

POSTANOWIENIE
z dnia 14 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 14 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2019 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – SPRINT S.A. z siedzibą w Warszawie, Hytera Mobilfunk GmbH z siedzibą w Bad Munder, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Komendę Główną Policji, przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Indra Sistemas Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Rohill Engineering B.V. z siedzibą w Hoogeveen, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Motorola Solutions Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Motorola Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

postanawia:

1. odrzucić odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Odwołującego i:
 - 2.1. zaliczyć 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. zasądzić od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł
(słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Komenda Główna Policji (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Modernizacja policyjnych sieci radiowych w 13 miastach i aglomeracjach miejskich do systemu standardu ETSI TETRA”, 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 1 września 2018 r., pod nr 2018/S 168-382059.

2 kwietnia br. Zamawiający przekazał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia – SPRINT S.A. z siedzibą w Warszawie, Hytera Mobilfunk GmbH z siedzibą w Bad Munder (dalej „Odwołujący”) protokół z wynikami prezentacji rozwiązań oferowanych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Motorola Solutions Systems Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Motorola Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Konsorcjum M”).

8 kwietnia br. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zakwestionował:

1. ocenę, że prezentacja rozwiązania Konsorcjum M testowanego w toku Postępowania zakończyła się wynikiem pozytywnym;
2. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum M jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), ewentualnie – dopuszczenie do zmiany treści oferty po terminie składania ofert;

wskazując na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 84 ust. 1, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany protokołu prezentacji systemu TETRA z dnia 29 marca 2019 r. przez wykreślenie wyrazu „TAK” i wpisanie „NIE” we wszystkich wierszach kolumny „Wynik testu” oraz nakazanie zmiany podsumowania prezentacji i stwierdzenie, że zakończyła się wynikiem negatywnym;
2. odrzucenia oferty Konsorcjum M.

Odwołujący wskazał, że jako podmiot, który złożył ofertę w Postępowaniu posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż uwzględnienie przedmiotowego odwołania doprowadzi do uzyskania zamówienia przez Odwołującego, gdyż w takim przypadku oferta Odwołującego pozostałaby jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że w rozdziale VII SIWZ – „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy” Zamawiający zawarł postanowienie: „W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego, określone w SIWZ, Zamawiający przeprowadzi testy – prezentacje. Zasady przeprowadzenia testów – prezentacji oferowanego przedmiotu zamówienia: Zamawiający po otwarciu ofert i dokonaniu wstępnej czynności sprawdzenia ofert, przedstawi Wykonawcom pisemny harmonogram przeprowadzenia testów oferowanego przedmiotu zamówienia, z dokładnym podaniem terminów. Zasady przeprowadzenia testów – prezentacji zostały określone w Załączniku nr 6 do SIWZ”.

W załączniku nr 6 wskazano m.in.:

„[...]”

2. Wersja prezentowanego systemu musi być zgodna z wersją systemu zgłoszonego w ofercie przetargowej Wykonawcy. Modele terminali muszą być zgodne ze zgłoszonymi w ofercie przetargowej Wykonawcy.
5. Zamawiający uzna potwierdzenie zgodności oferowanego systemu z wymaganiami określonymi w OPZ, o ile każda z przeprowadzonych prezentacji zostanie zakończona wynikiem pozytywnym, tj. potwierdzającym zgodność badanej funkcjonalności z wymaganiami Zamawiającego. Określona prezentacja zostanie zakończona z wynikiem pozytywnym, jeżeli we wszystkich jej punktach (krokach) podlegających ocenie zostanie udzielona odpowiedź „TAK”.
6. W przypadku negatywnego wyniku prezentacji określonej funkcjonalności, Wykonawca ma prawo do jednokrotnego, ponownego jej przeprowadzenia w tym samym dniu.
7. Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy prezentującego, jeśli ostateczny wynik chociażby jednej z prezentacji funkcjonalności będzie negatywny.

[...]”.

W treści formularza ofertowego wykonawcy mieli wskazać producenta, model i wersję oferowanego sprzętu. W dniu 2 kwietnia 2019 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego kopię dokumentów Postępowania dotyczących m.in. Konsorcjum M, w tym protokołu prezentacji systemu TETRA. Wynika z niego, że Zamawiający uznał, jakoby prezentację zakończono pozytywnym wynikiem. Jednakże z protokołu wynika także,

że prezentowane/testowane urządzenia nie odpowiadały wskazanym w treści oferty Konsorcjum M. W ocenie Odwołującego podstawowym warunkiem przeprowadzenia prezentacji jest zgodność testowanych urządzeń z urządzeniami wskazanymi w ofercie, której brak w przypadku Konsorcjum M.

W formularzu oferty (str. 7-9) Konsorcjum M wskazało, że dostarczy radiotelefony noszone Motorola Solutions Model MTP seria 3000, wersja oprogramowania MR17.3 i terminale biurkowe MTM seria 5400 i MTM seria 5500 wersja oprogramowania MR17.3. Natomiast w protokole testów zapisano, że testowano terminale MTP 3550 oraz MTM 5400. Ponadto podczas testów nie zweryfikowano wersji oprogramowania terminali. W ocenie Odwołującego warunkiem koniecznym przeprowadzenia i zakończenia prezentacji pozytywnym wynikiem jest tożsamość sprzętu, w tym oprogramowania, oferowanego ze sprzętem testowanym. Tymczasem rozbieżność pomiędzy formularzem ofertowym a protokołem testów dowodzi, że brak jest tożsamości pomiędzy terminalami wskazanymi w formularzu oferty a terminalami testowanymi. Analogicznie – wobec braku weryfikacji wersji oprogramowania testowanych terminali należy stwierdzić brak tożsamości pomiędzy oprogramowaniem terminali. Nie został zatem spełniony podstawowy warunek prezentacji jakim jest tożsamość sprzętu i oprogramowania oferowanego ze sprzętem testowanym. W konsekwencji należy uznać, że Zamawiający nie powinien zakończyć prezentacji wynikiem pozytywnym, ale negatywnym. Uzasadnione jest zatem unieważnienie wyników prezentacji i stwierdzenie, że wynik prezentacji jest negatywny a zatem nie doszło do potwierdzenia zgodności oferowanego systemu z wymaganiami określonymi w OPZ, lco z kolei powinno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum M.

Ponadto Odwołujący stwierdził, że przebieg prezentacji dowiódł, że Konsorcjum M nieprawidłowo wypełniło formularz ofertowy. Jak wskazano powyżej w treści formularza ofertowego wykonawcy mieli wskazać producenta, model i wersję oferowanego sprzętu. W ofercie Konsorcjum M, w pkt 14 formularza ofertowego, posłużono się takimi sformułowaniami:

- Pkt 1) Producent: Motorola Solutions; Wersja: platforma xCore wersja oprogramowania z linii 9.0.2
- Pkt 2) Producent: Motorola Solutions; Model MTS-4, wersja oprogramowania z linii 9.0.2
- Pkt 3) Producent: Motorola Solutions; Model MCC 7500C i MCC 7500S, wersja oprogramowania z linii 9.0.2
- Pkt 4) Motorola Solutions; Model MTP seria 3000 wersja oprogramowania MR17.3
- Pkt 5) Motorola Solutions; Model MTM seria 5400 i MTM seria 5500 wersja oprogramowania MR17.3
- Pkt 6) Motorola Solutions; Model MTM seria 5400 wersja oprogramowania MR17.3.

Protokół prezentacji niezbicie dowodzi, że Konsorcjum M przez wyrażenie „seria 3000” nie rozumiało konkretnego urządzenia, ale grupę urządzeń. Na prezentacji bowiem przedstawiono urządzenia MTP 3550 i MTM 5400. W konsekwencji należy uznać, że testy wykazały, że oferta Konsorcjum M nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie w jakim wymagano podania producenta modelu i wersji. Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że również wyrażenia „wersja oprogramowania z linii 9.0.2” stanowi niedostateczne, w świetle wymagań SIWZ, sprecyzowanie przedmiotu oferty. Powyższe jest tym bardziej istotne, że jeśli chodzi o produkowane seryjnie przez Motorola Solutions modele terminali noszonych, to istnieją przynajmniej dwa terminale o oznaczeniu MTP 3xxx, przy czym przynajmniej jeden z nich nie spełnia wymagań SIWZ. W orzecznictwie przyjmuje się, że w sytuacji, gdy wykonawca nie podał wymaganych danych definiujących przedmiot oferty, takich jak producent, model, wersja oferta podlega odrzuceniu. Oceny tej nie może zmienić fakt, że podczas prezentacji skonkretyzowano przedmiot oferty, oferta bowiem powinna być sporządzona prawidłowo od samego początku i nie może podlegać zmianie.

Powyższa sytuacja, tj. definiowanie przedmiotu oferty podczas prezentacji, może być także rozumiana jako niedopuszczalna zmiana oferty po terminie jej składania, co stanowi naruszenie art. 84 ust. 1 i 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie może zaakceptować tych zmian, konsekwencją czego powinno być odrzucenie oferty.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia zgłosili:

1. Konsorcjum M – po stronie Zamawiającego;
2. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Indra Sistemas Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Rohill Engineering B.V. z siedzibą w Hoogeveen – po stronie Zamawiającego (dalej „Konsorcjum I”).

Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienia przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z oświadczeniami zawartymi w przystąpieniach.

Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniem SIWZ zawartym w Rozdziale 7, pod ust. 2 SIWZ („Zasady przeprowadzenia testów – prezentacji oferowanego przedmiotu zamówienia”), Zamawiający przesądził, że po otwarciu ofert i dokonaniu wstępnej czynności ich sprawdzenia przedstawi wykonawcom pisemny harmonogram przeprowadzenia testów oferowanego przedmiotu zamówienia.

Pismem z 15 marca 2019 r. adresowanym do wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia Zamawiający, działając na podstawie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, poinformował o odrzuceniu oferty Konsorcjum I, wskazując w podstawie prawnej tej czynności art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,

oraz o zaproszeniu do testów/prezentacji oferowanego rozwiązania Odwołującego i Konsorcjum M.

Izba zważyła – odwołanie podlegało odrzuceniu na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. jako wniesione po upływie terminu określonego w Pzp.

Skład orzekający, kierując się przytoczonym w ramach ustaleń faktycznych postanowieniem SIWZ dotyczącym wstępnej weryfikacji ofert oraz treścią pisma z 15 marca 2019 r., przyjął, że w tej sprawie prowadzona przez Zamawiającego procedura badania ofert podzielona została na dwie części, z których pierwsza prowadzona była w oparciu o treść formularza oferty i złożonych dokumentów przedmiotowych, natomiast druga – na podstawie prezentacji oferowanych rozwiązań, do których dopuszczeni mieli być wykonawcy, których oferty pomyślnie przeszły wspomnianą wcześniej wstępną weryfikację.

Wyrażone powyżej zapatrywanie na zakres wstępnej weryfikacji ofert potwierdza treść czynności podjętych przez Zamawiającego względem Konsorcjum I. Oferta tego wykonawcy została, jak wspomniano, odrzucona z powodu jej niezgodności z SIWZ z uwagi na wskazany w niej termin realizacji etapu II oraz ze względu na okoliczność, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, do których Konsorcjum I zostało przez Zamawiającego wezwane, potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że Zamawiający analizował informacje zawarte w złożonych ofertach i oceniał je pod kątem przesłanek z art. 89 ust. 1 Pzp.

Nie sposób przy tym twierdzić, że oferty pozostałych wykonawców (Odwołującego i Konsorcjum M) mogły zostać wstępnie ocenione w innym zakresie, bądź nie ocenione w ogóle, skoro z przywołanego wcześniej postanowienia SIWZ wynikało, że zaproszenie wykonawców do testów/prezentacji uwarunkowane było właśnie wstępną weryfikacją ich ofert. *Ergo* skoro zarówno Odwołujący, jak i Konsorcjum M, zostali zaproszeni do tych czynności, jak to wynika z przywołanej korespondencji Zamawiającego, to etap wstępnej weryfikacji ich ofert, w omówionym powyżej znaczeniu, również został zakończony. Przyjęcie odmiennej koncepcji pozostawałoby, zdaniem Izby, w sprzeczności z wyrażonymi w art. 7 ust. 1 Pzp zasadami równego traktowania wykonawców (badanie tylko niektórych ofert, bądź badanie ofert na różnym poziomie szczegółowości) i przejrzystości (stosowanie odmiennych od wynikających z SIWZ reguł dotyczących badania ofert lub odmienna interpretacja reguł wynikających z SIWZ w odniesieniu do poszczególnych ofert).

W konsekwencji podniesione przez Odwołującego w toku posiedzenia zastrzeżenie co do braku definicji czynności wstępnej weryfikacji ofert (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 6) nie mogło się ostać, ponieważ treść czynności podjętej względem Konsorcjum I,

o której Zamawiający poinformował uczestników Postępowania pismem z 15 marca 2019 r., przesądzała o wskazanym powyżej zakresie wstępnej weryfikacji ofert.

Przenosząc powyższe zapatrywania na kwestię oceny zachowania terminu do wniesienia odwołania w tej sprawie skład orzekający zwrócił uwagę na wynikającą z jego uzasadnienia pozorną kwestionowaną przez Odwołującego poprawność wyników prezentacji rozwiązań oferowanych przez Konsorcjum M, o których Odwołujący dowiedział się 2 kwietnia 2019 r. Konsekwentne podważenie przez Odwołującego prawidłowości sposobu wypełnienia formularza oferty przez Konsorcjum M doprowadziło Izbę do wniosku, że Odwołujący kwestionuje *de facto* treść tego dokumentu. Był on jednak – jak wspomniano – oceniany pod kątem zgodności z SIWZ w ramach opisanej powyżej wstępnej weryfikacji, o której wynikach Odwołujący został poinformowany pismem z 15 marca 2019 r. Świadczą o tym przytoczone na str. 6 uzasadnienia niniejszego postanowienia fragmenty odwołania o braku sprecyzowania przez Konsorcjum M w formularzu ofertowym przedmiotu świadczenia, zarówno co do modelu urządzenia, jak i wersji oprogramowania. Na tej podstawie Odwołujący zbudował argumentację o braku tożsamości pomiędzy świadczeniem zaoferowanym a poddanym testom w ramach prezentacji stwierdzając, że jej przebieg upewnił go o wadliwym sposobie wypełnienia przez Konsorcjum M formularza oferty (zob. tezy z odwołania przytoczone na str. 5 uzasadnienia postanowienia). Nie zmienia to okoliczności, że zarzut o wadliwym sposobie wypełnienia formularza należało podnieść po uzyskaniu informacji o dopuszczeniu Konsorcjum M do testów/prezentacji, o czym Zamawiający informował 15 marca 2019 r. Okoliczność tę dostrzegł również na posiedzeniu sam Zamawiający wskazując, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest spóźniony, tym niemniej błędnie wywodząc, że pozostałe zarzuty odwołania mogą podlegać rozpoznaniu. Dostrzeżenia wymaga jednak, że zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 84 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp stanowiły jedynie pochodną zarzutu spóźnionego, na co wyraźnie wskazuje stanowisko Odwołującego przytoczone na str. 6 uzasadnienia, w konsekwencji czego również nie podlegały merytorycznemu rozstrzygnięciu.

Reasumując, wobec przesłania Odwołującemu informacji o dopuszczeniu Konsorcjum M do testów/prezentacji termin do wniesienia odwołania z podniesionymi w jego treści zarzutami, w ocenie składu orzekającego, powinien być liczony zgodnie z regułą wynikającą z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp i rozpoczął bieg 15 marca 2019 r., a upłynął 25 marca br. Odwołanie w tej sprawie zostało wniesione 8 kwietnia br., a więc z uchybieniem terminowi na skorzystanie ze środka ochrony prawnej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji postanowienia) orzeczono biorąc pod uwagę przepisy art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: