

**Sygn. akt: KIO 2102/19, KIO 2136/19**

**WYROK**

**z dnia 5 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Katarzyna Odrzywolska**

**Anna Packo**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2019 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- w dniu 18 października 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrale IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i NTT Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie-Wesołej (sygn. akt KIO 2102/19),

- w dniu 21 października 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intertrading Systems Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i ITS Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (sygn. akt KIO 2136/19)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Komendę Główną Policji w Warszawie

przy udziale wykonawców, zgłaszających przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 2136/19 i sygn. akt KIO 2136/19:

- A. Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie
- B. Comarch Polska spółka akcyjna w Krakowie

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie sygn. akt KIO 2102/19 i nakazuje zamawiającemu – Komendzie Główniej Policji w Warszawie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego i unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrale IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i NTT Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie-Wesołej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania sygn. akt KIO 2102/19 obciąża zamawiającego – Komendę Główną Policji 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrale IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i NTT Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie-Wesołej tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego – Komendy Głównej Policji w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Integrale IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i NTT Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie-Wesołej kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Oddala odwołanie sygn. akt KIO 2136/19.

4. Kosztami postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2136/19 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intertrading Systems Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i ITS Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intertrading Systems Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i ITS Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intertrading Systems Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i ITS Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz zamawiającego – Komendy Głównej Policji w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **Uzasadnienie**

I. Komenda Główna Policji w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa systemu kamer nasobnych dla jednostek organizacyjnych Policji” numer referencyjny: 160/Cut/19/DG/PMP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 lipca 2019 r., poz. 2019/S 129-315896. 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 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

### **Sygn. akt KIO 2102/19**

W dniu 18 października 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Integrale IT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i NTT Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie-Wesołej (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie pomimo tego, że treść oferty Odwołującego odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ);
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych poprzez unieważnienie Postępowania na tej podstawie pomimo tego, że w Postępowaniu Odwołujący złożył ofertę odpowiadającą treści SIWZ i nie podlega wykluczeniu, a zatem nie ziszczyły się przesłanki do unieważnienia Postępowania.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Przedmiotem zamówienia była dostawa kamer nasobnych – Zamawiający przewidział sprawdzenie zgodności treści ofert z treścią SIWZ w trakcie testów, które zostaną przeprowadzone przez Instytut Łączności – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie (dalej:

ŁŁ PIB). W ramach testów sprawdzano m.in. kopiowanie nagrań (funkcjonalność F.3.10) i ładowanie baterii (funkcjonalność F.3.9).

Zamawiający uznał, że wynik testu F.3.9 „Pełne naładowanie rozładowanych akumulatorów we wszystkich kamerach w łącznym czasie nie dłuższym niż 5 godzin” zakończył się wynikiem negatywnym i odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Ponieważ wszystkie pozostałe oferty, które zostały złożone w postępowaniu, również zostały odrzucone, Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

Z taką decyzją Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził i wniósł odwołanie. Zdaniem Odwołującego, funkcjonalność F.3.9 została zweryfikowana pozytywnie. Podnosił m.in., że testy były przeprowadzone przez i pod nadzorem "wskazanej przez Zamawiającego instytucji badawczej, posiadającej niezbędną wiedzę i sprzęt do przeprowadzenia tego typu badań, według zasad określonych w SIWZ", a więc Zamawiający nie może obecnie podważać procesu przebiegu testu, który instytucja ta przeprowadziła. Zwracał uwagę, że przedstawiciele instytucji badawczej, przeprowadzającej test F.3.9 - Instytutu Łączności - Państwowego Instytutu Badawczego, wyrazili zgodę na krótkotrwałe wyjęcie i ponowne włożenia jednej kamery do gniazda. W związku z tym dokonanie przez Odwołującego w trakcie testu zaakceptowanej przez instytucję badawczą czynności nie może obecnie stanowić dla Zamawiającego przesłanki uzasadniającej negatywną ocenę całego testu. Tym bardziej, że Odwołującemu wcześniej odmówiono zgody na wymianę pojedynczego gniazda ładującego kamerę, z powodu uznania, że stanowiłoby to przerwanie testu i tym samym automatyczny negatywny wynik. Skoro zatem Odwołujący nie dokonał wymiany gniazda, a jedynie za zgodą przedstawiciela Zamawiającego dokonał ponownego włożenia jednej z 8 kamer do gniazda to nie tylko doszło do przerwania testu, ale test zakończony został pozytywnie i rezultat oczekiwany przez Zamawiającego został osiągnięty. Jednocześnie za nieusprawiedliwione należy uznać posługiwanie się przez Zamawiającego w celu uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego odsłuchanie nagrania przebiegu testu i rzekome stwierdzenie przez przedstawiciela dostawcy wystąpienia błędu w systemie ładowania kamer. Ewentualne komentarze osób biorących udział w teście nie powinny mieć wpływu na ocenę wyniku testu, która powinna być obiektywna i oparta na widocznym rezultacie tj. w niniejszej sprawie pełnym naładowaniu wszystkich kamer w czasie krótszym aniżeli 5 godzin.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego, z uwzględnieniem

pozytywnego zakończenia testu F.3.9;

4) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu.

### **Sygn. akt KIO 2136/19**

W dniu 21 października 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Intertrading Systems Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i ITS Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych przez unieważnienie Postępowania, pomimo braku zaistnienia przesłanki do unieważnienia,

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, spowodowanego nieprawidłowym przeprowadzeniem testów zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący uzasadnił podniesione zarzuty następująco:

Zgodnie z postanowieniami cz. IV SIWZ pn. „specyfikacja techniczna” oraz załącznikiem nr 2 (dalej „opz”) do wzoru umowy przedmiotem Postępowania było dostarczenie Zamawiającemu kamer nasobnych (dalej „Kamery”) wraz z systemem obsługi kamer, na który to system składały się m.in. określony zestaw urządzeń (wielostanowiskowe stacje dokujące, stanowisko RAW, przełącznik sieciowy, zasilacz UPS, stojak lub szafka) oraz oprogramowanie. Celem weryfikacji, czy przedmiot zamówienia spełnia wymagania z SIWZ, Zamawiający przewidział przeprowadzenie testów urządzeń. Zgodnie z pkt 8 cz. VII SIWZ szczegółowe zasady przeprowadzenia testów określone zostały w załączniku nr 6 do SIWZ pn. „testy akceptacyjne (weryfikacyjne)” (dalej „Załącznik nr 6”). Zgodnie z Załącznikiem nr 6 przedmiotem testów było (B) sprawdzenie zgodności systemu kamer nasobnych z ogólnymi wymaganiami, (C) sprawdzenie funkcjonalności kamer nasobnych, (D) opis testów weryfikacyjnych funkcjonalności kamer nasobnych, (E) sprawdzenie parametrów jakościowych kamer nasobnych (F pkt 1) sprawdzenie oprogramowania w zakresie obsługi i zarządzania kamerą (F pkt 2) sprawdzenie oprogramowania w zakresie obsługi biblioteki plików, (F pkt 3) sprawdzenie funkcjonalności wielostanowiskowej stacji dokującej. Następnie Zamawiający pismem z dnia 14.08.2019 r. (dalej „Wyjaśnienia SIWZ”) Zamawiający dookreślił, które z funkcjonalności będą podlegały zweryfikowaniu pod kątem zgodności oferowanego przedmiotu oferty z SIWZ. Najogólniej rzecz ujmując, Zamawiający ograniczył testowanie przedmiotu oferty do niektórych

z funkcjonalności opisanych pod poszczególnymi pozycjami Załącznika nr 6. 11. W celu weryfikacji parametrów kamer i sprawdzenia ich funkcjonalności wyłącznie z oprogramowaniem pismem z dnia 18.09.2019 r. Zamawiający zaprosił Odwołującego na przeprowadzenie testów. W tym wezwaniu Zamawiający wskazał jedynie, że wykonawca po uprzednim telefonicznym kontakcie z przedstawicielem Instytutu Łączności (...), dostarczy sprzęt do testów bezpośrednio do Instytutu Łączności (po dwie sztuki kamer z wymaganym wyposażeniem i systemami zarządzania). W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w dniu 19.09.2019 r. skierował do Zamawiającego pismo z prośbą o zweryfikowanie skierowanego wezwania oraz jednoznaczne zdefiniowanie i potwierdzenie jaki sprzęt ma być dostarczony na testy. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na to pismo. W dniu 20.09.2019 r. Odwołujący stawiał się na test celem zaprezentowania kamer. Z testu sporządzono protokół, w którym Zamawiający stwierdził, że dostarczony na testy sprzęt nie odpowiada sprzętowi, który będzie dostarczony przez Odwołującego, zaznaczając w protokole, że urządzenie spełnia jedynie wymogi dotyczące stacji dokującej wraz z kompletem kamer nasobnych (por. protokół z rozpoczęcia testów). W związku z powyższym stwierdzeniem nie doszło w ogóle do przeprowadzenia testów, albowiem Zamawiający (w jego imieniu Instytut Łączności) odmówił przeprowadzenia testów. Następnie Zamawiający w oparciu o wyżej opisany stan faktyczny odrzucił ofertę Odwołującego oraz w konsekwencji odrzucenia ofert innych wykonawców unieważnił postępowanie.

Odwołujący podnosił, że wyjaśnienia wymaga co miało być przedmiotem przewidzianych przez Zamawiającego testów. Jak wynika z powołanych przez Odwołującego wyżej dokumentów, w tym przede wszystkim Załącznika nr 6 oraz Wyjaśnienia SIWZ wynika jednoznacznie wynika, że przedmiotem testów nie miało być badanie każdego z elementów dostawy, w każdym aspekcie funkcjonalnym, a tylko kamery, stacje dokujące oraz oprogramowanie i to w zakresie niektórych funkcjonalności. W konsekwencji poza przedmiotem testów było sprawdzenie funkcjonalności m.in. komputerów (stacji roboczych), jak również wymienionych w SIWZ jako przedmiot dostawy przełączników, upsów, szafek lub stojaków. Mając na uwadze powyższe Odwołujący stawiał się na testy z dokładnie tymi elementami przedmiotu zamówienia, które miały być poddane testowaniu tj. kamerami, stacjami dokującymi oraz oprogramowaniem. Przy czym oprogramowanie, które miało być przedmiotem testów (dokładnie to samo, które miało być przedmiotem dostawy) było zainstalowane na innej stacji roboczej niż ta, która ma być przedmiotem dostawy. Co kluczowe jednak, zdaniem Odwołującego, dla sprawy dostarczone przez Odwołującego na testy stacje robocze miały tylko zademonstrować w celach testowych funkcjonowanie oprogramowania do kamer i zgodności ich funkcjonalności z postanowieniami opz, a same jako takie nie podlegały testowaniu.

Odwołujący podkreślał, że stacja dokująca jak i kamery dostarczone oraz oprogramowanie na testy były urządzeniami, które Odwołujący zobowiązał się dostarczyć w przypadku udzielenia mu Zamówienia, co zresztą Zamawiający potwierdził w protokole. Dostarczone przez Odwołującego stacje robocze posiadały wgrane oprogramowanie do przetwarzania dźwięku i obrazu z kamer zgodnie z postanowieniami opz, a także parametry techniczne w tym wymagany system operacyjny (Windows 10 PRO PL) wskazane w SIWZ. W tym miejscu zauważenia wymaga, że stacje robocze, choć oczywiście objęte przedmiotem zamówienia, mają znaczenie całkowicie wtórne wobec oprogramowania i służą jedynie jego zainstalowaniu i korzystaniu z tego oprogramowania. Zresztą bardzo łatwo sobie wyobrazić, że Zamawiający przeinstaluje dostarczone mu oprogramowania na inną stację roboczą i nie będzie korzystał z tej dostarczonej mu przez Odwołującego. W konsekwencji nie było żadnych przeszkód do przeprowadzenia testów Kamer, stacji dokujących, jak i oprogramowania. Odrzucenie oferty Zamawiającego tylko z tego powodu, że dostarczone stacje robocze, nie były tymi samymi stacjami, które zamierzał dostarczyć Odwołujący, jest niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych oraz postanowieniami SIWZ (o czym poniżej). Z Załącznika nr 6 i Wyjaśnień wyraźnie wynika, przedmiotem przeprowadzonych testów miały być parametry techniczne i funkcjonalność kamer wraz ze stacją dokującą i oprogramowaniem, a nie parametry stacji roboczych. Nie było zatem, zdaniem Odwołującego, podstawy do żądania od Wykonawcy, aby stawiał się na testy z identyczną stacją roboczą jak będąca przedmiotem oferty. Nie jest także trafne powoływanie się przez KGP na rozdz. VII 2 ppkt 2.1 ppkt 2 SIWZ, który stanowi, że Wykorzystany w trakcie testów przedmiot zamówienia musi być tożsamy z przedmiotem oferty. Ten bowiem punkt musi być interpretowany w kontekście przedmiotu testów, na co wskazuje wyrażenie wykorzystywany w trakcie testów przedmiot zamówienia. Tymczasem wykorzystywane w trakcie testów ma być to co jest ich przedmiotem, a nie wszystkie elementy stanowiące przedmiot oferty. Gdyby przyjąć logikę Zamawiającego w trakcie testów należałoby podpisać stacje robocze także pod oferowane przełączniki, ups'y, a to wszystko postawić na opisanym w opz stojaku lub szafce. Niedostarczenie na testy choćby jednego z tych elementów powinno skutkować odrzuceniem oferty, bo przecież każdy z tych elementów jest przedmiotem oferty i musi być tożsamy z tym co jest wykorzystywane na testach. Po drugie, Odwołujący wskazywał, że zarówno w załączniku nr 6 cz, A pkt 1 „warunki ogólne”, Zamawiający określił, że na testy Wykonawcy są zobowiązani dostarczyć „urządzenia wzorcowe” o „parametrach przewidywanych przez oferenta dla realizacji zamówienia”. Zgodnie z odnotowanym na testach oświadczeniem osób wyznaczonych do przeprowadzenia testów przez Odwołującego, system informatyczny tj. komputer (stanowisko RAW) nie był tym samym urządzeniem, które zaoferowało Konsorcjum i zamierzało dostarczyć Zamawiającemu. Niemniej jednak komputer ten spełniał wszystkie wymagania zawarte w SIWZ i opz.



Odwołujący zauważał, że określenie „urządzenie wzorcowe” zawarte w załączniku nr 6 do SIWZ pn. „testy akceptacyjne (weryfikacyjne)”, nie wskazuje na konieczność dostarczenia na testy „takich samych urządzeń”, jakie mają zostać ostatecznie dostarczone do Zamawiającego po udzieleniu mu zamówienia. Warto podkreślić, że zgodnie z pkt 8 części VII SIWZ, Załącznik nr 6 stanowi *lex specialis* w stosunku do uregulowań zawartych w SIWZ, w konsekwencji czego postanowienia tego załącznika mają pierwszeństwo przed ogólnymi uregulowaniami zawartymi w części ogólnej SIWZ. Wyżej zaprezentowane rozumienie treści Załącznika nr 6 cz. A pkt 1 do SIWZ w szczególności określenia „urządzenia wzorcowe” podzielił też inny oferent Enigma System Ochrony Informacji sp. z o.o., którego oferta również została odrzucona (przez dostarczenie przez tego oferenta innego monitora). Odwołujący na potrzeby przeprowadzenia testów dostarczył stację roboczą wzorcową, tj. spełniającą jego zdaniem wymagania zawarte w siwz/opz.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający niesłusznie odstąpił od przeprowadzenia dalszych testów komputera i kamer. Dodatkowo Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o precyzyjne i jednoznaczne określenie, co ma być dostarczone na testy. Zamawiający zignorował to pytanie.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania,
- 2) unieważnienia czynności oceny ofert, w tym oceny oferty Odwołującego i jej odrzucenia,
- 3) ponownego przeprowadzenia testów oferty Odwołującego oraz ponownej oceny ofert przez Zamawiającego z uwzględnieniem oferty Konsorcjum,
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w obu odwołaniach.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy (dalej: Przystępujący).

C. Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,

D. Comarch Polska spółka akcyjna w Krakowie.

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

Oba odwołania zostały wniesione w terminie – w ocenie składu orzekającego w niniejszym postępowaniu odwoławczym zastosowanie ma przepis art. 182 ust. 1 pkt 1

Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia. Obaj Odwołujący otrzymali informację o odrzuceniu ich ofert, wraz z podaniem podstaw prawnych i faktycznych odrzucenia ich ofert, w dniu 10 października 2019 r. Podstawą wniesienia odwołania nie mogły być wcześniej sporządzone protokoły z testów – Odwołujący nie otrzymali kopii protokołów w chwili podpisania, a dodatkowo – testy, a więc i protokół, były sporządzane przez podmiot inny, niż zamawiający – sporządzenie protokołu nie było *de facto* czynnością Zamawiającego i dopiero podlegało dalszym czynnościom Zamawiającego, prowadzącym do odrzucenia ofert. Dlatego Izba oddaliła wnioski o odrzucenia odwołań jako wniesionych po terminie, złożone przez Zamawiającego i Przystępującego Enigma.

Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych. Interesu w potencjalnym uzyskaniu zamówienia nie niweluje okoliczność, że zadeklarowany w ofertach obu Odwołujących termin wykonania zamówienia minął – Zamawiający może go przesunąć (w pewnym zakresie takie przesunięcie zostało przewidziane w projekcie umowy załączonym do SIWZ). Poza tym każde działanie Zamawiającego w tym zakresie musi być zgodne z procedurą przewidzianą w Prawie zamówień publicznych oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podobnie jak każda czynność – czy to w zakresie odrzucenia oferty, czy unieważnienia postępowania, zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp, musi zawierać stosowne uzasadnienie zawierające podstawę faktyczną i prawną, a takowej Zamawiający podczas posiedzenia ani rozprawy nie wskazał, jak też, do chwili zamknięcia rozprawy, nie dokonał żadnych czynności w związku z faktem, że zadeklarowany w ofertach termin realizacji umowy minął. Izba nie wykonuje za Zamawiającego nowych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie orzeka również o zarzutach, które nie były objęte odwołaniem. W konsekwencji Izba nie mogła stwierdzić braku materialnoprawnej legitymacji do wniesienia obu odwołań.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie sygn. akt KIO 2102/19 zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołanie sygn. akt KIO 2136/19 należy oddalić.

#### **Sygn. akt KIO 2102/19**

Izba ustaliła, co następuje:

1. W pkt VII SIWZ Zamawiający przewidział, że w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego, Zamawiający przeprowadzi testy. Wskazał, że "niespełnienie któregokolwiek z warunków funkcjonalnych, technicznych i użytkowych wskazanych

w protokole z testów będzie skutkowało odrzuceniem oferty". W Załączniku nr 6 do SIWZ Zamawiający wskazał także, że "testy mają na celu sprawdzenie wybranych funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego dla kamer nasobnych wraz z systemem ładowania, zgrywania, archiwizacji, przeglądania i zarządzania nagraniami. Testy zostaną przeprowadzone przez wskazaną przez Zamawiającego instytucję badawczą, posiadającą niezbędną wiedzę i sprzęt do przeprowadzenia tego typu badań, według zasad określonych w SIWZ". Każda funkcjonalność kamer i systemu ładowania podlegała osobnym testom, co oznacza, że w ramach danego testu weryfikuje się tylko daną funkcjonalność, a nie pozostałe.

2. Celem testu F.3.9 miało być sprawdzenie pełnego naładowania rozładowanych akumulatorów we wszystkich kamerach w łącznym czasie nie dłuższym niż 5 godzin. Zgodnie z opisem Załącznika nr 6 do SIWZ funkcjonalność testu została podana następująco: "Pełne naładowanie rozładowanych akumulatorów we wszystkich kamerach w łącznym czasie nie dłuższym niż 5 godzin". Zgodnie z opisem testu, jego zakres był następujący: "Pełne rozładowanie wszystkich kamer, umieszczenie kamer w stacji dokującej, pełne naładowanie akumulatorów wszystkich kamer (ilość kamer zależna od typu stacji dokującej, nie mniej niż 4)". Pozytywny wynik został opisany następująco: "Pełne naładowanie rozładowanych akumulatorów we wszystkich kamerach nastąpiło w łącznym czasie nie dłuższym niż 5 godzin".

3. Postęp kopiowania nagrań (oceniana w ramach funkcjonalności F.3.10) obserwowany był przez pracowników Odwołującego oraz prowadzących test pracowników IŁ PIB na ekranie monitora dołączonego do stanowiska RAW współpracującego ze stacją dokującą. W czasie poniżej dwóch godzin zakończyło się kopiowanie nagrań ze wszystkich kamer do pamięci systemu, po czym rozpoczęło się ładowanie baterii we wszystkich kamerach. Zgodnie z opisem przebiegu testu, podanym przez Zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego „Postęp ładowania baterii obserwowany był na diodach LED umieszczonych w kamerach oraz w oknie oprogramowania na ekranie monitora dołączonego do stanowiska RAW współpracującego ze stacją dokującą. Diody w kamerach (wskaźniki ładowania) świeciły się kolorem czerwonym co oznaczało ładowanie baterii.

Na ekranie monitora, dla każdej kamery oddzielnie, pokazywany był wskaźnik postępu ładowania, który w procentach wskazywał poziom naładowania baterii w poszczególnych kamerach. Po czterech godzinach testu, czyli godzinę przed upływem maksymalnego dopuszczalnego czasu ładowania baterii, wskaźnik jednej z kamer pokazywał kilkunastoprocentowy poziom naładowania baterii, zaś wskaźnik innej kamery wskazywał kilkadziesiąt procent (ok 60%) naładowania. W przypadku pozostałych sześciu kamer wskaźniki pokazywały 100% naładowania baterii. Potwierdzał to również diody LED w kamerach - w sześciu kamerach, dla których na wskaźnikach na monitorze wyświetlany był poziom naładowania 100% świeciły się na zielono, zaś w pozostałych dwóch dalej świecił się

na czerwono. Przedstawiciel Wykonawcy, oglądając wskazania widoczne na ekranie stanowiska RAW stwierdził, że kamera która ma kilkunastoprocentowy poziom naładowania nie zdąży się naładować w wymaganym czasie pięciu godzin i podjął decyzję o przerwaniu testu oraz zgłosił wniosek o powtórne przeprowadzenie testów przekopiowania nagrań i ładowania baterii w następnym dniu roboczym. Zgodnie z zapisami w Załączniku 1 Testy akceptacyjne (weryfikacyjne) Rozdział A. przedstawiciele IŁ PIB wyrazili zgodę na powtórzenie testów w dniu 16.09.2019.

W celu identyfikacji i usunięcia usterki oraz przygotowania kamer nasobnych do testów. Wykonawca w dniu 13.09.2019 odebrał z IŁ PIB stację dokującą, stanowisko RAW i osiem kamer nasobnych.

W dniu 16.09.2019 Wykonawca dostarczył z powrotem do IŁ PIB te same urządzenia i zostały powtórzone testy: F.3.9 naładowania wszystkich kamer w czasie nie dłuższym niż pięć godzin oraz F.3.10 przekopiowania nagrań z kamer na dysk sieciowy, według identycznej procedury przeprowadzania testu jak w dniu 13.09.2019.

Po około 1.5 godziny zostało stwierdzone, że wszystkie nagrania z kamer zostały przekopiowane i rozpoczęło się ładowanie baterii w kamerach. Niestety ponownie wystąpił problem ze wskazaniem poziomu naładowania baterii w jednej z kamer. Wskaźnik naładowania na ekranie monitora stanowiska RAW dla tej kamery wskazywał poziom naładowania 7% podczas gdy dla innych kamer przekraczał 50%.

Wykonawca stwierdził, że prawdopodobnie błędnie działa przewód w indywidualnym gnieździe (adapterze) tej kamery i zapytał przedstawicieli IŁ PIB, czy może wymienić to gniazdo (adapter). Uzyskał odpowiedź negatywną, gdyż byłoby to potraktowane jako przerwanie testu. Po otrzymaniu odpowiedzi negatywnej poprosił o zgodę na krótkotrwałe wyjęcie i włożenie kamery, która nie była prawidłowo ładowana, na co otrzymał zgodę przedstawiciela IŁ PIB.

Przed wyjęciem kamery z gniazda (adaptera) stacji dokującej wskaźnik naładowania na monitorze stanowiska RAW wskazywał 7%, natomiast po włożeniu kamery z powrotem do gniazda zmienił natychmiast wartość na 27%. Przedstawiciel producenta kamer stwierdził, że ładowanie przebiegało prawidłowo, tylko błędnie był wyświetlany poziom naładowania na ekranie monitora stanowiska RAW. Stwierdzenie błędu w działaniu systemu ładowania baterii w kamerach przez przedstawiciela producenta kamer zostało ponownie zweryfikowane po zakończeniu testów poprzez odsłuchanie nagrania z systemu monitoringu.

Po ponownym włożeniu kamery do gniazda (adaptera) stacji dokującej ładowanie wszystkich kamer zakończyło się po 3 godzinach i 50 minutach.”

4. Zamawiający wynik testu F.3.9 uznał za negatywny, w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołujący na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny (Strony zgadzały się co do przebiegu testu, jednak różniły się co do konsekwencji wynikających z przebiegu testu), Izba stwierdziła, że stanowisko Odwołującego jest uzasadnione – nie można stwierdzić podstaw do odrzucenia oferty po przeprowadzeniu testu, w ramach którego podmiot przeprowadzający testy wyraził zgodę na określone działanie wykonawcy, a wykonawca, działając w zaufaniu do udzielającego zgodę – działanie takie podjął. Ostatecznie Zamawiający stwierdził, że samo podjęcie działania przez wykonawcę spowodowało negatywny wynik testu. Taka czynność Zamawiającego nie może zostać zaakceptowana: jeżeli na jedno działanie wykonawcy (wymiana indywidualnego gniazda kamery) Zamawiający nie udziela zgody, wskazując, że jego podjęcie będzie skutkowało negatywnym wynikiem testu, a na kolejne działania (krótkotrwałe wyjęcie i włożenie kamery) takiej zgody udziela – to nie może następnie wyciągać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy z działania, podjętego w związku z udzieleniem na nie zgody.

W ocenie składu orzekającego, niewątpliwie jest, że taki przeprowadzenia testu mógł wpłynąć na wynik testu, gdyż nie wiadomo, jaki byłby jego wynik, gdyby wykonawca w toku testu żadnych działań nie podjął (czy bateria kamery by się naładowała, mimo nieadekwatnego wskazania monitora stanu ładowania baterii, czy też bateria nie osiągnęłaby pełnego stanu naładowania w określonym czasie).

Zatem w tych okolicznościach zasadniczo nie można stwierdzić, czy oferta Odwołującego jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, czy też nie jest z nimi zgodna, ale z pewnością nie można uznać, że oferta podlega odrzuceniu jako niespełniająca funkcjonalności F.3.9. W konsekwencji podstawa faktyczna odrzucenia oferty Odwołującego była wadliwa, a zatem czynność odrzucenia oferty nie może się ostać w postępowaniu. Reasumując, w związku z wpływem podmiotu przeprowadzającego test na wynik testu, nie można stwierdzić, że oferta Odwołującego pod względem funkcjonalności F.3.9 nie jest zgodna z treścią SIWZ.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (a w konsekwencji – art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych), dlatego orzeczono jak w sentencji, uwzględniając odwołanie KIO 2102/19.

Izba, rozstrzygając o zarzutach odwołania, nie wzięła pod uwagę opinii prywatnej z 29 października 2019 r., złożonej przez Odwołującego do akt postępowania – wydający opinię nie brał udziału w testach. Przebieg testu został utrwalony przez Zamawiającego i nie budził wątpliwości, sporna była jedynie ocena testu (jego wynik), a rozstrzygnięcie w tej kwestii zdaniem składu orzekającego, należało do kompetencji Izby.

### **Sygn. akt KIO 2136/19**

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający zapowiedział w treści SIWZ, że przeprowadzi testy umożliwiające sprawdzenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ.
2. Zamawiający wskazał, że będzie sprawdzał określone funkcjonalności, jednak nie zawarł w SIWZ enumeratywnej listy urządzeń i oprogramowania, jakie należy dostarczyć do testu.
3. Zamawiający w określił w Rozdziale VII SIWZ Zasady przeprowadzenia testów oferowanego przedmiotu zamówienia, zgodnie z którymi „Dostarczenie na testy przedmiotu zamówienia niezgodnego ze Specyfikacją Techniczną, stanowiącą Załącznik nr 2 do SIWZ, będzie skutkować odrzuceniem oferty”, a „przedmiot zamówienia wykorzystany w trakcie testów musi być tożsamy z przedmiotem dostawy”.
4. Odwołujący po zaproszeniu na testy skierował do Zamawiającego pisemne pytanie, jaki sprzęt należy zaprezentować w trakcie testów („jednoznaczne zdefiniowanie i potwierdzenie, jaki sprzęt ma być dostarczony na testy”), lecz nie otrzymał na nie odpowiedzi. Na etapie SIWZ pytań o zakres sprzętu testowego nie zadawał.
5. Odwołujący dostarczył do testów sprzęt inny, niż oferowany (m.in. laptopy zamiast komputerów stacjonarnych). W protokole stwierdzono, że dostarczony do testów sprzęt nie przewidziany do dostawy.
6. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, wskazując, że Odwołujący „dostarczył do testów sprzęt testowy nie przewidziany do dostawy”, a „przedmiot zamówienia wykorzystany w trakcie testów musi być tożsamy z przedmiotem dostawy”.
7. Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie, twierdząc, że sprzęt testowy nie musiał być tożsamy z przedmiotem zamówienia, ponieważ Zamawiający zapowiedział, że będzie badał jedynie zaprezentowanie określonych funkcjonalności.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający jednoznacznie określił w SIWZ, że „przedmiot zamówienia wykorzystany w trakcie testów musi być tożsamy z przedmiotem dostawy”, tymczasem Odwołujący „dostarczył do testów sprzęt testowy nie przewidziany do dostawy”. W ocenie składu orzekającego, nawet jeżeli Zamawiający nie wskazał w SIWZ listy sprzętu testowego, a jedynie zapowiedział, że będzie badał określone funkcjonalności, to w kontekście postanowień SIWZ o oczekiwanej tożsamości przedmiotu zamówienia wykorzystanego w trakcie testów z przedmiotem dostawy, nie mogło być żadnych wątpliwości, że sprzęt testowy musi

odpowiadać zaoferowanemu przedmiotowi zamówienia. Z opisu przebiegu testów wynika, że przed przystąpieniem do testów przedstawiciele wykonawcy oświadczyli, że nie jest to sprzęt o parametrach oferowanych – co było bezpośrednią przyczyną niedopuszczenia Odwołującego do testów. Natomiast, co nie było kwestionowane, sprzęt o innych parametrach niż zaoferowane mógł wpłynąć na wynik testów, przynajmniej w zakresie niektórych z badanych funkcjonalności.

W takich okolicznościach – jeżeli do testów dostarczono urządzenia inne, niż wskazane w ofercie, mimo dokonania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownego zastrzeżenia w tym przedmiocie – uprawnione było odrzucenie oferty Odwołującego.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie sygn. akt KIO 2136/19.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....