

Sygn. akt: KIO 1423/15

WYROK

z dnia 20 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 3 lipca 2015 r. przez wykonawcę T-Mobile Polska spółka akcyjna w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Poczta Polska spółka akcyjna w Warszawie

przy udziale wykonawcy Polkomtel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża T-Mobile Polska spółka akcyjna w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez T-Mobile Polska spółka akcyjna w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od T-Mobile Polska spółka akcyjna w Warszawie na rzecz Poczty Polskiej spółki akcyjnej w Warszawie, kwotę 3 600 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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

I. Poczta Polska spółka akcyjna w Warszawie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa Urządzeń typu tablet z Akcesoriami oraz Transmisją Danych, signature padów i Systemu MDM dla Poczty Polskiej S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 maja 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej poz. 2015/S 085-153738. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 3 lipca 2015 r. T-Mobile Polska spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na wskazaniu w pkt 2 zatytułowanym „Podlegające ocenie parametry oferty” Formularza ofertowego w kryterium K.1.7 „NIE”, podczas gdy powinno być „TAK”, a w efekcie przyznanie Odwołującemu w ramach tego kryterium 0 pkt zamiast 4 pkt.

Uzasadniając tak postawiony zarzut, Odwołujący wskazywał, iż w dniu 22 czerwca 2015 r. poinformował Zamawiającego o wystąpieniu omyłki w złożonej przez niego ofercie. Omyłka polegała zdaniem Odwołującego na omyłkowym wskazaniu w kryterium K.1.7 - Utwardzone szkło - gdy ekran urządzenia jest chroniony szkłem o odporności na zarysowanie powyżej 6.56 w skali Mohs'a (Gorilla Glass 3 lub więcej), w kolumnie Parametry oferowane - „NIE”, podczas gdy powinno być: „TAK”. Odwołujący wyjaśniał, że osoba wypełniająca formularz omyłkowo skopiowała „NIE” z pozycji powyżej (K.1.5 i K.1.6). Intencją Odwołującego było wskazanie w kryterium K.1.7, w kolumnie Parametry oferowane - TAK. Urządzenie zaoferowane przez Odwołującego posiada i posiadało w dniu składania ofert utwardzone szkło tj. ekran oferowanego urządzenia jest chroniony szkłem o odporności na zarysowanie

powyżej 6,56 w skali Mohs 'a (Gorilla Glass 3 lub więcej). Na potwierdzenie, że zaofertowane urządzenie posiadało i posiada utwardzone szkło w dniu w którym upływał termin składania ofert, w załączeniu do pisma z dnia 22 czerwca 2015 r., Odwołujący przekazał oświadczenie producenta, które ze względu na fakt, iż ujawniało informacje skutecznie zastrzeżone w ofercie Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, również zostało objęte ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa. W świetle przedstawionych przez Odwołującego informacji występującą w jego ofercie omyłkę – w jego ocenie - należało uznać za omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

Jednak, zauważał Odwołujący, z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że Zamawiający nie dokonał poprawienia opisanej powyżej omyłki. W kryterium K.1.7 w ocenie oferty Odwołującego widnieje „NIE”, a więc w tym kryterium przyznano 0 pkt. Zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego omyłki stanowi zdaniem Odwołującego naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Podnosił, że z brzmienia tego artykułu jednoznacznie wynika bowiem, że poprawienie omyłki jest nie uprawnieniem, lecz obowiązkiem Zamawiającego. Tym samym, od momentu poinformowania przez Odwołującego o jej wystąpieniu, Zamawiający zobowiązany był do poprawienia omyłki. Tym bardziej, że Zamawiający dysponował wszystkimi danymi niezbędnymi do jej poprawienia.

Dokonanie poprawki w ofercie Odwołującego mogło nastąpić, w ocenie Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Omawiana omyłka może zostać zakwalifikowana, jako omyłka pisarska, gdyż niewątpliwie stanowi ona przypadkową niedokładność polegającą na skopiowaniu „NIE” w zbyt dużej ilości pozycji formularza. Należy zauważyć, że jej poprawienie stanowi w istocie potwierdzenie w treści oświadczenia woli Odwołującego cechy oferowanego urządzenia, które posiada ją niezależnie od tego, czy zostało to wprost potwierdzone poprzez wpisanie „TAK” w formularzu ofertowym załączonym do oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazywał również, że na przeszkodzie do poprawienia omyłki nie stał fakt, że wykonawca skierował do Zamawiającego pismo informujące o jej wystąpieniu. Fakt, że wykonawca zwrócił Zamawiającemu uwagę na konieczność poprawienia omyłki nie oznacza bowiem, że strony prowadziły niedopuszczalne negocjacje w rozumieniu art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych dotyczące treści złożonej oferty. Zaniechanie poprawienia opisanej omyłki w ofercie Odwołującego należy, zatem uznać za nieprawidłowe i prowadzące do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz art. 7 ust.1 Prawa zamówień publicznych.

2. art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 82 ust. 1 oraz art. 84 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 23 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, tj.: Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum Orange) oraz wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Polkomtel) do uzupełnienia próbki.

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z rozdziałem XIV pkt 9 lit g) SIWZ oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu musi zawierać próbki wymagane dla potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Opis warunków oraz scenariuszy testów Urządzenia Mobilnego został zawarty w załączniku nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Zamawiający wyznaczył dwa terminy testów: w dniu 17 czerwca i 18 czerwca 2015 r. Na podstawie deklaracji wykonawców odnośnie dogodnych terminów, w dniu 17.06.2015 r. zostały przeprowadzone testy próbki Odwołującego, a w dniu 18.06.2015 r. testy próbek Konsorcjum Orange i Polkomtel. Jak wynika z udostępnionych przez Zamawiającego Protokołów z przeprowadzonych testów, próbki dostarczone przez Konsorcjum Orange i Polkomtel uzyskały negatywny wynik testu 2.

W przypadku obu wykonawców w uwagach do testu 2 wskazano: „Podpis odzwierciedlony na ekranie Urządzenia Mobilnego nie był ciągły, wykazywał się dużą ilością zniekształceń. Linia rysowana była z dużym opóźnieniem. Odległość pomiędzy punktem styku rysika z powierzchnią urządzenia a rysowanym punktem wynosiła ponad 1 mm. ” Zgodnie natomiast z wymaganiem minimalnym W. 16 (str. 7 OPZ) dokładność odwzorowania położenia rysika przy styku z ekranem urządzenia pod kątem 90 stopni powinna wynosić nie więcej niż 0,5 mm. Dodatkowo w protokole z przeprowadzonych testów próbki Polkomtel wskazano, że wykonawca ten uzyskał negatywny wynik testu 3: test wydajności, jednakże po wyłączeniu przez wykonawcę trybu oszczędzania energii test 3 przeprowadzono ponownie i dał on wynik pozytywny.

Biorąc pod uwagę, że próbka dostarczana jest w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, negatywna ocena próbek dostarczonych przez Konsorcjum Orange i Polkomtel w zakresie testu 2 powinna skutkować negatywną oceną całościową z testów, a w konsekwencji odrzuceniem ofert złożonych przez tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z pkt 4 załącznika nr 1 OPZ „Test próbki uznaje się za ukończony z wynikiem pozytywnym, o ile uzyskano pozytywne odpowiedzi na wszystkie zagadnienia do weryfikacji

Sposób oceny próbek i konsekwencje, jakie zastosuje Zamawiający wobec próbki w przypadku negatywnego przebiegu testów były przedmiotem pytań ze strony wykonawców. Na pytanie nr 69 (odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 29 maja 2015 r.) w brzmieniu: „Dotyczy Załącznika nr 1 do OPZ, Opis warunków oraz scenariuszy testów urządzenia mobilnego oraz Załącznika nr 11 do L/mowy, Testy akceptacyjne - prosimy o informację, jakie konsekwencje zastosuje Zamawiający wobec próbki rozwiązania (oraz oferty), która nie uzyska pozytywnego zakończenia drugiej iteracji testów akceptacyjnych?“, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Nieuzyskanie pozytywnego wyniku w testach opisanych w załączniku nr 1 do OPZ spowoduje odrzucenie oferty. W przypadku nie uzyskania pozytywnego zakończenia drugiej iteracji Testów Akceptacyjnych zgodnie z Załącznikiem nr 11 do Umowy System MDM nie może być zgłoszony do odbioru, a tym samym zgodnie z pkt 5.2.2 Umowy nie nastąpi odbiór Systemu MDM. Przekroczenie 40 Dni Roboczych od podpisania Umowy i nie odebranie Systemu MDM będzie skutkowało naliczeniem kar umownych.“

Zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Orange i Polkomtel pomimo jednoznacznego stwierdzenia w protokołach z przeprowadzonych testów negatywnego wyniku w zakresie testu 2: test podpisu, które zgodnie z załącznikiem nr 1 do OPZ i udzielonymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami do treści SIWZ powinno zdaniem Odwołującego skutkować odrzuceniem oferty, i stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Orange oraz Polkomtel pomimo, że ich treść nie odpowiada treści SIWZ, a próbki dostarczone przez tych wykonawców wraz z ofertą uzyskały negatywne wyniki testu 2 - test podpisu.

Uzasadniając tak postawiony zarzut, Odwołujący podnosił, że oferty złożone przez Konsorcjum Orange i Polkomtel powinny zostać odrzucone z uwagi na ich niezgodność z treścią SIWZ również w niżej wymienionym zakresie:

a) Test próbki urządzenia mobilnego T1.2

Składanie podpisu wywołuje poczucie dyskomfortu ze względu na opóźnienie odwzorowania podpisu względem rysika. W udostępnionym przez Zamawiającego filmie z przeprowadzenia testów próbki jest widoczne, że opóźnienie pomiędzy rysikiem kreślącym linię a jej odwzorowaniem na tablecie w niektórych momentach przekracza 1 cm.

Zgodnie natomiast z wymogiem T1.2 ppkt 3 lit e) kryterium ukończenia testu było aby składanie podpisu nie wywoływało wrażenia dyskomfortu związanego z opóźnieniem w wizualizacji kreślonej linii bądź wprowadzeniem zniekształceń.

b) Ładowarka samochodowa - W.1.27 Akcesoria dodatkowe.

Zgodnie z wymogiem W. 1.27 Zamawiający wymagał dostarczenia ładowarek samochodowych umożliwiających ładowanie baterii. Zaoferowane przez Konsorcjum Orange i Polkomtel ładowarki samochodowe nie umożliwiają pełnego naładowania baterii, a sam proces ładowania jest znacznie wydłużony.

c) OPZ (zał.3 do SIWZ) str.8 - W1.35 Oprogramowanie tabletu to Android 4.4, które nie jest aktualnie wspierane - zastąpiła go wersja 5.1, następcą technologiczną wyposażony w wersję Androida 5.1 lub kolejne będzie wymagał innych rozwiązań niż te dla wersji Androida 4.4. Powyższe powoduje, że rozwiązanie zaoferowane przez Konsorcjum Orange i Polkomtel nie zapewnia ciągłości dostępności.

d) OPZ (zał.3 do SIWZ) str.8 - W1.25 - Zaproponowane pokrowce mają zbyt wąskie uchwyty na rysik. W związku z tym pokrowce nie mają dedykowanego miejsca na zaoferowany rysik.

Zarzut dotyczący wezwania Konsorcjum Orange i Polkomtel do uzupełnienia próbki.

1. W protokołach z testów próbek dostarczonych przez Konsorcjum Orange oraz Polkomtel wskazano, że „w związku z negatywnym wynikiem testu 2: test podpisu Wykonawca został wezwany do przez pełnomocnika Zamawiającego do uzupełnienia próbki Urządzenia Mobilnego wyznaczając termin do uzupełnienia na 18.06.2015 r. do godz. 17:00.” Wezwanie zostało skierowane do wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Obaj wykonawcy dokonali uzupełnienia próbki poprzez zainstalowanie innej wersji oprogramowania do składania podpisu na tym samym Urządzeniu Mobilnym, które było złożone wraz z ofertą i podlegało testowaniu. Test podpisu przeprowadzono ponownie tego samego dnia, tj. 18.06.2015 r., w obu przypadkach test zakończył się wynikiem pozytywnym.

Wezwanie Konsorcjum Orange i Polkomtel w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia próbki w związku z negatywnym wynikiem testu 2 test podpisu, było w opisanym powyżej stanie faktycznym niedopuszczalne i stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 82 ust. 1 oraz art. 84 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Na gruncie niniejszej sprawy, brak było, zdaniem Odwołującego, podstaw do wezwania Konsorcjum Orange i Polkomtel do uzupełnienia próbki w trybie art. 26 ust. 3 Prawa

zamówień publicznych. W efekcie wezwania doszło do, w ocenie Odwołującego, niedopuszczalnej po upływie terminu składania ofert, zmiany ofert złożonych przez Konsorcjum Orange i Polkomtel. W obu przypadkach uzupełnienie próbki nastąpiło bowiem poprzez zainstalowanie innej wersji oprogramowania do składania podpisów niż ta zainstalowana na załączonej do oferty próbce (zmiana przedmiotu świadczenia). Pierwotnie próbki załączone do ofert nie spełniały wymogów w zakresie podpisu, dopiero ich uzupełnienie doprowadziło do pozytywnej weryfikacji wymogów Zamawiającego. Wezwanie do uzupełnienia próbki stanowiło, zatem w tym przypadku obejście przepisu art. 82 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zgodnie, z którym wykonawca może złożyć jedną ofertę oraz art. 84 ust. 1 jak również art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

4. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

1. Zdaniem Odwołującego, w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego w ofercie złożonej przez Odwołującego zostałaaby poprawiona omyłka, w wyniku czego uzyskałby 5 punktów w ramach kryterium K.1.7 (na rozprawie, w odpowiedzi na pytanie składu orzekającego, sprostował powyższe, jako oczywistą omyłkę – powinno być: 4 punkty w kryterium K.1.7). W związku z powyższym w kryterium P2 Odwołujący uzyskałby 4,5 pkt, co po dodaniu punktów uzyskanych przez niego w kryterium P1 tj. 69,79 pkt daje łączną liczbę punktów: 74,29 pkt.

2. Analiza Urządzeń Mobilnych zaoferowanych przez Konsorcjum Orange i Polkomtel w ocenie Odwołującego wskazuje, że nie spełniają one kryteriów określonych w K.1.3 oraz K.1.4, co powinno skutkować przyznaniem im w ramach tych kryteriów 0 pkt, a nie odpowiednio 5 pkt i 4 pkt.

a) kryterium K.1.3. - Integracja rysika z tabletem - Zamawiający wskazał, że przyzna:

- 5 pkt gdy urządzenie umożliwi przeprowadzenie podstawowego procesu biznesowego (odwzorowywania odręcznego podpisu z uwzględnieniem siły nacisku) poprzez matrycę z pasywnym lub aktywnym rysikiem obsługiwanym natywnie przez system operacyjny urządzenia - Zamawiający,

• 0 pkt gdy urządzenie nie umożliwia przeprowadzenie podstawowego procesu biznesowego (odwzorowywania odręcznego podpisu z uwzględnieniem siły nacisku) poprzez matrycę z pasywnym lub aktywnym rysikiem obsługiwany natywnie przez system operacyjny urządzenia - Zamawiający.

Rozwiązanie zaoferowane przez Konsorcjum Orange i Polkomtel nie umożliwia przeprowadzenia podstawowego procesu biznesowego (odwzorowywania odręcznego podpisu z uwzględnieniem siły nacisku) poprzez matrycę z pasywnym lub aktywnym rysikiem obsługiwany natywnie przez system operacyjny urządzenia, tym samym wykonawcy ci powinni uzyskać 0 pkt w ramach tego kryterium. Rozwiązanie zaoferowane przez tych wykonawców jest rozwiązaniem łączonym, tablet i rysik pochodzą od dwóch różnych producentów, co powoduje, że nie jest zachowana natywność rozwiązania.

b) kryterium K.1.4. - Wskaźnik poziomu naładowania rysika/pióra - Zamawiający wskazał, że przyzna:

Zamawiający przyzna:

- 7 pkt, jeżeli w oferowanym rozwiązaniu rysik jest urządzeniem niewymagającym zasilania własną baterią / akumulatorem
- 4 pkt, jeżeli rozwiązanie jest wyposażone we wskaźnik poziomu naładowania rysika.

0 pkt, jeżeli w oferowanym rozwiązaniu rysik nie jest urządzeniem niewymagającym zasilania własną baterią / akumulatorem oraz rozwiązanie nie jest wyposażone we wskaźnik poziomu naładowania rysika.

Rysik zaoferowany przez Konsorcjum Orange i Polkomtel nie posiada wskaźnika poziomu naładowania rysika. Zastosowane w rysiku rozwiązanie sygnalizuje jedynie naładowanie lub rozładowanie baterii, nie wskazuje jednak procentowego jej naładowania. Tym samym, w/w wykonawcy zamiast 4 pkt w ramach tego kryterium powinni uzyskać 0 pkt.

W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i przyznania Konsorcjum Orange oraz Polkomtel 0 pkt w kryterium K.1.3 i K.1.4 punktacja w postępowaniu prezentowałaby się w następujący sposób:

a) Odwołujący - w ramach kryterium P2 Odwołujący powinien uzyskać 4,5 pkt, co po dodaniu punktów uzyskanych przez niego w kryterium P1 tj. 69,79 pkt daje łączną liczbę punktów: 74,29 pkt.

b) Konsorcjum Orange - w ramach kryterium P2 Konsorcjum Orange powinien uzyskać 5,5 pkt, co po dodaniu punktów uzyskanych przez niego w kryterium P1 tj. 66,22 pkt daje łączną liczbę punktów: 71,72 pkt.

c) Polkomtel - w ramach kryterium P2 Polkomtel powinien uzyskać 5,5 pkt, co po dodaniu punktów uzyskanych przez niego w kryterium P1 tj. 75 pkt daje łączną liczbę punktów: 80,5 pkt.

