządzenia.

O nieumiejętnym naciśnięciu przycisku RST (lub też wykonaniu funkcji resetu) można by mówić, gdyby sposób korzystania z tego przycisku został opisany przez Odwołującego w dostarczonej wraz z próbką (Wzorcem) urządzenia dokumentacji, w szczególności instrukcji obsługi urządzenia, a Zamawiający postąpiłby wbrew treści tej instrukcji. Odwołujący nie wykazał, aby w dostarczonej przez niego dokumentacji urządzenia były informacje (instrukcje) dotyczące wykonywania czynności resetu.

Należy wskazać, że w trakcie weryfikacji spełnienia przez dostarczoną przez Odwołującego próbkę (Wzorzec urządzenia) wymagań określonych w załączniku nr 5 do SIWZ obecni byli przedstawiciele Zamawiającego i Odwołującego. Nie było sporne, że Wykonawcy obecni w trakcie badania, mieli możliwość możliwości wniesienia do protokołu z badań uwag. Z treści protokołu wynika, że przedstawiciele Odwołującego nie skorzystali z tej możliwości i nie wnieśli o zaprotokołowanie jakichkolwiek uwag. W szczególności brak jest stwierdzenia, z którego wynikałoby zakwestionowanie prawidłowości przeprowadzenia badania. Jak wskazał Zamawiający, przedstawiciele Odwołującego zarekomendowali zakończenie testów z uwagi na uszkodzenie Wzorca urządzenia. Po zakończeniu badań obecni podczas badania przedstawiciele Odwołującego potwierdzili swoimi podpisami swoją obecność i nie wnosząc dodatkowych uwag czy zastrzeżeń, zaakceptowali treść Protokołu badań. Tym samym należało także uznać, że przedstawiciele Odwołującego nie wnieśli uwag i nie wskazywali od samego początku, aby próbka (Wzorzec) urządzenia miała zostać uszkodzona przez Zamawiającego.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający winien dać możliwość Odwołującemu wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości, jakie miał na etapie przeprowadzenia badań Wzorca urządzenia. Należy wskazać, że Odwołujący posiadał takie możliwości. Świadczy o tym obecność przedstawicieli Odwołującego przy czynności przeprowadzenia testu, a także protokół, w którym przy badaniu każdej z funkcjonalności przedstawiciele Odwołującego mieli możliwość przedstawienia własnych uwag.

W ocenie Izby podkreślenia wymaga okoliczność, że próbka urządzenia (Worzec) stanowi treść oferty. Nie jest zatem możliwe kolejne dostarczenie oferowanego urządzenia. Dokonanie kolejnego badania stanowiłoby uprzywilejowane traktowanie Odwołującego. Składając ofertę, wykonawca bierze na siebie ryzyko złożenia dobrego jakościowo wzorca. W niniejszym postępowaniu Odwołujący złożył Worzec, który nie przeszedł pozytywnie badania przeprowadzonego przez Zamawiającego. Każdy z wykonawców mógł złożyć tylko jeden Worzec. Ryzyko, że badania Wzorca nie zakończą się wynikiem pozytywnym, jest ryzykiem biznesowym wykonawcy. Wykonawca powinien przedstawić taki egzemplarz Wzorca, w którym ilekroć potrzebne będzie użycie przycisku (funkcji) reset, to ten będzie działał.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie zarzut nieprawidłowego przeprowadzenia przez Zamawiającego badań Wzorca urządzenia transmisji danych.

Oddalając ten zarzut, Izba w pierwszej kolejności miała na uwadze okoliczność, że w dokumentacji przetargowej Zamawiający nie sprecyzował, w jakiej kolejności będzie dokonywane badanie wymagań określonych w Załączniku nr 5 do SIWZ. Odwołujący nie wykazał także, aby kolejność weryfikacji wymagań miała znaczenie i wpływała na wynik badania, lub też była różna dla wykonawców i wpływała na zachwianie zasady równej konkurencji wykonawców. Powyższe oznacza, że nie można mówić o jakiegokolwiek nieprawidłowości w dokonywanej czynności badania Wzorca przez Zamawiającego. Dodatkowo, jak wyjaśnił Zamawiający, przesunięcie weryfikacji wymagań określonych w pkt. 1.5, 1.6 i 1.43 załącznika nr 5 do SIWZ na koniec testów wynikało z ostrożności, wynikającej z posiadanego przez Zamawiającego doświadczenia. Przedstawiciele wykonawców, w tym Odwołującego, przed rozpoczęciem badań zostali o tym fakcie poinformowani i nie wnieśli uwag w tym zakresie, akceptując przy tym argumentację Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił także, że w przypadku pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu postąpił analogicznie, w myśl zasady równego traktowania wszystkich wykonawców.

W ocenie Izby nie stanowi o nieprawidłowym przeprowadzeniu testu podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że komisja początkowo nie знаła tzw. kodu usługi potrzebnego do skonfigurowania testu i musiała go odnaleźć, ani też okoliczność, że komisja nie potrafiła

poprawnie wysłać testowej wiadomości USSD, skoro statecznie udało się wysłać taką wiadomość wysłać i dotarła ona do badanego urządzenia. Okoliczności te mogą jedynie świadczyć o niedoskonałości komisji Zamawiającego, jednakże nie wykazano, aby miały wpływ na wynik badania, bowiem ostatecznie testy zostały przeprowadzone. Ponadto, jak wyjaśnił Zamawiający, praktyką Zamawiającego w odniesieniu do wszystkich wykonawców jest dodatkowe wyjaśnianie niektórych punktów badań tam, gdzie występują wątpliwości. Skoro tak, nie można mówić o jakiegokolwiek niezgodności prowadzonych badań z SIWZ, ani też możliwości naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, czy innych zasad w postępowaniu.

Izba za niezasadny uznała także zarzut Odwołującego dotyczący nieprawidłowości badania w zakresie wymagania pkt 1.60 Załącznika nr 5 do SIWZ. Odwołujący wskazywał, że badania nie zakończono z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Jak wyjaśnił Zamawiający, Wykonawca zobowiązany był dostarczyć z ofertą kompletne urządzenie, w tym również drugą niezintegrowaną z obudową Urządzenia część złącza, która niezbędna jest do przyłączenia wejść sygnałowych, a której to części złącza Odwołujący nie dołączył do swojej oferty. Powyższe potwierdza treść protokołu z badania, gdzie w uwagach do pkt 1.60 wskazano: „do oferty nie dołączono złącza do wejść dwustanowych co uniemożliwiło weryfikację wymagania 1.60b).” W tym zakresie Odwołujący również nie zamieścił uwag przeciwnych w protokole, co więcej protokół tej treści został podpisany przez przedstawicieli Odwołującego. Powyższe oznacza, że nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego o nieprawidłowym przeprowadzeniu przez Zamawiającego badania w tym zakresie.

Izba za bezzasadny uznała także zarzut niedopuszczenia przez Zamawiającego dostarczenia przez Odwołującego bliźniaczego Wzorca urządzenia transmisji danych w miejsce uszkodzonego oraz zarzut niepodjęcia przez Zamawiającego decyzji o ponownym przeprowadzeniu testu bliźniaczego Wzorca urządzenia transmisji danych.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 4.2.1 SIWZ, Wzorzec urządzenia stanowi element oferty, który nie podlega uzupełnieniu. Ponadto, każdy z wykonawców miał możliwość przedstawienia tylko jednego wzorca. Wzorzec powinien przejść badanie przeprowadzone przez Zamawiającego Dostarczenie urządzenia bliźniaczego stanowiłoby kolejną próbę dla Wykonawcy, co stawiałoby go w uprzywilejowanej pozycji względem innych wykonawców. Odwołujący nie wykazał (jak wskazano powyżej), aby wzorzec został uszkodzony na skutek rażącego niedbalstwa Zamawiającego. Tym samym nie zaistniały żadne podstawy do dostarczenia przez Odwołującego bliźniaczego Wzorca urządzenia transmisji danych w miejsce uszkodzonego. Z tego też względu Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia

przez Zamawiającego art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i określonej w nim zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby bezzasadny jest także zarzut zaniechania przez Zamawiającego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał wady postępowania, która uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający na skutek rażącego niedbalstwa czy umyślnego działania uszkodził przedstawiony do badań Wzorzec. Nie mamy zatem do czynienia z wadą postępowania i w konsekwencji nie zachodzi podstawa do jego unieważnienia. Ponownie Izba zauważa, że ryzyko, że Wzorzec nie przejdzie z pozytywnym wynikiem przeprowadzonych testów, jest ryzykiem biznesowym wykonawcy. Jak wskazano powyżej, Odwołujący nie dowiódł także nieprawidłowości przeprowadzonych testów.

Izba za bezzasadny uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenie wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba, że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W ocenie Izby, Wzorzec jako element treści oferty, nie podlega uzupełnieniu i/lub wyjaśnieniu, tym bardziej, że nie zachodziła taka podstawa. Ponadto, jak wskazał Zamawiający, wymagane przez Zamawiającego do złożenia w ramach postępowania dokumenty i oświadczenia zostały wymienione w pkt 3.3-3.7 SIWZ, przy czym w żadnym miejscu nie wskazano, aby Wzorzec urządzenia zaliczany był do dokumentów lub oświadczeń, których złożenie jest wymagane na podstawie art. 25 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro więc Wzorzec urządzenia nie jest dokumentem ani oświadczeniem w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to nie jest

możliwe uzupełnianie Wzorca urządzenia w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepis ten, podobnie jak art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy wyjaśnienia wątpliwości, nie zaś zmiany czy poprawienia oferty.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....