

WYROK

z dnia 2 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Piotr Kozłowski
Emil Kuriata
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2015 r. przez wykonawcę – Przemysłowy Instytut Automatyki i Pomiarów PIAP w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie, przy udziale wykonawcy – Reago Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę – Przemysłowy Instytut Automatyki i Pomiarów PIAP w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Przemysłowy Instytut Automatyki i Pomiarów PIAP w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:
.....
.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa w latach 2015-2016 50 kpi. mobilnych bezzałogowych pojazdów rozpoznawczych „TARANTULA” (znak sprawy: IU/189/X-94/ZO/NZO/DOS/SS/2014), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 października 2014 r. pod numerem 2014/S 198-349834.

W dniu 12 czerwca 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę Reago Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca RG”).

W dniu 22 czerwca 2015 r. wykonawca Przemysłowy Instytut Automatyki i Pomiarów PIAP w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Izby odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. zaniechanie wykluczenia Wykonawcy RG, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik Postępowania,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”),
3. art. 7 Pzp przez zmianę zasad dokonywania oceny ofert w sposób naruszający przepisy dotyczące uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania ponownej oceny ofert według zasad i wymagań określonych w SIWZ,
3. odrzucenie oferty Wykonawcy RG jako nie spełniającej wymagań SIWZ,
4. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej

Odwołujący podał, że posiada interes w skorzystaniu ze środka ochrony prawnej. Zarzuty podnoszone w treści odwołania dotyczą wadliwych czynności Zamawiającego w zakresie zasad i metod oceny ofert w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie podmiotów ubiegających się o zamówienie. Oferta Odwołującego jest druga w rankingu ocen i w przypadku odrzucenia oferty Wykonawcy RG to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Na uzasadnienie zarzutów odwołania wskazano, co następuje.

I. Niezgodność oferty Wykonawcy RG z treścią SIWZ

Zgodnie z wymaganiami SIWZ wykonawca wraz z ofertą był zobowiązany złożyć wypełniony załącznik nr 1 określający szczegółowe wymagania w zakresie mobilnego bezzałogowego pojazdu rozpoznawczego „Tarantula”.

W uwadze do tabeli w załączniku nr 1 Zamawiający zastrzegł, że w kolumnie „Oferta Wykonawcy” należy wpisać konkretne wartości mierzalne parametrów wymaganych przez Zamawiającego, a w przypadku gdy parametrów nie da się opisać konkretnymi wartościami mierzalnymi, należy wpisać odpowiednio „spełnia” lub „nie spełnia”.

Zdaniem Odwołującego Wykonawca RG nie spełnił powyższego wymagania SIWZ, ponieważ nie podał wartości parametru oferowanego w następujących pozycjach tabeli załącznika nr 1:

- 6.2.1. Praca w warunkach podwyższonej temperatury otoczenia +50°C,
- 6.2.2. Praca w warunkach obniżonej temperatury otoczenia -30°C,
- 7.2. Kalendarzowy czas eksploatacji (T_e) ≥ 10 lat (...),
- 7.3. Oczekiwany czas naprawy MBPR (T_n) ≤ 21 dni (...)
- 14.34. Zastosowane akumulatory podczas pracy MBPR w temperaturach granicznych wynoszących -30°C oraz +50°C powinny zapewnić co najmniej 50% wymaganego czasu działania określonego w pkt 14.18,
- 14.40. Maksymalny poziom hałasu emitowanego przez MBPR podczas jazdy z prędkością co najmniej 1 km/h nie powinien przekraczać wartości 39 dB ponad poziom tła (...)

W opisanych wyżej przypadkach niezgodność oferty Wykonawcy RG z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp polega na niezgodnym z wymaganym sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu zobowiązania ofertowego.

Podanie konkretnych, mierzalnych wartości oferowanych parametrów ma charakter wymogu bezwzględnego.

Z uwagi na fakt, że w celu potwierdzenia oferowanych parametrów, Zamawiający nie żądał od Wykonawców żadnych innych dokumentów, katalogów, folderów, czy specyfikacji technicznych jedyne źródło wiedzy o oferowanym produkcie stanowi w tym przypadku oferta wykonawcy.

II. Nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik Postępowania

Odwołujący podał, że Wykonawca RG zaofertował pojazd oznaczony symbolem MTGRR produkcji ROBOTTEAM z Izraela.

Powołując się na ogólnodostępne informacje w postaci katalogów i specyfikacji technicznych tego producenta oraz prezentację konstrukcji wspomnianego robota na tegorocznych Targach EUROPOLTECH, należy wskazać na istotne rozbieżności pomiędzy parametrami technicznymi deklarowanymi przez producenta, a parametrami wskazanymi w ofercie. Dotyczy to, w ocenie Odwołującego, następujących pozycji załącznika nr 1:

- 14.12. wymagana maksymalna prędkość robota min. 10 km/h; deklarowana przez producenta – 3,5 km/h,
- 14.29. wymagany czas pracy na bateriach: min. 5 h; deklarowany przez producenta – 2-4 h,
- 14.15. wymagany zasięg manipulatora: min. 100 cm; deklarowany przez producenta – 49 cm,
- 14.16. wymagane otwarcie szczęk chwytaka: min 15 cm; deklarowane przez producenta – 11 cm,
- 6.2.2. wymagana minimalna temperatura pracy -30°C; deklarowana przez producenta: -20°C.

Odwołujący w dniu 3 czerwca br., tj. przed rozstrzygnięciem Postępowania, przekazał Zamawiającemu powyższe informacje, które jednak nie spowodowały wszczęcia przez niego procedury wyjaśniającej w myśl przepisu art. 87 ust. 1 Pzp. Dodał, że Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia Postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty budzących wątpliwości lub do końca niewyjaśnionych. Podkreślił, że Zamawiający w każdym czasie (tj. również po rozstrzygnięciu Postępowania) może dokonać reasumpcji swojej czynności, która wcześniej obarczona była wadą. Powtórzenie czynności powoduje skutek, że bieg Postępowania zostaje cofnięty do momentu jakiego dotyczy powtarzana czynność ze wszystkimi konsekwencjami w postaci praw i obowiązków przypisanych zarówno wykonawcy, jak i Zamawiającemu.

Zamawiający zaniechał czynności pozwalających mu na obiektywne rozstrzygnięcie czy złożona przez Wykonawcę RG oferta spełnia wszystkie wymagania zamówienia.

Odwołujący oświadczył, że jest wieloletnim, znanym w kraju i zagranicą producentem bezzałogowych platform mobilnych. Roboty produkowane przez niego znalazły zastosowanie w 11 krajach świata, a w Polsce m.in. w Policji, Wojsku, Straży Granicznej, Straży Pożarnej, BOR i innych służbach państwowych. Stwierdził, że jego wiedza i doświadczenie w tym obszarze nakazuje bezwzględnie zaprzeczyć możliwości zaoferowania przez Wykonawcę RG mobilnych robotów, których parametry znacznie odbiegają od konstrukcji oferowanej przez producenta. Tak daleko idące różnice wymagałyby bowiem bardzo głębokich zmian konstrukcyjnych i technologicznych, materiałowych i gabarytowych, nieosiągalnych w czasie pomiędzy datą zawarcia umowy a wyznaczonymi przez Zamawiającego terminami dostaw.

III. Wadliwa ocena oferty Odwołującego w zakresie parametru o symbolu 14.23 (załącznik nr 1) skutkująca nieprzyznaniem jej 3 punktów

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XI pkt 2 SIWZ, Zamawiający dokonywał oceny punktowej w kryterium technicznym dla parametrów oznaczonych symbolami od G1 do G8.

W zakresie parametru G5 zamawiający przewidział przyznanie 3 punktów w przypadku spełnienia funkcji „pożądanych”. Szczegółowe wymagania Zamawiającego, zostały określone w pozycji 14.23 załącznika nr 1 do SIWZ, który przybrał brzmienie:

„[...]System zobrazowania zastosowany w konsoli sterowania powinien umożliwiać obserwację toru jazdy oraz prowadzenie obserwacji przy wykorzystaniu zamontowanych na MBPR sensorów. Pożądane (punktowane) jest wykorzystanie do realizacji funkcji zobrazowania mocowanych na hełmie operatora specjalnych binokularów do ekspozycji obrazu.[...].”

Z powyższego opisu nie wynika wprost, że ocenie punktowej podlegać będzie zaoferowanie binokularów, a jedynie „wykorzystanie do realizacji funkcji zobrazowania pozwalającej na użycie binokularów”. Odwołujący zaoferował złącze sygnału video do podłączenia binokularów mocowanych na hełmie, czyli wskazał że „pożądana” przez Zamawiającego funkcja może być realizowana.

Odwołujący podkreślił, że brak precyzji w postanowieniach SIWZ powodujący możliwość różnej interpretacji wymagań Zamawiającego nie może oddziaływać negatywnie na ocenę oferty podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w oparciu o następującą argumentację.