Tym samym, w przypadku działania Zamawiającego w sposób zgodny z kryteriami określonymi w treści SIWZ, oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać zaklasyfikowana, według Odwołującego, na drugim miejscu w rankingu ofert.

5. art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny;
3. poprawienie omyłki w ofercie Odwołującego poprzez zastąpienie w kryterium K.1.7 „NIE” sformułowaniem „TAK” i przyznanie Odwołującemu 4 pkt w ramach tego kryterium, a w efekcie 4,5 pkt w ramach kryterium P2;
4. zmniejszenie liczby punktów przyznanych Konsorcjum Orange i Polkomtel z 31 punktów w zakresie funkcjonalności Urządzeń Mobilnych i systemu MDM na 22 punkty, a w efekcie z 7,75 pkt na 5,5 pkt w ramach kryterium P2;
5. odrzucenie ofert złożonych przez Konsorcjum Orange oraz Polkomtel;
6. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Polkomtel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej także: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki, polegającej na wskazaniu w pkt 2 zatytułowanym „Podlegające ocenie parametry oferty” Formularza ofertowego w kryterium K.1.7 „NIE”, podczas gdy powinno być „TAK”, a w efekcie przyznanie Odwołującemu w ramach tego kryterium 0 pkt zamiast 4 pkt.

Zdaniem Odwołującego, skoro w dniu 22 czerwca 2015 r., Odwołujący poinformował Zamawiającego o wystąpieniu omyłki w złożonej przez niego ofercie, mianowicie, iż omyłka polega na omyłkowym wskazaniu w kryterium K.1.7 - Utwardzone szkło - gdy ekran urządzenia jest chroniony szkłem o odporności na zarysowanie powyżej 6.56 w skali Mohs'a (Gorilla Glass 3 lub więcej), w kolumnie Parametry oferowane - „NIE”, podczas gdy powinno być: „TAK”, Zamawiający zobowiązany był wskazać omyłkę poprawić.

Izba ustaliła, że Odwołujący do oferty nie załączył żadnego dokumentu, z którego wynikałby deklarowany parametr. Informacje dotyczące oferowanego urządzenia są podane w utajnionej części oferty, i z dokumentów tych nie wynika parametr, który zdaniem Odwołującego miałby zostać poprawiony. Odwołujący na późniejszym etapie również nie złożył takiego dokumentu. Oświadczenie producenta w tym zakresie, złożone na późniejszym etapie, nie mogło być rozstrzygające, a nadto było spóźnione.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, co następuje:

W ocenie składu orzekającego nie można generalnie przyjmować, że w ofercie nie można dokonywać poprawek, jeżeli omyłki dotyczą kryteriów oceny ofert. Poprawienie omyłek może bowiem dotyczyć każdego elementu oferty, o ile jest uzasadnione i wynika z treści oferty. Treść oferty interpretuje się tak, jak każde oświadczenie woli, z tym, że nie może być to wykładnia zbyt liberalna – nie można wywodzić konieczności poprawy omyłki tylko w oparciu o deklarowane intencje wykonawcy. Gdyby zaakceptować taki pogląd, to każdą ofertę trzeba by uznać za zgodną z SIWZ (a więc nigdy nie mogłaby zaistnieć podstawa odrzucenia oferty przewidziana w art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych) – ponieważ wydaje się być regułą, że intencją każdego wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, a więc w jego ocenie wpisanie „nie” w jednej z rubryk parametrów ocenianych, zamiast „tak”, było oczywistą omyłką. Z takim stanowiskiem nie można się zgodzić – omyłka w tym wypadku mogłaby być ewentualnie uznana za oczywistą (a więc nadająca się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych), jeżeli z treści oferty w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości wynikałoby, że dane urządzenie określony parametr posiada. Jednak z żadnego dokumentu taki parametr nie wynikał. Wobec powyższego, Zamawiający prawidłowo nie dokonał poprawki w ofercie Odwołującego, dlatego Izba nie mogła uwzględnić przedmiotowego zarzutu.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 82 ust. 1 oraz art. 84 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 23 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, tj. Konsorcjum Orange oraz wykonawcy Polkomtel do uzupełnienia próbki.

Izba ustaliła, co następuje:

Bezsporne były w sprawie następujące okoliczności: Zamawiający wymagał dostarczenia próbki, na podstawie której miały być przeprowadzone testy, w celu ustalenia, czy zaofertowane urządzenie spełnia określone wymagania. Scenariusze prowadzenia testów były opisane w SIWZ. Przedmiotem zamówienia były wyłącznie urządzenia – oprogramowanie zostanie zamówione w odrębnym postępowaniu.

W trakcie testów urządzeń zaoferowanych przez Konsorcjum Orange i Polkomtel wykonawcy dokonali wymiany bądź powtórnej instalacji oprogramowania (sam fakt, że działanie dotyczyło oprogramowania, również nie był przedmiotem sporu, Odwołujący kwestionował jedynie na rozprawie zakres tego działania). Zgodnie z protokołami z przeprowadzonych testów „Uczestnik postępowania dokonał uzupełnienia próbki przez zainstalowanie innej wersji programowania do składania podpisu niebędącego częścią oferty) na tym samym Urzędzeniu, które było złożone wraz z ofertą i podlegało testowaniu”. Z powyższego Odwołujący wywodził, że doszło do niedozwolonego uzupełnienia próbki; Zamawiający i Przystępujący byli przeciwnego zdania.

Odwołujący mianowicie w odwołaniu podnosił, że „wezwanie Konsorcjum Orange i Polkomtel w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia próbki w związku z negatywnym wynikiem testu 2 test podpisu, było w opisanym powyżej stanie faktycznym niedopuszczalne i stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 82 ust. 1 oraz art. 84 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.” Dalej Odwołujący wywodził, że „na gruncie niniejszej sprawy, brak było podstaw do wezwania Konsorcjum Orange i Polkomtel do uzupełnienia próbki w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. W efekcie wezwania doszło do niedopuszczalnej po upływie terminu składania ofert, zmiany ofert złożonych przez Konsorcjum Orange i Polkomtel. W obu przypadkach uzupełnienie próbki nastąpiło bowiem poprzez zainstalowanie innej wersji oprogramowania do składania podpisów niż ta zainstalowana na załączonej do oferty próbce (zmiana przedmiotu świadczenia). Pierwotnie próbki załączone do ofert nie spełniały wymogów w zakresie podpisu, dopiero ich uzupełnienie doprowadziło do pozytywnej weryfikacji wymogów Zamawiającego. Wezwanie do uzupełnienia próbki stanowiło, zatem w tym przypadku obejście przepisu art. 82 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zgodnie, z którym wykonawca może złożyć jedną ofertę oraz art. 84 ust. 1 jak również art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.”

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, analizując zarzut podnoszony przez Odwołującego, Izba stwierdziła, że nie doszło do nieprawidłowego uzupełnienia próbek. Nazwanie przez Zamawiającego danej czynności czy przypisanie jej podstawy prawnej nie przesądza o jej znaczeniu dla postępowania; istotne jest, co było przedmiotem danej czynności. Nie mogło być żadnych wątpliwości, że „próbką” w rozumieniu § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.), były wyłącznie urządzenia. Dlatego nie ma znaczenia, że Zamawiający w SIWZ nazwał „przykładowe oprogramowanie do testu scenariusza składania odręcznego podpisu z rejestracją cech biometrycznych” (zał. nr 3 do SIWZ, strona 12) częścią składową próbki. Zatem dla ważności

przeprowadzenia testów nie mogło mieć znaczenia, czy doszło do wymiany, czy przeinstalowania oprogramowania testowanych urządzeń. W konsekwencji, skoro nie doszło do wymiany testowanych urządzeń w trakcie testów w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to nie doszło także do nieuprawnionego uzupełnienia próbki, i nie doszło również do nieuprawnionego wezwania w trybie art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych (wbrew stanowisku Odwołującego, oprogramowanie urządzeń nie było przedmiotem świadczenia, nie było oferowane w ofercie). W konsekwencji Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Orange oraz Polkomtel pomimo, że ich treść nie odpowiada treści SIWZ, a próbki dostarczone przez tych wykonawców wraz z ofertą uzyskały negatywne wyniki testu 2: test podpisu.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 4 załącznika nr 1 OPZ, test próbki uznaje się za ukończony z wynikiem pozytywnym, o ile uzyskano pozytywne odpowiedzi na wszystkie zagadnienia do weryfikacji. Brak w SIWZ informacji, ile nieudanych prób podpisu dyskwalifikuje dane urządzenie. W odpowiedzi na pytanie nr 69 (odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 29 maja 2015 r.) w brzmieniu: „Dotyczy Załącznika nr 1 do OPZ, Opis warunków oraz scenariuszy testów urządzenia mobilnego oraz Załącznika nr 11 do L/mowy, Testy akceptacyjne - prosimy o informację, jakie konsekwencje zastosuje Zamawiający wobec próbki rozwiązania (oraz oferty), która nie uzyska pozytywnego zakończenia drugiej iteracji testów akceptacyjnych?“, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Nie uzyskanie pozytywnego wyniku w testach opisanych w załączniku nr 1 do OPZ spowoduje odrzucenie oferty. W przypadku nie uzyskania pozytywnego zakończenia drugiej iteracji Testów Akceptacyjnych zgodnie z Załącznikiem nr 11 do Umowy System MDM nie może być zgłoszony do odbioru, a tym samym zgodnie z pkt 5.2.2 Umowy nie nastąpi odbiór Systemu MDM. Przekroczenie 40 Dni Roboczych od podpisania Umowy i nie odebranie Systemu MDM będzie skutkowało naliczeniem kar umownych.“

Zgodnie z protokołami z przeprowadzonych testów Polkomtel i Konsorcjum Orange, w trakcie prowadzenia testów podpisu, uzyskano wynik negatywny, po zainstalowaniu innej wersji oprogramowania (co skład orzekający uznał za dopuszczalne w niniejszym postępowaniu, zgodnie z uzasadnieniem powyżej) wynik testu był pozytywny. Ostateczny pozytywny wynik testu potwierdził sam Odwołujący w odwołaniu: „Pierwotnie próbki załączone do ofert nie spełniały wymogów w zakresie podpisu, dopiero ich uzupełnienie doprowadziło do pozytywnej weryfikacji wymogów Zamawiającego.“ (strona 7, pkt 4

odwołania), a także na rozprawie, wskazując, że niektóre z prób składania podpisu były pozytywne, jednak „jego zdaniem w teście każda próba podpis powinna być skuteczna.” (protokół z posiedzenia i rozprawy, strona 7).

W ocenie Odwołującego, w takich okolicznościach zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Orange i Polkomtel stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący podnosił także, że „składanie podpisu wywołuje poczucie dyskomfortu ze względu na opóźnienie odwzorowania podpisu względem rysika. W udostępnionym przez Zamawiającego filmie z przeprowadzenia testów próbki jest widoczne, że opóźnienie pomiędzy rysikiem kreślącym linię a jej odwzorowaniem na tablecie w niektórych momentach przekracza 1 cm.”

Odwołujący w ramach wniosków dowodowych wnosił o dopuszczenie:

- Pana inżyniera Karola Szackiego jako świadka na okoliczność, że oferty Konsorcjum Orange i Polkomtel są niezgodne ze specyfikacją, co świadek może ocenić na podstawie przeprowadzonych testów;
- prezentacji trzech filmów przedstawiających testy, tj. testy, próbki Konsorcjum Orange i Polkomtel prowadzących przez Zamawiającego i testy przeprowadzone przez Instytut Maszyn Matematycznych próbek tych samych ofert;
- opinii biegłego z zakresu informatyki i budowy maszyn informatycznych na okoliczność, czy przyjęte rozwiązania techniczne i technologiczne zaoferowanych urządzeń Konsorcjum Orange i Polkomtel umożliwiają spełnienie wymogów zamawiającego w zakresie odwzorowania W1.16.

Izba oddaliła wniosek dowodowy o powołanie na świadka Pana K. S., ponieważ mógł on potwierdzić tylko to, co zostało przez niego wskazane w pisemnym oświadczeniu. Izba oddaliła również wniosek o powołanie biegłego, ponieważ uznała, iż sprawę można rozstrzygnąć na podstawie udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, ponieważ rozstrzygnięcie zależy od oceny, czy Zamawiający prawidłowo wywiódł na podstawie przeprowadzonych przez siebie testów (które zostały odpowiednio udokumentowane w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), że oferta jest zgodna ze specyfikacją w granicach podnoszonych w odwołaniu. Izba dopuściła dowód z prezentacji fragmentów testów przeprowadzonego przez Zamawiającego w zakresie oferty Polkomtel. Na rozprawie odtworzono fragment filmów – Strony zgodziły się, że jest to zapis testów prowadzonych w trakcie postępowania. Wśród nieudanych prób podpisu dokonywanych na tablecie były próby udane, odwzorowujące podpis odręczny.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że wobec faktu, że mimo szczegółowego opisu w SIWZ scenariusza testów nie wskazano, że jedna (albo więcej, niż jedna) nieudana próba dyskwalifikuje oferowane urządzenie, to jeżeli nawet tylko niektóre z prób składania podpisu (według Odwołującego - „w niektórych momentach”) były udane (tzn. zgodne z wymogami SIWZ), co przyznał sam Odwołujący, to brak podstawy, aby uznać oferty Polkomtel i Konsorcjum Orange za nieodpowiadające treści SIWZ. Ostatecznie wynik testu mógł być uznany za pozytywny, a więc nie zaistniała przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 8 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Ponadto Odwołujący podnosił, że oferty złożone przez Konsorcjum Orange i Polkomtel powinny zostać odrzucone z uwagi na ich niezgodność z treścią SIWZ również w odniesieniu do ładowarki samochodowej (W.1.27 Akcesoria dodatkowe).

Zgodnie z wymogiem W.1.27 Zamawiający wymagał dostarczenia ładowarek samochodowych, „umożliwiających ładowanie baterii”. Zdaniem Odwołującego, zaoferowane przez Konsorcjum Orange i Polkomtel ładowarki samochodowe nie umożliwiają pełnego naładowania baterii, a sam proces ładowania jest znacznie wydłużony.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych szczegółowych wymagań co do parametrów ładowarki samochodowej. Zatem, nawet gdyby przyjąć, że ładowanie baterii za jej pomocą jest mało efektywne, wolne, czy nie prowadzi do pełnego naładowania urządzenia – nie można się dopatrzeć podstawy odrzucenia oferty z powodu zaoferowania ładowarki, jeżeli żadne jej parametry nie zostały przez Zamawiającego opisane w SIWZ jako wymagane.

Odwołujący podnosił także, w ofertach Konsorcjum Orange i Polkomtel zaoferowano oprogramowanie tabletu Android 4.4, które nie jest aktualnie wspierane - zastąpiła go wersja 5.1. Następca technologiczny wyposażony w wersje Androida 5.1 lub kolejne będzie wymagał innych rozwiązań, niż te dla wersji Androida 4.4. Powyższe powoduje, że rozwiązanie zaoferowane przez Konsorcjum Orange i Polkomtel nie zapewnia ciągłości dostępności, a więc jest niezgodne z OPZ (zał.3 do SIWZ) str.8 - W1.35.

Izba stwierdziła, że Odwołujący w tym zakresie w żaden sposób nie udowodnił swoich racji. Przystępujący w piśmie z dnia 14 lipca 2015 r. wskazywał, że oprogramowanie Android jest wspierane niezależnie od pojawiających się na rynku nowszych wersji systemu, zarówno przez społeczność Open Source, jak i producenta tabletu, firmę Samsung. Powyższych stwierdzeń Odwołujący nie podważał, dlatego Izba oddaliła zarzut w tym zakresie.

Ponadto w ocenie Odwołującego „zaproponowane pokrowce mają zbyt wąskie uchwyty na rysik. W związku z tym pokrowce nie mają dedykowanego miejsca na zaoferowany rysik” – w

tym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu ani nie składał żadnych wniosków dowodowych. Dlatego Izba oddaliła zarzut jako nieudowodniony.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący wywodził, że gdyby Zamawiający dostosował się do zasad oceny ofert w kryterium „funkcjonalność urządzeń mobilnych”, to ranking ofert kształtowałby się następująco:

1. Polkomtel - otrzymałby łączną liczbę punktów 80,5 pkt, więc jego oferta byłaby uznana za najkorzystniejszą.
2. Odwołujący – z łączną liczbą punktów 74,29 pkt zająłby drugie miejsce w rankingu ofert.
3. Konsorcjum Orange - z 71,72 pkt byłoby na trzecim miejscu.

Zatem, gdyby nawet uznać za uzasadnione argumenty Odwołującego, i biorąc pod uwagę fakt, że Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty Polkomtel, to uwzględnienie zarzutu w tym zakresie nie miałoby istotnego wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych), ponieważ oferta Polkomtel nadal pozostawałaby ofertą najkorzystniejszą, złożoną w postępowaniu.

Reasumując, Izba nie dopatrzyła się żadnego naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, które miałyby wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....