

WYROK

z dnia 06 grudnia.2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 04 grudnia 2019 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22.11.2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Korporacja Wschód Sp. z o.o.(lider), ul. Pożaryskiego 28, 04-703 Warszawa, OPTIX S.A., Kliment Ohridski 1756 Sofia, Bułgaria** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Straży Granicznej, ul Podchorążych 38, 02-514 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **"Bracia S." W. S. ul. Marszałkowska 58/11, 12, 00-545 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego- Konsorcjum: Korporacja Wschód Sp. z o.o., OPTIX S.A., ul. Pożaryskiego 28, 04-703 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczona przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
3. Zasadza od odwołującego na rzecz zamawiającego Komendę Główną Straży Granicznej, 02-514 Warszawa, kwotę 3 600, (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U z dnia 27 września 2019 r. poz. 1843) 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

Komenda Główna Straży Granicznej, Warszawa, dalej zwana „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na dostawę systemów optoelektronicznych do wież obserwacyjnych, sprawa nr 47/BF/BTiZ/I 9*, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.08.2019 r. pod nr 2019/S/I65-404454.

Zamawiający w dniu 15 listopada 2019 roku poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy "Bracia S." Witold S., ul. Marszałkowska 58/11, 00-545 Warszawa, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz o odrzuceniu oferty Konsorcjum.

Od takiej czynności wyboru wykonawcy Konsorcjum: Korporacja Wschód Sp. z o.o.(lider), ul. Pożaryskiego 28, 04-703 Warszawa, OPTIX S.A., Kliment Ohridski 1756 Sofia, Bułgaria, dalej „odwołujący”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu niezgodne z prawem działanie polegające na odrzuceniu jego oferty na podstawie nieznanymi odwołującemu informacji pozyskanych od producenta w trybie poza ustawowym. Wskazał, że zamawiający takim działaniem naruszył :

1. Art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec elementów oferty budzących wątpliwość u zamawiającego,
2. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec elementów oferty budzących wątpliwość u zamawiającego,
3. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez jego zastosowanie w sposób sprzeczny z celem przepisu i w konsekwencji nieuwzględnienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu mimo braku podstaw do dorzucenia oferty.
5. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec oferty złożonej przez odwołującego, mimo, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, jego oferta spełnia wszystkie wymagania SIWZ i jako taka nie podlega odrzuceniu.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. uwzględnienia odwołania
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3. nakazanie zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

4. nakazanie zamawiającemu wyboru oferty złożonej przez odwołującego, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący na wstępie przedstawił stan faktyczny sprawy dotyczący chronologii postępowania odwołującego i zamawiającego w zakresie wyjaśniania zamawiającemu wszelkich wątpliwości dotyczących treści złożonej oferty. Podał, że zgodnie z Częścią III SIWZ, pkt 1: „przedmiotem zamówienia jest dostawa systemów optoelektronicznych składających się z zestawu urządzeń optoelektronicznych przeznaczonych do instalacji na istniejących wieżach we wskazanych w OPZ lokalizacjach oraz urządzeń do ich zdalnego sterowania przeznaczonych do instalacji w lokalnych ośrodkach nadzoru, obejmująca: dostawę nowych wyprodukowanych nie wcześniej niż rok przed datą odbioru systemów optoelektronicznych, ich montaż i uruchomienie na wskazanych wieżach i w lokalnych ośrodkach nadzoru oraz przeprowadzeniu szkoleń przedstawicieli Zamawiającego, zgodnie z wymaganiami opisanymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Załącznik nr 1 do SIWZ stanowi Opis przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający zawarł liczne wymagania funkcjonalno-techniczne, w tym w pkt A.II.I.II - wymagania dotyczące kamery termowizyjnej, natomiast w pkt A.III.I.IV - wymagania dotyczące dalmierza laserowego.

W pkt A.III.I.II. pkt 10 specyfikacji dotyczącej kamery termowizyjnej Zamawiający napisał: „10. *Wartości zasięgów wykrycia, rozpoznania i identyfikacji celu typu człowiek o wymiarach 1.6 m x 0.6 m wyznaczone zgodnie z normą NATO STANAG No 4347 Edycja 1 z dnia 18.07 1995 ..Definition of nominal static range performance for thermal imaging system” przy założeniu współczynnika ekstynkcji atmosfery 0.2 km⁻¹ \ temperatury otoczenia 288°K oraz różnicy temperatur między celem a otoczeniem $\Delta T = 2^\circ K$ muszą być nie mniejsze niż:*

- *zasięg wykrycia 13 500 m.*
- *zasięg rozpoznania 6 700 m*
- *zasięg identyfikacji 3 200 m*

Zgodnie z pkt A.III.I.II. pkt 11 specyfikacji dotyczącej kamery termowizyjnej Zamawiający napisał: „*Wartości zasięgów wykrycia kamery muszą być wyznaczone na podstawie przeprowadzonego pomiaru charakterystyki funkcji Minimalnej Rozróżnialnej Różnicy Temperatur MRTD zgodnie z normą NATO STANAG No 4349 1995 „Measurement of the minimum resolvable temperature difference (MRTD) of thermal cameras” przy temperaturze otoczenia $20^\circ C \pm 2^\circ C$ dla największego optycznego pola widzenia kamery FOV (wymiar poziomy) Zabrania się wykorzystania powiększenia cyfrowego”*. Nadto w pkt A.III.I.II. pkt 18 specyfikacji dotyczącej kamery termowizyjnej postawił wymóg, aby: „*Kamera musi mieć MTBF co najmniej 10 000 h*”, gdzie parametr MTBF oznacza średni czas między awariami.

Natomiast w zakresie dalmierza laserowego to zgodnie z pkt A.III.I.IV. pkt 1 specyfikacji dotyczącej: „*Dalmierz laserowy musi zapewniać pomiar odległości co najmniej w zakresie 200- 14000 m w warunkach dobrej widoczności (zakres widzialności atmosferycznej 20 km)*”.

Nadto odwołujący podkreślił, że zgodnie z pkt 18 Części XI: „Wszelkie czynności Wykonawcy związane ze złożeniem wymaganych dokumentów (w tym m. in.: polegające na złożeniu oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy, poświadczaniu kserokopii dokumentów za zgodność z oryginałem) muszą być dokonywane przez upoważnionych przedstawicieli Wykonawcy. Z kolei pkt 19 tej samej części stanowi: „W przypadku dokonywania czynności związanych ze złożeniem oferty i innych wymaganych dokumentów przez osobę(y) nie wymienioną(e) w dokumencie rejestracyjnym Wykonawcy do oferty należy dołączyć odpowiednie pełnomocnictwo (lub ciąg pełnomocnictw) w oryginale w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Wykonawcę lub w elektronicznej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza. W pkt 20 Części XI Zamawiający wskazał jak będzie odbywać się korespondencja w przypadku wykonawców składających wspólną ofertę. W tym zakresie Zamawiający stwierdził: „Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (np. w formie konsorcjum). W takim przypadku zastosowanie mają przepisy określone w art. 23 ustawy Pzp, a Wykonawcy ci muszą ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo, o którym mowa wyżej należy dołączyć do oferty. Wszelka korespondencja oraz rozliczenia dokonywane będą wyłącznie z pełnomocnikiem.

Nawiązując do przebiegu postępowania podał, że w dniu 03.10.2019 r. zamawiający wystąpił do Konsorcjum z dwoma wezwaniami. Pierwsze z nich dotyczyło ustalenia czy oferta Konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny, natomiast drugie dotyczyło uprawnień pana I. P. C., Dyrektora Generalnego firmy Optix do reprezentowania Spółki Optix i podpisywania dokumentów w jej imieniu. Pełnomocnik Konsorcjum odpowiedział na oba wezwania, formułując w odniesieniu do wezwania nr 1 trzy odpowiedzi:

- 1.1. Pismo znak 350/19 z dnia 04.10.2019 r. zastrzegające informacje zawarte w wyjaśnieniu jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 1.2. Pismo znak 354/19 z dnia 2019-10-09 informujące, że cena dostawy podobnego systemu dla Podlaskiego Oddziału Straży Granicznej (dalej POSG) na podstawie rozstrzygniętego postępowania nr 12/ZP/WŁil/19 i umowy nr 83/ZP/2019 nie została uznana za rażąco niską i nie była kwestionowana,
- 1.3. Pismo (niejawne) znak 355/19 z dnia 2019-10-09 przedstawiające kalkulację kosztów.

W dniu 10.10.2019 r. zamawiający wezwał Konsorcjum do udzielenia informacji na temat oferowanej przez Konsorcjum kamery termowizyjnej HeatSeekIR H4 w odniesieniu do

parametrów dotyczących zakresu zasięgu wykrycia i zasięgu rozpoznawania celu typu człowiek o wymiarach 1,6 x 0,6 m (pkt A.III.I.II. pkt 10 specyfikacji dotyczącej kamery termowizyjnej). Zamawiający w wezwaniu nie określił żadnych wymogów dotyczących przedstawienia jakichkolwiek dowodów. W odpowiedzi na to wezwanie Pełnomocnik Konsorcjum przedstawił wymagane informacje, załączając do nich otrzymane tego samego dnia pismo konsorcjanta OPTIX wraz z tłumaczeniem na język polski. W piśmie tym OPTIX potwierdził, że kamera Optix HeatSeekIR H4 jest w pełni zgodna z technicznymi wymaganiami Zamawiającego, w tym wymogami dotyczącymi wykrywania, rozpoznawania i identyfikacji. W dniu 14.10.2019 r. zamawiający poinformował Konsorcjum, że jego oferta została oceniona najwyżej i wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających, że Konsorcjum nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia postawione warunki udziału. Na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w niniejszej SIWZ, zamawiający zażądał przedstawienia wyników badań laboratoryjnych (np. w formie raportu, świadectwa lub sprawozdania) poświadczających pomyślne przejście testów laboratoryjnych przez oferowany typ kamery termowizyjnej w zakresie wymogów określonych w pkt. AJILI.II 10. oraz A.ITI.I.II 11. Opisu Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający wskazał, że „badania laboratoryjne muszą być przeprowadzone przez laboratorium dowolnego kraju z Unii Europejskiej certyfikowane w zakresie badań kamer termowizyjnych zgodnie z normą NATO STAN AG No 4349 „Measurement of the minimum resolvable temperature difference of thermal cameras.

Wyniki badań nie mogą być starsze niż 6 miesięcy od daty składania ofert”. Tym samym w wezwaniu do złożenia dokumentów, które miałyby potwierdzić zgodność oferowanej dostawy z wymaganiami Zamawiającego, Zamawiający ograniczył się do zobowiązania Wykonawcy wyłącznie do potwierdzenia wymogów dotyczących kamery termowizyjnej w kontekście wymogu pkt A.III.I.II pkt 10. oraz A.III.I.II pkt 11 Opisu Przedmiotu Zamówienia. Nie żądał przedstawienia dowodów na spełnienie jakiegokolwiek innego parametru oferowanego sprzętu. Nadto na wezwanie Zamawiającego w dniu 23.10.2019 r. Pełnomocnik Konsorcjum złożył wszystkie wymagane dokumenty, w tym sprawozdania z badań laboratoryjnych oferowanego typu kamery termowizyjnej w zakresie wymogów pkt A.III.I.II pkt 10 oraz A.III.LH pkt 11 Opisu Przedmiotu Zamówienia. Tym samym Konsorcjum spełniło wszystkie wymagania zawarte w ostatnim z wezwań przekazanych przez Zamawiającego.

Natomiast w dniu 15.11.2019 r. poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego. Jako powód odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał na niespełnienie przez oferowany typ dalmierza wymogów określonych w pkt A.III.I.IV pkt 1, czyli nie zapewnienie pomiaru odległości co najmniej w zakresie 200-14000 m w warunkach dobrej widoczności (zakres widzialności atmosferycznej 20 km) oraz na niespełnienie przez oferowany typ kamery termowizyjnej wymogów określonych w pkt A.III.I.II. pkt 18, dotyczących średniego

czasu pomiędzy awariami (MTBF) wynoszącego co najmniej 10 000 h. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający powołał się na informacje producenta dalmierza i kamery.

Odnosząc się do wskazanych podstaw odrzucenia odwołujący podał, że zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie nieznanego odwołującemu informacji.

Podkreślił, że zarówno w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak i w postanowieniach SIWZ przytoczonych w pkt I powyżej wskazano, że podstawą uzyskiwania od wykonawców uczestniczących w Postępowaniu dokumentów jest wezwanie Zamawiającego kierowane do Pełnomocnika Konsorcjum. Pełnomocnik Konsorcjum wskazuje i oświadcza, że w postępowaniu nie było do niego kierowane żadne wezwanie dotyczące spełnienia parametrów wskazanych jako podstawa odrzucenia jego oferty. Odwrotnie zamawiający w wezwaniu z dnia 14.10.2019 r. wskazał w jakim zakresie oczekuje od konsorcjum przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań określonych w SIWZ. W tym zakresie wszystkie żądane dokumenty zostały złożone.

Również producent kamery firma OPTIX, nigdy nie otrzymała żadnego oficjalnego wezwania do wyjaśnień dotyczących wskazanych w odrzuceniu oferty parametrów oferowanego w niniejszym postępowaniu urządzenia. Przeciwnie producent OPTIX zapewnił już 14.10.2019 r. o zgodności wszystkich parametrów oferowanego typu kamery termowizyjnej z wymogami zamawiającego. Pełnomocnik Konsorcjum, po otrzymaniu informacji o wyniku Postępowania zwrócił się do producenta kamery po raz kolejny o potwierdzenie zgodności oferowanego sprzętu ze SIWZ. Otrzymane pismo wraz z tłumaczeniem stanowi załącznik nr 3 do odwołania. Pełnomocnik uzyskał także ulotkę dotyczącą oferowanego dalmierza, która potwierdza spełnienie przez ten sprzęt kwestionowanych przez Zamawiającego parametrów.

Reasumując powyższe podkreślił, że odwołujący przypuszcza, że podstawą powzięcia przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego była informacja, która dotyczyła sprzętu zaoferowanego przez producenta w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia, które wygrał Wykonawca - Korporacja Wschód Sp. z o.o. Należy jednak wskazać, że po pierwsze w tamtym postępowaniu wymagania dotyczące sprzętu zostały sformułowane nieco inaczej, a zatem nie można wywodzić z niego o parametrach sprzętu oferowanego w niniejszym postępowaniu. Nadto tryb, w którym działał Zamawiający prosząc producenta o informację, poza tym, że nieformalny i niezgodny z przepisami i niniejszą SIWZ, okazał się katastrofalny w skutkach, bowiem w efekcie jego zastosowania Zamawiający wprowadził w błąd sam siebie i działając pod wpływem błędu dokonał oceny oferty Odwołującego. Takim działaniem Zamawiający naruszył szereg przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu oraz postanowień sformułowanej przez samego siebie SIWZ.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, a w ustnym stanowisku prezentowanym na rozprawie podtrzymał zasadność swojego stanowiska o odrzuceniu oferty odwołującego.

Podał, że jego zdaniem odrzucenie oferty odwołującego było konieczne, gdyż nie zostało wykazane dowodowo, że oferowany dalmierz i kamera termowizyjna spełniają wymagania w zakresie zasięgu pomiaru (dalmierz) oraz dotyczących średniego czasu pomiędzy awariami (MTBF) dotyczący kamery termowizyjnej. Wskazał, że zamawiający wyjaśniał kwestie dot., jaki sprzęt oferuje odwołujący, a nadto wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, gdyż powziął wątpliwości, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Podkreślił, że w zakresie dalmierza zamawiający oczekiwał, aby dokonywał on pomiarów w zakresie od 200 m do 14 000 m. Natomiast w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny odwołujący wskazał sprzęt, który wzbudził wątpliwości Zamawiającego, gdyż taki sam sprzęt zaoferował ten wykonawca w ramach wykonywania innej umowy dla Podlaskiego Oddziału Straży Granicznej (POSG), gdzie były inne – mniejsze wymagania SIWZ, co do parametrów sprzętu. Oceny oferty, zamawiający dokonał także w oparciu o informacje, które uzyskał od producenta. Nadto odwołujący w piśmie wyjaśniającym cenę oferty z 09.10.2019r. podał, iż taki sam sprzęt zaoferował w trakcie realizacji innej umowy dla POSG i tam ten sprzęt nie został zakwestionowany, zupełnie pomijając różne wymagania zamawiającego w tym zakresie. Ponadto w odpowiedzi na pytanie zamawiającego co do zasięgu oferowanego dalmierza odwołujący przesłał kartę katalogową i karta była taka sama, jak na stronie internetowej producenta. To dane zawarte w karcie katalogowej na stronie producenta wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Wyjaśniając powyższe podał, że zamawiający badając ofertę stwierdził, iż na stronie internetowej producenta dla zaoferowanego dalmierza Optix LRF10 widnieje karta katalogowa, która podaje, iż zasięg tego dalmierza jest inny niż ustalił to Zamawiający w SIWZ i zamiast zakresu od 200 m 14 000 m zakres ten wynosił od 50 m do 10 000 m.

Jeśli chodzi o drugą przyczynę odrzucenia oferty odwołującego dotyczącej kamery termowizyjnej to zamawiający podał, że przyczyną odrzucenia było zaoferowanie kamery nie spełniającej wymogów specyfikacji określonych w rozdz. A.III.1.II. pkt 18 dotyczących średniego czasu pomiędzy awariami (MTBF) wynoszącego co najmniej 10 000 h. Według treści oferty i wyjaśnień kamera ta średni czas pomiędzy awariami (MTBF) miała określony na poziomie 8 000 godzin.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów podał, że mając na względzie posiadane dowody, brak było podstaw do kolejnego wzywania wykonawcy w zakresie dalmierza, bo w tej sytuacji pytanie musiałoby zmierzać do kwestii negocjacji z Odwołującym, jaki dalmierz w rzeczywistości zaoferował Odwołujący, a konkretnie, o jakim zasięgu. Podkreśla, że ze złożonej karty katalogowej nigdzie nie wynikało, że ten dalmierz LRF 10 może spełnić wymagania zamawiającego, czyli mieć także inny zasięg. Podobne ustalenia dotyczyły także braku spełniania ww. wymagania wobec kamery termowizyjnej.

Przystępujący do postępowania wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu stwierdził, że zarzuty odwołującego są niezasadne, a sposób w jaki oceny oferty odwołującego dokonał zamawiający jest prawidłowy, co uzasadniało odrzucenie tej oferty, jako niespełniającej wymogu SIWZ.

Dodatkowo podał, iż stanowisko odwołującego podane w odwołaniu jest różne od tego, które prezentował we wcześniejszych dokumentach i wyjaśnieniach i jest wynikiem tego, że zamawiający zaczął dopytywać się, czy oferowane urządzenia spełniają wymagane SIWZ. Tym samym składane oświadczenia miały na celu próbę ratowania oferty, a nie potwierdzania jej zgodności z SIWZ, gdyż brak jest złożenia przez odwołującego jakiegokolwiek wiarygodnego dowodu w tym zakresie.

W zakresie kamery wskazał na część jawną wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dn. 09.10.2019r., gdzie odwołujący wskazując taką samą kamerę na jaką złożył karty katalogowe. Podał, że zostaje zaoferowana taka sama kamera, jak dla POSG i kamera ta spełnia wymagania postanowieni w SIWZ dla 13 wież w niniejszym postępowaniu przetargowym.

Przystępujący nadto podkreślił, że jeśli chodzi o kwestie dot. dalmierzy, to również odwołujący w wyjaśnieniach podał, że dalmierze zaoferowane dla POSG były droższe, dlatego, że wymagały zainstalowania dodatkowych elementów tj.: iglicy odgromowej, większych monitorów i dłuższego czasu gwarancji. Natomiast nie wskazuje, iż zasięg tamtych dalmierzy był wymagany na 10 000 m, a tutaj na 14 000 m. W oparciu o utożsamienia tych dalmierzy takich samych dla obu postępowań, należy wywieść, iż odwołujący zaoferował dalmierz niespełniający wymagań. Podobna sytuacja dot. kamery, gdzie odwołujący podał, że są to takie same kamery jak zaoferowane dla POSG, natomiast nie wspomina w jakikolwiek zakresie o tym, o czym jest mowa w zał. nr 3 do odwołania, czyli o potrzebie zamontowania dodatkowych urządzeń chłodniczych, aby tak kamera spełniała wymagania Zamawiającego, gdyż zaoferowana taka sama jak dla POSG wymagań w tym postępowaniu nie spełnia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody i stanowiska stron postępowania oraz przystępującego podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołane jest niezasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy

Pzp. Izba stwierdziła nadto, że odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej, gdyż uwzględnienie zarzutów odwołania otwiera szansę na jego pozyskanie.

Izba po dokonaniu szczegółowej oceny dokumentacji postępowania, treści odwołania i dowodów złożonych przez strony i przystępującego uznała czynność zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego za zasadną, gdyż bezsprzecznie nie zostało wykazane dowodowo, że oferowane urządzenia spełniają w pełni wymagania zamawiającego podane w SIWZ. Izba stwierdza, że aby możliwe było uwzględnienie zarzutów odwołania to złożone dowody muszą być pewne i kategoryczne – tak wyrok SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17, a nadto musi zaistnieć przesłanka z art. 192 ust.2 Pzp, że uwzględnienie odwołanie może nastąpić tylko wtedy, kiedy stwierdzone naruszenie miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Zauważyć należy, że sama formuła w jakiej odwołujący prezentował treści zarzutów w odwołaniu zmierzała nie do potwierdzenia, że złożona oferta była zgodna z wymaganiami SIWZ, lecz sformułował zarzuty, że zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 i 4 oraz 87 ust.1 Pzp gdyż zaniechał dalszego wzywania odwołującego w celu *wyjaśnienia elementów oferty budzących wątpliwość u zamawiającego*.

Na wstępie wskazać należy, że odwołujący realizuje dla zamawiającego, a konkretnie dla jego jednostki tj. Podlaskiego Oddziału Straży Granicznej ofertę na podobne zadanie z tym, że jak ustalono w trakcie rozprawy niespornym jest, że wymagania sprzętowe dla POSG były inne(niższe) niż ustalone przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślić należy, że odwołujący zarówno w trakcie wyjaśniania rażąco niskiej ceny (zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa) jak i w piśmie – znak 354/19 z dnia 2019-10-09 podał, że „*kamera OPTIX HeatSeeKIR H4 zaoferowana dla POSG, spełnia również wymagania dla 13 wież w niniejszym postępowaniu przetargowym.*” Nadto w tym piśmie wskazał także, że cena oferty dla POSG była wyższa o 1 414 zł, gdyż „*zamawiający wymagał dodatkowego zainstalowania iglicy odgromowej, większych monitorów oraz dłuższego okresu gwarancji*”. Interpretując powyższe zasadnym jest wywiedzenie jednoznacznego wniosku, że odwołujący zaoferował dla tego postępowania takie same kamery, jak dla zamówienia dla POSG. Powyższe ma istotne znaczenie, gdyż odwołujący w osobie lidera konsorcjum na rozprawie wywodził, iż kamera zaoferowana w tym postępowaniu ma inne parametry niż parametry kamery zaoferowanej dla POSG.

Pierwszą z podstaw odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego było zaoferowanie dalmierza LRF-10. Zamawiający oczekiwał, aby ten sprzęt dokonywał pomiarów w zakresie od 200 m do 14 000 m. Natomiast w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny odwołujący wskazał takie samo urządzenie, jakie zaoferował ten wykonawca w ramach wykonywania innej umowy (dla POSG), gdzie były inne wymagania SIWZ.

