

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2016 r. przez wykonawcę **E. G., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ALTRAN E. G., ul. Wita Stwosza 41, 02-661 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Komenda Stołeczna Policji, ul. Nowolipie 2, 00-150 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Covertch Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu uniemożliwienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Covertch Sp. z o.o. oraz nakazuje odrzucenie oferty tego Wykonawcy.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Covertch Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **E. G., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ALTRAN E. G., ul. Wita Stwosza 41, 02-661 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Covertch Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa** na rzecz Odwołującego **E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ALTRAN E. G., ul. Wita Stwosza 41, 02-661 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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

Zamawiający - Komenda Stołeczna Policji - prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej na dostawy radiotelefonów z ukończeniem- zadanie nr 2- dostawy radiotelefonów pracujących w systemie DMR.

Odwołujący E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ALTRAN E. G., wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 § 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a złożonej przez Covertch sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz zaniechaniu przez Zamawiającego dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Covertch sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art 89 § 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie i tym samym nieodrzućenie oferty Covertch sp. z o.o., podczas gdy treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, a tym samym oferta podlegać winna odrzuceniu, naruszenie przepisu art. 87 § 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie wyjaśnień Covertch sp. z o.o. za wystarczające, podczas gdy Covertch sp. z o.o. przedstawiła ogólnikowe wyjaśnienia i nie przedstawiła żadnych wiarygodnych dowodów na ich poparcie, a w części wyjaśnienia dotyczyły innego produktu oznaczonego numerem EMRN11, zamiast oferowanego EEHN011, a w konsekwencji naruszenie przepisu art. 91 § 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu i nie jest najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uchylenie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty złożonej przez Covertch sp. z o.o. jako niezgodnej z specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dokonanie ponownej oceny ofert, dokonanie wyboru najkorzystniejszych ofert z pominięciem oferty złożonej przez Covertch sp. z o.o.

Zdaniem Odwołującego, oferta złożona przez Wykonawcę Covertch sp. z o.o. jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Załącznik nr 1 do SIWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 i 2”, zawierał następujące wymagania techniczne co do dostarczanych radiotelefonów nasobnych pracujących w systemie DMR- typ 9: *pkt 10.1.3* - pętla indukcyjna z mikrofonem i przełącznikiem PTT, wyposażona w złącze kompatybilne z dostarczonym radiotelefonem, *pkt 10.1.4.5*- sygnalizacja niskiego poziomu zasilania.

Odwołujący zauważył, że zaofertowana przez Wykonawcę Coverttech sp. z o.o. „pętla indukcyjna” jest przewodowym zestawem ze słuchawką, podczas gdy określenie „pętla indukcyjna” odnosi się do zestawu bezprzewodowego. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Wykonawca Coverttech sp. z o.o. w tym zakresie nie sprostął wymaganiom Zamawiającego i zaofertował ukończenie niezgodne z SIWZ.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z posiadanymi informacjami od producenta słuchawek, tj. firmy Savox, zaofertowany przez Wykonawcę Coverttech sp. z o.o. model słuchawki RCR2 nie jest wyposażony w system sygnalizacji niskiego poziomu zasilania. Z dostępnych produktów firmy Savox, dopiero model RCR3 oraz model RCR6 mogą wykonać sygnalizację „beep” przy niskim poziomie baterii. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Wykonawca Coverttech sp. z o.o. w tym zakresie nie sprostął wymaganiom Zamawiającego i zaofertował ukończenie niezgodne z SIWZ.

Zamawiający wezwał Wykonawcę Coverttech sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co do oferty tego wykonawcy, a następnie do ich sprecyzowania. Wyjaśnienia zostały uznane przez Zamawiającego za wystarczające.

Z taką oceną nie zgodził się Odwołujący. W jego ocenie, wyjaśnienia Wykonawcy Coverttech sp. z o.o. z dnia 04 lipca 2016r. nie dotyczą zaofertowanego przez tego Wykonawcę modelu EEHN011, a zupełnie innego modelu EEHM011. Produkty te nie są tożsame. W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia Wykonawcy Coverttech sp. z o.o. zmierzają do zmiany treści oferty poprzez zaofertowanie innego produktu, co jest wykluczone z mocy przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca Coverttech sp. z o.o., zdając sobie sprawę z faktu, iż zaofertowany przez niego model nie spełnia wymagań Zamawiającego, podjął próbę jego zastąpienia przez zupełnie inny model. W ocenie Odwołującego, nie jest przekonujące oświadczenie producenta, zgodnie z którym produkty są tożsame, a jedynie toczy się proces zmiany numeracji. Z doświadczenia i rozeznania Odwołującego wynika, że przedmiotowe oświadczenie nie jest prawdziwe, a numeracja produktów jest kwestią zasadniczą dla ich rozpoznania i zastosowania, gdyż nawet zmiana jednej litery w oznaczeniu wskazywać może na radykalną zmianę przeznaczenia i zastosowania, a w konsekwencji oznacza, że odbiorca ma do czynienia z dwoma różnymi produktami. Odwołujący zauważył, że Wykonawca Coverttech sp. z o.o. nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie złożonych wyjaśnień, chociażby kart katalogowych, specyfikacji itp. Nie wykazał zatem, iż treść jego oferty spełnia wymagania SIWZ, nawet pomimo przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. W tej sytuacji, w ocenie Odwołującego, Zamawiający był uprawniony i

zobowiązany do odrzucenia oferty Wykonawcy Covertech sp. z o.o.

Odwołujący podkreślił, że na dzień składania ofert, tj. w dacie rozstrzygającej o treści oferty, numerem katalogowym firmy Excera wymienionym w ofercie Wykonawcy Covertech sp. z o.o. w zakresie typu 9, oznaczony był inny produkt niż pętla indukcyjna. Mając to na uwadze, wszelkie zmiany które zaszły po tym terminie, są dla rozstrzygnięcia postępowania irrelevantne, a wszelkie próby Wykonawcy Covertech sp. z o.o. w tym zakresie - bezprawne.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył również art. 91 § 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem dokonał wyboru jako najkorzystniejszej, oferty która winna podlegać odrzuceniu. Oferta Wykonawcy Covertech sp. z o.o. jest w co najmniej dwóch punktach niezgodna z SIWZ i z tego powodu nie powinna być brana pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Do niniejszego postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Covertech sp. z o.o.

Zamawiający wniósł pismo, w którym oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Przystępujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego 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 zasługuje na uwzględnienie.

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

Odwołujący przedstawił jako dowód odpis karty informacyjnej, dotyczącej bezprzewodowych słuchawek firmy Savox - na okoliczność potwierdzenia, iż model RCR2 nie posiada funkcji sygnalizacji niskiego poziomu zasilania, bowiem funkcję tę posiada dopiero model RCR3, wydruk zrzutu z ekranu ze strony internetowej firmy Excera oraz wydruk karty katalogowej akcesoriów, pobranej ze strony internetowej firmy Excera z dnia składania ofert w postępowaniu - na okoliczność wykazania, że w dacie składania ofert, numerem EEHN011

oznaczony był inny produkt niż pętla indukcyjna. W trakcie rozprawy Odwołujący przedstawił także korespondencję prowadzoną z przedstawicielami producenta słuchawek, firmą Savox.

Odwołujący przedstawił także Raport z opinii przeprowadzonych badań z dnia 27 lipca 2016 r., wystawiony przez Instytut Radioelektroniki i Technik Multimedialnych Wydział Elektroniki i Technik Informacyjnych Politechnika Warszawska. Przedmiotem badań był odbiornik indukcyjny douszny (słuchawka) typ RCR2 oraz RCR3 produkcji Savox Communications Oy Ab Sinikalliontie 3B, 02630 Espoo, Finland. Badanie przeprowadzono w zakresie posiadania przez ww. urządzenia funkcji sygnalizacji niskiego poziomu zasilania. Zgodnie z treścią dokumentu, badanie wykazało, że: słuchawka typ: RCR2 w czasie pracy, przed wyłączeniem nie sygnalizuje niskiego poziomu zasilania (stanu rozładowanej baterii). Wyłączenie urządzenia następuje przy napięciu źródła zasilania około 0,75V, poza kontrolą i wiedzą użytkownika. Słuchawka RCR3 przed wyłączeniem sygnalizuje niski poziom zasilania (stan rozładowanej baterii) poprzez generowany ton dźwiękowy, ostrzegający użytkownika przed wyłączeniem. Wyłączenie urządzenia następuje przy napięciu źródła zasilania około 0,9V. Nadto w treści pisma jednoznacznie stwierdzono, że słuchawka typ RCR2 nie posiada funkcji sygnalizacji niskiego poziomu zasilania.

Przystępujący w trakcie rozprawy przedstawił pismo (w języku angielskim) z 28 czerwca 2016 roku, wraz z tłumaczeniem na język polski. Zgodnie z treścią pisma: „Savox niniejszym informuje, że na specjalne zamówienie zaproponowaliśmy 200 szt. zmodyfikowanej wersji naszej słuchawki RCR2, która jest wyposażona w następujące funkcje: Zakres Częstotliwości 300-5000 Hz. Typowy czas pracy na baterii >80h. Blokada szumów w celu redukcji interferencji. Dźwiękowy sygnał rozładowanej baterii.”

W treści pisma w języku angielskim widnieje stopka zawierająca treść: „Jussi Havakka VP, Distribution sales Savox Communications (...)”

W ocenie Izby, oferta Wykonawcy Covertech sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ. Wykonawca zaoferował słuchawkę typ RCR2, który nie posiada funkcji sygnalizacji niskiego poziomu zasilania. Taki wniosek potwierdza przedstawiony przez Odwołującego raport z przeprowadzonych badań przez niezależny podmiot – Politechnikę Warszawską. Przystępujący utrzymywał wszakże, że zaoferowane przez niego słuchawki RCR2 posiadają wymaganą funkcjonalność. Na tę okoliczność przedstawił pismo, z którego wynikać ma, że producent – firma Savox - na specjalne zamówienie zaproponowała 200 sztuk zmodyfikowanej wersji słuchawki RCR2, wyposażonej m.in. w funkcję dźwiękowego sygnału rozładowanej baterii.

W ocenie Izby, dowód przekazany przez Przystępującego nie jest wiarygodny. W pierwszej

kolejności należy zauważyć, że podpis złożony pod oświadczeniem jest nieczytelnym znakiem komputerowym i jest zupełnie niewiarygodny jako podpis. Nadto, nie wiadomo, czy osoba, na którą wskazuje stopka podpisu (Jussi Havakka zastępca dyrektora dystrybucji i sprzedaży) jest upoważniona do składania oświadczeń jednoosobowo. Nadto, należy podkreślić, że osoba ds. dystrybucji i sprzedaży jest żywotnie zainteresowana wygraniem przez Przystępującego przetargu, a zatem jej oświadczenie nie jest obiektywne, w przeciwieństwie do dowodu przedstawionego przez Odwołującego – raportu z badań przeprowadzonych przez niezależny, publiczny, renomowany podmiot. Ponadto, stanowisko prezentowane przez Odwołującego potwierdza także przedstawiona przez Odwołującego korespondencja prowadzona za pomocą poczty elektronicznej, prowadzona z przedstawicielami producenta przedmiotowych słuchawek, firmą Savox. Kilka osób (np. Pan A. M. w imieniu firmy Savox, Pan P.T. w imieniu Savox Sales Emea) potwierdziło jednoznacznie, że słuchawka RCR2 nie posiada funkcjonalności sygnalizacji rozładowanej baterii. Taką funkcjonalność posiada dopiero słuchawka RCR3 i RCR6.

W ocenie Izby, trafne jest stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym bezzasadne jest dokonywanie modyfikacji w urządzeniu, które pewnej funkcjonalności nie posiada, w sytuacji, gdy istnieją w ofercie produkty, które tę funkcjonalność posiadają i są gotowe użycia zgodnie z oczekiwanymi wymogami, bez konieczności implementacji w tych urządzeniach dodatkowych funkcji lub dokonywania w urządzeniach innych zmian. Dokonywanie zmian w mikroskopijnym urządzeniu, w sytuacji, gdy są gotowe urządzenia inne, posiadające wymaganą funkcjonalność, jest nielogiczne.

Dodatkowo należy zauważyć, że przedstawione przez Przystępującego pismo opatrzone jest datą 28 lipca 2016 roku, a zatem miało zostać wystawione po upływie ponad miesiąca od terminu składania ofert.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym wskazanie w ofercie modelu RCR2 bez jednoczesnego wskazania, że model ten został zaproponowany w zmodyfikowanej wersji powoduje, że Zamawiający powinien ocenić ten produkt pod względem jego zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, w wersji, jaka jest ogólnie dostępna na rynku.

Tym samym należy uznać, że Wykonawca Covertech sp. z o.o. zaoferował produkt (słuchawkę RCR2), który nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż nie posiada funkcji dźwiękowego sygnału rozładowanej baterii.

W ocenie Izby, zasadne są także okoliczności podniesione przez Odwołującego, a dotyczące niezgodności zaoferowanego produktu o nr EEHN011. Jak zauważył Odwołujący, a następnie potwierdził Zamawiający, jest to zestaw słuchawkowy przewodowy, podczas gdy Zamawiający wymagał pętli indukcyjnej (zestawu bezprzewodowego).

Należy zauważyć, że Przystępujący załączył do swojej oferty kartę katalogową. W treści załączonej karty jednoznacznie przedstawiono słuchawkę zawierającą przewód. Należy zauważyć, że była to zupełnie inna słuchawka niż ta, na którą wskazywał Przystępujący w trakcie rozprawy. Zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia karty katalogowej, która uwidoczniałaby zaoferowany przedmiot zamówienia. Jednakże nie można nie wziąć pod uwagę okoliczności, że Przystępujący załączył do oferty taką kartę. Pod nr EEHN011 przedstawiono słuchawkę typu C, która jest niezgodna z SIWZ.

W ocenie Izby, nie jest wiarygodny dowód przedstawiony przez Przystępującego przedstawiony w trakcie rozprawy w postaci nowych kart katalogowych. Odwołujący i Zamawiający zapewnili (Odwołujący przedstawił na tę okoliczność wydruk ze strony internetowej zawierającej przedmiotową słuchawkę, wydruk odpowiadał temu, co do oferty załączył Przystępujący), że treść strony internetowej z dnia poprzedzającego rozprawę wskazywała stan zgodny z wcześniejszymi kartami katalogowymi. Trafnie zauważył Odwołujący, że co najmniej dziwne jest, że modyfikacja na stronie internetowej producenta nastąpiła w dniu rozprawy. Należy zauważyć, że zmiana karty katalogowej nastąpiła nie tylko na kilka godzin przed rozprawą, ale także półtora miesiąca po terminie składania ofert. Na chwilę składania ofert, Wykonawca Coverttech sp. z o.o. przedstawił słuchawkę o numerze EEHN011, która – stosownie do przedstawionych kart katalogowych przez Przystępującego - nie spełniała wymagań SIWZ.

Trafnie zauważył Zamawiający: „Z wyjaśnień firmy Excera wynika, że pętla indukcyjna ma numer EEHM011 i w ocenie Zamawiającego ewentualnie to ten numer produktu winien być podany w ofercie, przy założeniu, że produkt o takim numerze w ogóle istnieje.”

Izba podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym Przystępujący, zdając sobie sprawę z faktu, iż zaoferowany przez niego model nie spełnia wymagań Zamawiającego, podjął próbę jego zastąpienia przez zupełnie inny model. Należy przyznać rację, że nie jest przekonujące oświadczenie producenta, zgodnie z którym produkty są tożsame, a jedynie toczy się proces zmiany numeracji. Numeracja produktów jest bowiem kwestią zasadniczą dla ich rozpoznania i zastosowania, a nawet zmiana jednej litery w oznaczeniu produktu wskazywać może na radykalną zmianę przeznaczenia i zastosowania, a w konsekwencji oznacza, że odbiorca ma do czynienia z dwoma różnymi produktami.

Ponownie należy podkreślić że nie jest wiarygodnym dowodem oświadczenie producenta, gdyż jest on najczęściej zainteresowany wynikiem przetargu. Zaś w ocenie Izby przedstawione karty katalogowe jednoznacznie potwierdzały w dniu składania ofert, że zaoferowana słuchawka o numerze EEHN011 nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Z powyższych względów należało uznać, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru oferty

Przystępującego w sytuacji, gdy oferta ta nie odpowiada treści SIWZ, jest zasadny.

Izba uznała także za uzasadniony zarzut naruszenia art. 87 § 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie wyjaśnień Covertech sp. z o.o. za wystarczające. Treść oferty Przystępującego (w tym karta katalogowa) potwierdzały zaoferowanie modelu urządzenia, który nie odpowiadał wymaganiom SIWZ. Dodatkowo należy wskazać, że wyjaśnienia Przystępującego były ogólnikowe. Jak wyżej wskazano, argumentacja Przystępującego stanowiła próbę zastąpienia zaoferowanego modelu nr EEHN011 przez zupełnie inny model. Tym samym, w ocenie Izby nie było podstawy do przyjęcia wyjaśnień Przystępującego jako wystarczających.

W konsekwencji powyższego doszło do naruszenia przepisu art. 91 § 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na brak spełnienia wymagań SIWZ, a tym samym nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

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) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....