I. Niezgodność oferty Wykonawcy RG z treścią SIWZ

Zamawiający podał, że w „Szczegółowych wymaganiach w zakresie mobilnego bezzałogowego pojazdu rozpoznawczego Tarantula”, w odniesieniu do wskazanych przez Odwołującego parametrów w sposób jednoznaczny określił wymagania dotyczące nabywanego sprzętu wojskowego.

W pkt 6.2.1 oraz 6.2.2 Zamawiający przedstawił wymaganie dotyczące pracy urządzenia odpowiednio w podwyższonej (+50°C) i obniżonej temperaturze otoczenia (-30°C). Wymagań tych nie można interpretować jako dowolnego zakresu temperatur, jak to uczynił Odwołujący, ponieważ są to parametry od których nie ma odstępstw. Deklaracja Wykonawcy RG zawarta w formułami ofertowym w pełni wyczerpywała powyższe wymaganie,

W pkt 7.2 i 7.3 Zamawiający zapisał wymagania jako przedział wartości jednostronnie domknięty. I tak, w pkt 7.2 kalendarzowy czas eksploatacji powinien wynosić (Te) ≥ 10 lat.

Oświadczenie Wykonawcy RG wypełniało warunek w zakresie minimalnym czyli 10 lat. Analogicznie postąpiono w pkt 7.3, gdzie oczekiwany czas naprawy MBPR (T_n) ≤ 21 dni.

W pkt 14.34, zgodnie z którym „[...]Zastosowane akumulatory podczas pracy MBPR w temperaturach granicznych wynoszących -30°C oraz $+50^{\circ}\text{C}$ powinny zapewnić co najmniej 50% wymaganego czasu działania określonego w pkt 14.18[...]” Wykonawca RG zadeklarował spełnienie wymagania, co biorąc pod uwagę zapisy punktu 14.18 w zupełności wyczerpywało warunek.

Wykonawca RG deklarując spełnienie wymagań określonych w pkt 14.40, tu cytat: „[...]Maksymalny poziom hałasu emitowanego przez MBPR podczas jazdy z prędkością co najmniej 1 km/h nie powinien przekraczać wartości 39 dB ponad poziom tła[...]” spełnił wymagania Zamawiającego na dopuszczalnym poziomie minimalnym.

Zamawiający podsumował, że w opisywanych powyżej przypadkach Wykonawca RG zaoferował spełnienie wymagań w sposób nie budzący wątpliwości i prawidłowo potwierdził zakres zobowiązania ofertowego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

II. Nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik Postępowania

Zamawiający stwierdził, że oferta Wykonawcy RG została złożona na wyrób oznaczony symbolem MTGRR, podczas gdy w załączonej przez Odwołującego informacji ze strony internetowej przedstawiony jest wyrób o symbolu MTGR. Zatem podważanie złożonego pisemnego oświadczenia woli Wykonawcy RG, jakim było złożenie oferty, byłoby nieuzasadnioną nadinterpretacją wymagań ze strony Zamawiającego.

III. Wadliwa ocena oferty Odwołującego w zakresie parametru o symbolu 14.23 (załącznik nr 1) skutkująca nieprzyznaniem jej 3 punktów

Zamawiający podał, że w SIWZ w Rozdziale XI („Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”) określił, że „[...]Kryterium techniczne stanowić będzie suma punktów uzyskana za poniższe parametry premiowane (pożądane) określone w „Szczegółowych wymaganiach w zakresie mobilnego bezzałogowego pojazdu rozpoznawczego Tarantula” stanowiących załącznik do Oferty będącej załącznikiem nr 3 do SIWZ[...]”. W odniesieniu do parametru wymienionego w punkcie 14.23. Zamawiający mógł przyznać 3 punkty za „[...]wykorzystanie do realizacji funkcji zobrazowania mocowanych na hełmie operatora specjalnych binokularów do ekspozycji obrazu[...]”. Powyższe nie pozostawia, w ocenie Zamawiającego, wątpliwości, że premiowanie dodatkowymi punktami mogło zachodzić tylko w sytuacji wykorzystania do ekspozycji obrazu specjalnych binokularów mocowanych na hełmie operatora i tylko w przypadku gdyby wspomniane binokulary były częścią oferty.

Zamawiający podał, że zarówno Odwołujący, jak i Wykonawca RG nie zaferowali tego elementu wyposażenia, wobec czego, uwzględniając art. 7 ust. 1 Pzp oraz postanowienia SIWZ, Zamawiający nie przyznał punktów żadnej z ofert.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca RG wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zawarł przytoczoną poniżej argumentację na poparcie swojego wniosku.

I. Niezgodność oferty Wykonawcy RG z treścią SIWZ

Wykonawca RG stwierdził, że zakwestionowane w odwołaniu pozycje z tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ nie wymagały podania konkretnych wartości mierzalnych, a jedynie wpisania odpowiednio oświadczenia „spełnia” lub „nie spełnia”.

Podał, że w tabeli „Szczegółowe wymagania w zakresie mobilnego bezzałogowego pojazdu rozpoznawczego Tarantula” w sposób jasny i nie budzący wątpliwości zadeklarował spełnienie ww. wartości minimalnych (granicznych) i w jego ocenie przepisane w spornych pozycjach w kolumnie „Oferta Wykonawcy” wartości określonych tam parametrów nie było konieczne. W przekonaniu Wykonawcy RG Zamawiający słusznie uznał powyższe warunki za spełnione, ponieważ oświadczenie w tym zakresie, przy jednoczesnym braku wskazania w omawianych pozycjach innego dłuższego okresu, wyższej/niższej temperatury, niższego poziomu hałasu, oznacza, że oferowane przez Wykonawcę RG parametry w każdym przypadku są (co najmniej) równe parametrom minimalnym wskazanym przez Zamawiającego. Skoro bowiem Zamawiający określił minimalną i maksymalną temperaturę pracy, minimalny kalendarzowy czas eksploatacji, minimalny czas naprawy, minimalny czas działania akumulatorów w temperaturach granicznych, czy maksymalny poziom hałasu, to Wykonawca RG miał zasadne podstawy do przyjęcia, iż zadeklarowanie przez niego spełnienia warunków odnoszących się do ww. parametrów oznacza spełnienie minimalnej i maksymalnej temperatury pracy, minimalnego kalendarzowego czasu eksploatacji, minimalnego czasu naprawy, minimalnego czasu działania akumulatorów w temperaturach granicznych czy maksymalnego poziom hałasu.

Wykonawca RG zwrócił uwagę na okoliczność, że to oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. O co najmniej niekompletności treści oferty Odwołującego świadczy bowiem fakt, że przy pozycji 20.2.1. dotyczącej „[...]funkcjonowania jednego punktu serwisowego obsługującego cały obszar kraju lub dwóch punktów serwisowych zabezpieczających osobno obszar północny i południowy kraju[...]” Odwołujący nie wskazał czy jego oferta dotyczy jednego czy dwóch punktów serwisowych.

Ponadto nie można zapominać, że sam Odwołujący nie podał m.in. w pkt 7.2 i 7.3 załącznika nr 1 do oferty konkretnych wartości, ograniczając się (analogicznie jak np. w pkt

6.2.1 i 6.2.2) do przepisania wymogów SIWZ. W efekcie (przykładowo) w kwestionowanym przez Odwołującego pkt 7.2 i 7.3 sam podał on (zamiast – jak twierdzi – konkretnych wartości) jedynie wartości graniczne, określając czas eksploatacji na „ $T \geq 10$ lat” (a zatem 10 lat lub więcej, bez dookreślenia jednak ile dokładnie) oraz określając czas naprawy na „ $T \leq 21$ dni” (a zatem maksymalnie 21 dni lub krócej, bez dookreślenia jednak ile dokładnie).

Podobne zastrzeżenia do oferty Odwołującego musiałyby dotyczyć również m.in. pkt 4.1, 7.4, 9.5, 9.6, 14.7, 14.9, 14.10, 14.13, 14.26, 14.33, gdzie Odwołujący nie podał konkretnych wartości, a wpisał ogólnie, iż jego produkt „spełnia” wymagania. Również np. w punktach 14.35.1, 14.35.2 i 14.35.3 Odwołujący nie podał konkretnych wartości, a jedynie przepisał z SIWZ wartości brzegowe (odpowiednio: > 300 m, > 1000 m, > 200 m). W efekcie, przyjmując sposób rozumowania Odwołującego jego oferta również byłaby dotknięta wadą formalną.

Wykonawca RG stwierdził, że zastosowana przez niego metodyka wypełnienia załącznika nr 1 do oferty ma jednak swoje uzasadnienia praktyczne, gdyż precyzyjne określenie sztywnych parametrów technicznych przedmiotu zamówienia w wielu punktach SIWZ nie jest możliwe. Takie działanie jest zatem zgodne z wymogami określonymi w pouczeniu do Załącznika nr 1, zgodnie z którym „[...]w przypadku, gdy parametrów nie można opisać konkretnymi wartościami mierzalnymi, należy wpisywać odpowiednio „spełnia” lub „nie spełnia”[...]”.

Oświadczył, że zarówno w pozycji 6.2.1, jak i 6.2.2 załącznika nr 1 do oferty nie wskazywał na żadne wartości widełkowe, a na konkretne, jasno sprecyzowane wymagania. Wbrew twierdzeniu Odwołującego nie należało zatem wskazywać w tym miejscu żadnego mierzalnego parametru, czego *nota bene* nie zrobił również sam Odwołujący, poprzestając jedynie na przepisaniu wysokości temperatury znajdującej się w przedmiotowym wymaganiu. Jeśli więc rzeczony parametry określały pewną (odpowiednio) maksymalną i minimalną wartość, wystarczającym było potwierdzenie, że wartość tą przedmiot zamówienia będzie spełniał.

Odnosząc się do pkt 7.2 Wykonawca RG podał, że nie jest możliwe sztywne określenie rzeczywistego kalendarzowego czasu eksploatacji (np. na 12 lub 18 lat), gdyż zależy on od wielu czynników, w tym częstotliwości wykorzystywania maszyny i warunków pogodowych w jakich będzie ona użytkowana.

W pkt 7.3 również nie jest możliwe, zdaniem Wykonawcy RG, określenie rzeczywistego (uniwersalnego) czasu naprawy. Istotne jest, iż nie przekroczy on jednak nigdy określonych w SIWZ 21 dni. Powyższe wynika z oczywistego faktu, że dla różnych rodzajów awarii rzeczywisty czas naprawy będzie się różnił.

Podobnie, w pkt 14.34 trudno podać sztywny czas pracy MBPR, skoro zakreślony w SIWZ wymóg obejmuje 80 stopniową rozpiętość temperatur użytkowania, w efekcie czego w zależności od rzeczywistej wysokości temperatury czas użytkowania będzie zmienny – inny na mrozie, a inny w upale (jednakże zawsze zachowane zostaną wymagania minimalne).

Także w pkt 14.40 nie jest możliwe podanie sztywnego parametru hałasu, skoro SIWZ określa, że badany pojazd ma poruszać się podczas badania z prędkością „[...]co najmniej 1 km/h[...]” (a nie maksymalnie 1 km/h), co oznacza, że może się poruszać z prędkością od 1 do 10 km/h. Zatem w zależności od prędkości rzeczywisty poziom hałasu będzie inny.

Wykonawca RG wskazał, że za nietrafną należy w konsekwencji uznać również argumentację Odwołującego o rzekomym braku dookreślenia zakresu zaoferowanego Zamawiającemu świadczenia, co rzekomo uniemożliwia ocenę czy złożył on ofertę zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Sytuacja taka nie miała miejsca w niniejszej sprawie, ponieważ Wykonawca RG nie pominął żadnego zakresu świadczenia, nie zaoferował odmiennego zakresu, a tym bardziej nie zabrakło w jego ofercie dookreślenia zakresu świadczenia w sposób umożliwiający ocenę czy złożył on ofertę zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego, skoro wymagane (graniczne) warunki przedmiotu zamówienia zostały dochowane.

II. Nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik Postępowania

Wykonawca RG zaprzeczył jakoby podał w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik Postępowania.

Stwierdził, że Odwołujący w sposób dowolny i niczym nieuzasadniony przyjął, że przedmiotem dostawy będzie pojazd prezentowany na tegorocznych targach EUROPOLTECH. Na tej podstawie, powołując się jedynie na ogólnodostępne informacje w postaci katalogów i specyfikacji technicznych wywnioskował, że istnieją rozbieżności pomiędzy parametrami technicznymi deklarowanymi przez producenta, a parametrami wskazanymi w ofercie Wykonawcy RG. To gołosłowne i niczym nie poparte twierdzenie nie może być, w ocenie Wykonawcy RG, podstawą uwzględnienia zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wykonawca RG zauważył, że wykonawca składa informacje nieprawdziwe jeżeli stan rzeczy prezentowany w składanych przez niego oświadczeniach i dokumentacji jest inny niż w rzeczywistości. Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem rzeczywistym, a zaistnienie przesłanek wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp powinno być udowodnione w sposób niebudzący wątpliwości. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 K.c. w zw. z art. 14 Pzp).

Wykonawca RG podkreślił, że Odwołujący odnosi się w swoich spekulacjach do prezentowanego na targach modelu MTGR, gdy tymczasem z jego oferty wynika, że przedmiotem oferowanym w tym postępowaniu jest robot MTGRR o parametrach zgodnych z wymaganiami SIWZ. Dodał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wymagał przedłożenia próbek – wzoru robota. W efekcie ocena zgodności przedmiotu zamówienia z SIWZ może być dokonywana *de facto* wyłącznie na podstawie oświadczeń wykonawców zawartych w ich ofertach, w tym w załączniku nr 1 do oferty, a nie w oparciu o jakiegokolwiek inne materiały, nie stanowiące elementu Postępowania, nie opisane przez SIWZ i przez niego niewymagane.

III. Wadliwa ocena oferty Odwołującego w zakresie parametru o symbolu 14.23 (załącznik nr 1) skutkująca nieprzyznaniem jej 3 punktów

Wykonawca RG stwierdził, że nie jest zrozumiałe jaki miałby być cel podnoszenia tego zarzutu, skoro oferta obu wykonawców była w tym zakresie analogiczna, tzn. oferowali oni funkcjonalność w postaci złącza do podłączenia binokularów, jednakże żaden z nich takich binokularów nie zaoferował. W efekcie, nawet gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający winien punktować już samą możliwość podłączenia binokularów, to obaj wykonawcy winni otrzymać w tym zakresie tożsamą ilość punktów, co w żaden sposób nie mogłoby wpływać na ocenę ofert, a w efekcie na wynik Postępowania.

W ocenie Wykonawcy RG nie do przyjęcia jest jednak prezentowany przez Odwołującego pogląd jakoby powyższe wymaganie można było interpretować w ten sposób, że pożądana (punktowana) przez Zamawiającego jest sama możliwość „wykorzystania do realizacji funkcji zobrazowania”. Z treści SIWZ jasno wynika, że punktowane jest rzeczywiste wykorzystanie binokularów, a nie jedynie zapewnienie możliwości ich wykorzystania (przez istnienie odpowiedniego gniazda do podłączenia binokularów). Za takim rozumieniem ww. wymagania przemawia wykładnia językowa, tj. dosłowne brzmienie postanowienia SIWZ. Wymaganie to jest nie tylko czytelne i przejrzyste, ale jest również poprawne z logicznego i stylistycznego punktu widzenia.

Wykonawca RG stwierdził także, że gdyby powyższa kwestia budziła jakiegokolwiek wątpliwości, to Odwołujący zgłosiłby je już na etapie zadawania pytań do SIWZ, aby wyeliminować rzekomy brak precyzji w postanowieniach SIWZ, powodujący możliwość różnej interpretacji wymagań Zamawiającego. Odwołujący z tego uprawnienia tego nie skorzystał, dlatego tym bardziej należy odmówić wiarygodności jego twierdzeniom.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali omówioną powyżej argumentację.

Wykonawca RG wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści kopii oświadczenia producenta zaoferowanego przez niego pojazdu (symbol MTGRR) na

okoliczność braku podstaw do utożsamiania go z pojazdem o symbolu MTGR oraz wykazania, że zaoferowany pojazd będzie spełniał wymagania Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę RG (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

I. Niezgodność oferty Wykonawcy RG z treścią SIWZ

Izba ustaliła, że wykonawcy składający ofertę w Postępowaniu zobowiązaniu byli wypełnić załącznik charakteryzujący parametry techniczne oferowanego pojazdu, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ pn.: „Szczegółowe wymagania w zakresie mobilnego bezzałogowego pojazdu rozpoznawczego Tarantula” (dalej: specyfikacja techniczna – „ST”). W jej treści znalazło się pouczenie, że obowiązkiem wykonawcy było wpisanie konkretnych wartości mierzalnych parametrów wymaganych przez Zamawiającego, a w przypadku, gdy parametrów nie można opisać konkretnymi wartościami mierzalnymi należało wpisać odpowiednio „spełnia” lub „nie spełnia”.

Przystępujący w spornych pozycjach ST (6.2.1, 6.2.2, 7.2, 7.3, 14.34 i 14.40) zadeklarował spełnianie przez oferowany produkt wymagań Zamawiającego bez wskazywania na konkretne wartości poszczególnych parametrów.

W powyższych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut był nieuzasadniony.

Zdaniem Izby zarzut oparty został na przekonaniu Odwołującego o wyłącznie poprawnym sposobie prezentacji informacji składających się na treść oferty. Jakkolwiek można uznać, że pouczenie zawarte w treści ST stanowiło metodologię uzupełniania poszczególnych rubryk tego dokumentu, tym niemniej faktyczna decyzja o sposobie ich wypełnienia należała do wykonawców. W przeciwnym razie, zdaniem składu orzekającego, Zamawiający wskazałby w każdej pozycji ST, czy zależy mu na podaniu konkretnej wartości dla danego parametru, czy tylko zadeklarowania, że jest on spełniony.

W powyższych okolicznościach uznać należało, że samo zadeklarowanie w zakwestionowanych przez Odwołującego pozycjach ST spełniania określonych wymagań jest wystarczające do uznania, że oferta jest zgodna z SIWZ. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że także Odwołujący przedstawił w zaskarżonym zakresie pewne informacje w sposób sprzeczny z zaprezentowaną w odwołaniu wykładnią postanowień SIWZ. Przepisanie parametru podanego przez Zamawiającego w ściśle określony sposób (pkt 6.2.1 i 6.2.2 ST załączonej do oferty Odwołującego) lub przez wskazanie jednostronnie domkniętego zakresu (*Ibidem*, pkt 7.2 i 7.3) ma taką samą wartość informacyjną, co stwierdzenie, że dany wymóg jest spełniony. *Ergo*, strony prowadziły w istocie spór o wspomniany sposób prezentacji określonych treści składających się na ofertę wykonawcy, który to nie może negatywnie oddziaływać na ocenę oferty Przystępującego, jako odpowiadającej treści SIWZ.

Ponadto, nawet gdyby przyjąć, że oferta Przystępującego podlegałaby odrzuceniu z uwagi na powyższe uchybienia, to w konsekwencji Zamawiający – kierując się zasadą równego traktowania wykonawców – zmuszony zostałby również do odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji – do unieważnienia Postępowania, bowiem zostały w nim złożone tylko dwie oferty.

Skład orzekający uznał ponadto, że argumentacja Odwołującego odnosząca się do postanowień wzoru umowy była spóźniona, jako że stanowiła próbę uzupełnienia zarzutu odwołania. Obowiązkiem Odwołującego było przytoczenie w odwołaniu wszystkich okoliczności faktycznych, ponieważ stanowią one konstrukcyjny element formułowanego zarzutu. Przeciwnie zapatrywanie prowadziłoby do nieuzasadnionego uprzywilejowania odwołującego stawiając zamawiającego i przystępującego, którego oferty zarzut dotyczy przed koniecznością ustosunkowywania się *ad hoc* do argumentacji odwołującego.

Nawet gdyby jednak ową argumentację przyjąć (do czego, w ocenie Izby, brak jest podstaw) i skonfrontować treść ST i wzoru umowy, to należałoby stwierdzić, że są one nieprecyzyjne (wymaganie dotyczące kalendarzowego czasu eksploatacji pojazdu – *vide* pkt 7.2 ST i § 8 ust. 5 wzoru umowy – w zakresie w jakim minimalny okres serwisu pogwarancyjnego do którego świadczenia zobowiązany zostanie wykonawca, przy uwzględnieniu długości udzielonej przez niego gwarancji na przedmiot zamówienia, jest dłuższy niż minimalny kalendarzowy czas eksploatacji pojazdu), a nawet wzajemnie się wykluczają (patrz wymóg dotyczący oczekiwanego czasu naprawy – pkt 7.3 ST i § 8 ust. 10 pkt 2 wzoru umowy – w zakresie w jakim określają one czas naprawy pojazdu poza granicami UE). Skład orzekający stoi jednak na stanowisku, że takie postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść jakiegokolwiek wykonawcy.

II. Nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik Postępowania

Izba ustaliła, że Przystępujący zaoferował pojazd oznaczony symbolem MTGRR. W załączonej do oferty ST złożył on oświadczenie o spełnianiu przez oferowany pojazd wszystkich wynikających z niej wymagań Zamawiającego.

Odwołujący – pismem z dnia 3 czerwca 2015 r. – poinformował Zamawiającego, że ww. pojazd nie spełnia szeregu określonych w ST wymagań, dotyczących m.in. maksymalnej prędkości robota, maksymalnego czasu pracy na bateriach, maksymalnego zasięgu manipulatora, maksymalnego otwarcia szczęk chwytaka, czy minimalnej temperatury pracy. Do korespondencji z Zamawiającym załączone zostały specyfikacje techniczne w języku angielskim dotyczące robota oznaczonego symbolem MTGR.

Pismo Odwołującego Zamawiający pozostawił bez odpowiedzi.

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący – wbrew obowiązkowi płynącemu z przepisu art. 190 ust. 1 Pzp – nie przedstawił bowiem dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Kontradyktoryjność stanowiąca jedną z zasad postępowania odwoławczego wymusza na jego stronach i uczestnikach przejawianie aktywnej postawy w toku postępowania dowodowego, która przejawiać ma się w prezentowaniu materiału dowodowego na poparcie twierdzeń, z których wywodzą oni skutki prawne. *Ad casum* ciężar dowodowy obciążał Odwołującego, który twierdził o nieprawdziwości informacji zawartych w ofercie najkorzystniejszej i skład orzekający stwierdził, że Odwołujący obowiązkowi temu nie sprostał ograniczając się do gołosłownej argumentacji zawartej w uzasadnieniu odwołania. Nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący, w wykonaniu ciężącego na nim obowiązku prowadzenia postępowania dowodowego, odwołał się do specyfikacji technicznych załączonych do pisma z dnia 3 czerwca 2015 r., to – zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Dz.U.2014.964 j.t. – wszystkie dokumenty należy przedstawiać w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym konieczne jest przedstawienie tłumaczenia dokumentu przez stronę/uczestnika postępowania odwoławczego, która się na nie powołuje. Nie sposób pominąć także okoliczności, że wspomniane specyfikacje nie odnosiły się w ogóle do zaoferowanego przez Wykonawcę RG modelu pojazdu, zaś z dowodu przedstawionego przez Przystępującego na rozprawie (oświadczenie producenta robota oznaczonego symbolem MTGRR) wynikało – po pierwsze – że nie należy go utożsamiać z pojazdem, do którego odnosi się Odwołujący, po drugie zaś – że zaoferowany w Postępowaniu robot spełniał będzie wymagania Zamawiającego. W tym stanie rzeczy Izba doszła do wniosku, że omawiany zarzut oparty został na błędnym utożsamieniu właściwości wyrobu opisanego w odwołaniu i zaoferowanego przez Wykonawcę RG.

III. Wadliwa ocena oferty Odwołującego w zakresie parametru o symbolu 14.23 (załącznik nr 1) skutkująca nieprzyznaniem jej 3 punktów

Izba ustaliła, że jednym z podkryteriów punktowanym w kryterium technicznym (parametr G5 opisany w pkt 14.23 ST, za który można było otrzymać 3 pkt – argument z Rozdziału XI, ust. 2 SIWZ), było „[...]wykorzystanie do realizacji funkcji obrazowania mocowanych na hełmie operatora specjalnych binokularów do ekspozycji obrazu[...]”. W treści ST funkcjonalność ta opisana została w następujący sposób: „[...]System zobrazowania zastosowany w konsoli sterowania powinien umożliwiać obserwację toru jazdy oraz prowadzenie obserwacji przy wykorzystaniu zamontowanych na MBPR sensorów. Pożądane jest wykorzystanie do realizacji funkcji zobrazowania mocowanych na hełmie operatora specjalnych binokularów do ekspozycji obrazu.[...]”.

Przystępujący potwierdził spełnianie tego wymogu składając oświadczenie o treści „[...]Spełnia, bez binokularów[...]”, za co nie otrzymał punktów w tym podkryterium technicznym.

Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się w przedstawionym powyżej stanie faktycznym.

Nie miał racji Odwołujący twierdząc, że do otrzymania punktów w omawianym podkryterium wystarczające było zaoferowanie możliwości podłączenia binokularów do hełmu operatora. Sama tylko możliwość obserwacji toru jazdy oraz prowadzenia obserwacji przy wykorzystaniu sensorów (np. przy wykorzystaniu binokularów, co *nota bene* było rozwiązaniem pożądanym) była bowiem warunkiem *sine qua non* stwierdzenia zgodności oferty z wymaganiem opisanym w pkt 14.23 ST. Otrzymanie punktów w przedmiotowym podkryterium technicznym uzależnione było natomiast od zaoferowania nie tylko rozwiązania pożądanego, ale wręcz od dostarczenia dodatkowego komponentu (binokularów) wraz z robotem. Świadczy o tym, w ocenie składu orzekającego, sformułowanie omawianego podkryterium technicznego, które nie odwołuje się do możliwości zapewnienia określonej funkcjonalności, a do jej wykorzystania.

Z kolei twierdzenie Odwołującego o możliwości różnej interpretacji SIWZ spowodowałoby konieczność przyznania punktów niezależnie od wybranego rozwiązania (zaoferowania możliwości podłączenia binokularów, bądź samych binokularów), ponieważ – jak wspomniano – nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść żadnego z wykonawców.

W konsekwencji, ocena oferty Odwołującego, który oświadczył, że nie oferuje dostawy binokularów, była w zaskarżonym zakresie prawidłowa.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 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.2010.41.238).

Przewodniczący:

.....

.....