Zamawiający na stronie internetowej producenta ustalił w oparciu o kartę katalogową tego produktu, iż nie spełnia on wymagań zamawiającego. Wobec powyższego zamawiający wystąpił do wykonawcy (OPTIX) w dniu 05.11.2019 roku drogą mailową o przesłanie „wszystkich danych technicznych waszego dalmierza laserowego typu OPTIX LRF 10”. W odpowiedzi na powyższy mail odwołujący przesłał do zamawiającego taką samą kartę katalogową jaka znajduje się na stronie producenta – członka konsorcjum wykonawcy, z której jednoznacznie wynikało – poz. pierwsza specyfikacji, iż pomiar odległości dalmierza zawiera się w zakresie od 50 do 10 000 metrów.

Odwołujący w nawiązaniu do odrzucenia jego oferty, załączył do odwołania pismo OPTIX z dnia 20.11.2019 roku w którym podaje, że *„OPTIX ma możliwości techniczne, specjalistów inżynierskich i know-how, aby opracować precyzyjne rozwiązania dla każdego konkretnego projektu w oparciu o wymagania klienta. Tak więc nasz asortyment produktów, dalmierzy laserowych OPTIX LRF, jest wytwarzany z parametrami niezbędnymi do konkretnego rozwiązania i posiada różną gamę modułów konstrukcyjnych odpowiadających wymaganiom technicznym Zamawiającego. Mianowicie, mamy OPTIX LRF 10 w dwóch wariantach z różnymi źródłami laserowymi na 10 km i na 16 km oraz OPTIX LRF 20 do pomiaru odległości powyżej 20 km. Do projektu 13 układów optoelektronicznych wybraliśmy OPTIX LRF 10 ze źródłem laserowym dalekiego zasięgu umożliwiającym odległość pomiaru dalmierza do 16 000 metrów”*.

Odnosząc się do powyższego stanowiska OPTIX, Izba wskazuje, że z żadnej karty katalogowej, ani jakiegokolwiek dokumentu nie wynika, że oferowany dalmierz o oznaczeniu LRF 10 ma dwa rodzaje zasięgów. Takie stanowisko odwołującego pojawia się dopiero w wyjaśnieniach po odrzuceniu jego oferty. Również ze złożonego przez odwołującego na rozprawie dowodu – rzutu ze strony internetowej, wskazującego, iż OPTIX LRF to rodzina dalmierzy laserowych o różnych zasięgach, ale również w tym piśmie brak jest jakiegokolwiek wzmianki, że pod oznaczeniem LRF 10 znajdują się dwa dalmierze o tym samym oznaczeniu, ale o dwóch różnych zasięgach. Oceniając powyższe Izba uznała za wiarygodne i zasadne stanowiska zamawiającego i przystępującego, że powyższe wywodzenie jest nielogiczne i niespotykane w obrocie, gdyż każde konkretne urządzenie posiada właściwe tylko jemu oznaczenie. Zamawiający podał, że w oparciu o wieloletnie doświadczenie w zakresie i oceny dalmierzy, jednoznacznie na rynku jest to, że liczba zamieszczona na końcu oznaczenia dalmierza OPTIX oznacza jego zasięg. Tak więc dalmierz laserowy o oznaczeniu LRF 10 posiada zasięg 10 km, a LRF 20 – 20 km.. Izba podkreśla, że odwołujący poza jego własnym pismem z 20.11.2019 roku i stanowiskiem przedstawionym do protokołu rozprawy nie przedłożył jakiegokolwiek dowodu, iż dalmierz laserowy o oznaczeniu OPTIX LRF 10 posiada dwa zasięgi w tym także ten o zasięgu do 16 000 metrów. Oceniając ww. treść pisma odwołującego podkreślić należy także, iż samo

sformułowanie **zasięgu do 16 000 metrów** budzi wątpliwości w zakresie jaka wielkość zasięgu jest spełniona, gdyż każda wartość mniejsza niż 16 000m zawiera się w podanym zbiorze od 25 – 16000 m., która niekoniecznie spełnia wymóg SIWZ.

Podkreślić należy, że Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty posiadał wiedzę, co do typu i parametrów technicznych oferowanego przez odwołującego dalmierza, a posiadał te informacje ze strony internetowej w języku angielskim i języku bułgarskim, a także w oparciu o kartę katalogową, którą przesłał odwołujący zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie.

Tym samym zarzut odwołania jako niewykazany dowodowo podlegał oddaleniu. Izba uznała odrzucenie oferty odwołującego z tej przyczyny za zasadne, gdyż zdaniem Izby stanowisko odwołującego co do dwóch zasięgów dalmierza LRF 10 jest tylko stanowiskiem procesowym dla ratowania swojej oferty i nie zostało poparte dowodem pewnym i kategoriowym.

W zakresie drugiej podstawy odrzucenia oferty tj. zaoferowania kamery termowizyjnej OPTIX HeatSeeKIR H4, zamawiający stwierdził, że zaoferowana kamera nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie średniego czasu pomiędzy awariami wynoszący nie mniej niż 10 000 godzin pracy. W tym zakresie zamawiający podał, że jego wątpliwości wzbudził fakt, że została zaoferowana dla tego postępowania kamera o takim samym oznaczeniu, jak dla POSG, gdzie wymagana była kamera o niższych parametrach.

Fakt zaoferowania takiej samej kamery wynikał z wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a także z załączonego pisma z dnia 09.10.2019 roku w którym odwołujący stwierdził, że została zaoferowana kamera jak w postępowaniu dla POSG. Podkreślić należy, że zamawiający wymagał, aby została zaoferowana kamera termowizyjna, która posiada możliwość, co najmniej 10 000 godzin bezawaryjnej pracy. Natomiast z dostępnych na stronie internetowej kart katalogowych tego produktu wynikało, że oferowana kamera spełnia ten parametr tylko w zakresie około 8 000 godzin, a więc w zakresie niższym, niż to wymagał zamawiający.

Niewątpliwym jest fakt, że zamawiający oparł ustalenie niezgodności oferowanej kamery z wymaganiami SIWZ w oparciu o karty katalogowe producenta i nie kierował do wykonawcy wezwania o wyjaśnienie treści oferty. W tej kwestii dowodowej wskazać należy także na treść pisma odwołującego Konsorcjum z dnia 20.11.2019 roku, gdzie w zakresie kamery odwołujący podał, że *„Co do niezgodności chłodzonej kamery termowizyjnej OPTIX HEATSEEK IR H4 pod względem średniego czasu międzyawaryjnego (MTBF) jest to również kwestia konkretnego rozwiązania technicznego. W standardowej oficjalnej broszurze handlowej kamery termowizyjnej parametr ten wynosi > 8000 godzin, co jest zgodne ze standardowym średnim czasem międzyawaryjnym chłodnic OEM. Jednakże, chłodzona kamera termowizyjna OPTIX HEATSEEK IR H4, oferowana w niniejszej procedurze przetargowej dla 13 systemów wieloczuJNIKOWYCH, jest w konfiguracji zapewniającej*

wymagane minimum 10 000 godzin średniego czasu międzyawaryjnego i **będzie produkowana ze specjalnie dobranymi chłodnicami**, które odpowiadają wymaganemu MTBF. W ten sposób OPTIX gwarantuje to jako producent oferowanego sprzętu optoelektronicznego”. Z powyższej treści zdaniem Izby należy jednoznacznie wywieść, że odwołujące Konsorcjum jeszcze nie dysponuje kamerą, którą rzekomo zaoferowało w tym postępowaniu. Właściwa kamera dla przedmiotowego postępowania ma zostać oparta na bazie kamery OPTIX HEATSEEK IR H4, posiadającej okres średniego czasu międzyawaryjnego na poziomie 8 000 godzin, poprzez dokonanie zmian w układzie chłodzenia. Analizując powyższe Izba uznała, że odwołujący nie zaoferował wymaganej w tym postępowaniu kamery termowizyjnej, gdyż co najmniej na dzień sporządzenia ww. pisma tj. 20.11.2019 roku jej jeszcze nie posiadał, gdyż wskazał, że dopiero „będzie produkowana”.

Wskazać należy, iż odwołujący spełnianie wymogów przez zaoferowaną kamerę wywodził powołując się także na Sprawozdanie z badań nr 21/PB09/PCA/2019 wykonanych w Instytucie Optoelektroniki Wojskowej Akademii Technicznej w Warszawie złożonych zamawiającemu w dniu 23.10.2019 roku. Zarówno zamawiający jak i przystępujący odnosząc się do tego sprawozdania wskazali, że w żadnym miejscu tego sprawozdania nie ma informacji, iż oferowana kamera, przekazana do badania spełnia wymaganie SIWZ w zakresie wymagania 10 000 godzin średniego czasu międzyawaryjnego. Tym samym przedmiotowe sprawozdanie nie potwierdza spełniania przez oferowaną w ofercie kamerę OPTIX HEATSEEK IR H4 wymogu 10 000 godzin bezawaryjnej pracy.

Izba uznała za zasadne także stanowisko zamawiającego, który na rozprawie stwierdził, że propozycja wydłużenia czasu bezawaryjnej pracy z 8 do 10 tys. godzin poprzez samą zmianę systemu chłodzenia nie czyni zadość temu wymaganiu. Zamawiający oczekiwał, iż cała kamera (a więc wszystkie jej elementy) – będzie zapewniać bezawaryjną pracę - kamery jako całości, na wymaganym w SIWZ poziomie. Sama zmiana systemu chłodzenia nie zapewnia tego wymagania, a nadto każda modernizacja kamery powoduje wzrost jej ceny, a na to w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny nie wskazano iż zostały zarezerwowane środki finansowe. Tym samym argumentacja o zaoferowaniu właściwej do wymagań SIWZ kamery jest niewiarygodne.

Odwołujący odnosząc się do zarzutu zamawiającego i przystępującego, iż nie ujął w cenie kosztu ewentualnych przeróbek technicznych kamery w zakresie układu chłodzenia, gdyż podał cenę kamery w tym postępowaniu taką sama jak dla kamer przeznaczonych dla POSG podał, że koszt modernizacji jest niewielki i będzie wynosił około 2 000 euro na kamerę. Izba powyższe tłumaczenie uznaje za nieudowodnione i całkowicie oderwane od złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wskazać należy, że w wyjaśnieniach ceny zwarte są pozycje z kwotami kosztów stanowiących niewielki procent kwoty 2000 euro, co wskazuje

iż odwołujący kalkulował w ofercie koszty znacznie niższe niż kwota 2 tys. euro. Nadto przedmiotowe zamówienie opiewa na dostawę 13 szt. kamer.

Izba uznała za niezasadne i nieudowodnione stanowisko odwołującego, który nawiązując do zaoferowanej kamery OPTIX HEATSEEK IR H4, posiadającej okres średniego czasu międzyawaryjnego na poziomie ponad 8 000 godzin, iż spełnianie wymagania 10 000 godzin bezawaryjnej pracy jest już zapewnione przez ww. kamerę, gdyż wielkość „> 8 000 godzin” wynikająca z karty katalogowej nie wyłącza, że kamera ta już spełnia także wymóg 10 000 godzin.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania Izba uznała, iż złożona oferta w zakresie parametrów wskazanych jako podstawa odrzucenia oferty nie spełnia wymagań zamawiającego wyartykułowanych w SIWZ.

Izba jednakże zauważa, że zamawiający w zakresie kamery termowizyjnej winien był skierować do odwołującego wezwanie o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp. Jednocześnie biorąc pod uwagę powyższe ustalenie, że fakt zaoferowania niewłaściwego dalmierza laserowego był niewątpliwy i tym samym już z tego powodu oferta odwołującego podlegała odrzuceniu to uwzględnienie tego zarzutu przez Izbę nie miało by wpływu na rozstrzygnięcie Izby.

Ponadto wskazać należy, że według ustaleń Izby w oparciu o szczegółową analizę materiału dowodowego, złożona przez odwołujące się Konsorcjum oferta w omawianym zakresie była niezgodna z SIWZ. Należy pamiętać także o tym, że z przepisu art. 87 ust. 1 Pzp. nie wynika, aby zamawiający w każdej sytuacji wskazującej na wątpliwości, co do zgodności oferty z siwz był zobowiązany do występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień. Ustawodawca takiego wymogu nie zawarł, nie określił również katalogu spraw, o których wyjaśnienie zamawiający winien zwracać się do wykonawcy. Tym samym pozostawił zamawiającemu swobodę w ustaleniu, kiedy ma wątpliwości, co do treści złożonej oferty.

Izba stwierdza, że odwołujący podnosząc przedmiotowe zarzuty nie przytoczył żadnych wiarygodnych argumentów uzasadniających swoje stanowisko i nie przedstawił dowodów na ich poparcie. Podkreślić należy, że według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślić należy, że odnosząc się do treści art. 6 k.c, statuującego ciężar udowodnienia faktu, na którym odwołujący opiera swoje żądania należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego

(podobnie vide teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07, publ. w: Lex nr 487510).

Izba w oparciu o przepis art. 190 ust.7 Pzp ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału w sprawie. Izba nie dała mocy dowodowej treści pisma odwołującego z dnia 20.11.2019 roku. Zdaniem Izby, do treści tego pisma należało podchodzić z dużą ostrożnością, gdyż pochodzi ono od odwołującego się konsorcjum, a prezentowane stanowisko podawane w tym piśmie jest wynikiem odrzucenia oferty odwołującego i próbą ratowania oferty poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Przedstawione w nim stanowisko nie znajduje potwierdzenia w dowodach złożonych czy to wraz z odwołaniem, czy też złożonych na rozprawie. Nadto Izba uznała, że zamawiający ustalając w trakcie badania ofert, iż nie zostały spełnione wymagania SIWZ co do przedmiotu zamówienia jest nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany do prowadzenia postępowania wyjaśniającego, aby ustalić czy zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia/niespełnia postawionych wymagań. Tym samym zarzut odwołującego jakoby zamawiający nie był uprawniony do kierunkowego działania dla ustalenia, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania SIWZ w sytuacji kiedy w SIWZ nie zastrzegł sobie takiej możliwości, jest niezasadny.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w odwołaniu w szczególności w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik postępowania o którym mowa w przepisie art. 192 ust.2 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 1 i 7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: