

WYROK

z dnia 19 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2013 r. przez wykonawcę **NEXRAD Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-844 Warszawa, ul. Puławska 469** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji, 02-624 Warszawa, ul. Puławska 148/150,**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego:

A. Akxel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-207 Rybnik, ul. Lipowa 17,
po stronie odwołującego,

B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. IT.expert Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 176,
2. Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-914 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 207, po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2) kosztami postępowania obciąża Komendę Główną Policji, 02-624 Warszawa, ul. Puławska 148/150 i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę NEXRAD Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-844 Warszawa, ul. Puławska 469 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Komendy Głównej Policji, 02-624 Warszawa, ul. Puławska 148/150 na rzecz wykonawcy NEXRAD Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-844 Warszawa, ul. Puławska 469 kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania i stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wykonawca NEXRAD Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - odwołujący w postępowaniu odwoławczym - wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego - Komendy Głównej Policji z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Doposażenie przygranicznych jednostek Policji w sprzęt radiokomunikacyjny służący poprawie możliwości komunikacji radiowej w obszarze zewnętrznej granicy Unii Europejskiej (II etap)”.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części: część nr 1 województwo warmińsko-mazurskie, część nr 2 województwo podlaskie.

Wartość zamówienia wynosi powyżej 130 000 euro. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18/06/2013 r., nr 2013/S 116-197470.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą Pzp” lub „ustawą”, polegające na przesłaniu wykonawcom zaproszenia do aukcji elektronicznej oraz ustaleniu jej faktycznego terminu realizacji w sytuacji, gdy oferty dwóch z czterech wykonawców podlegają odrzuceniu, to jest naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 91a ust. 1, co prowadzi do naruszenia 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej;
- 2) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) nakazanie wykluczenia wykonawców Radmor S.A., konsorcjum wykonawców IT.expert Spółka z o.o. oraz Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Spółka z o.o., w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, z przyczyn opisanych w odwołaniu;
- 4) nakazanie odrzucenia ofert wykonawców Radmor S.A., konsorcjum wykonawców IT.expert Spółka z o.o. oraz Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Spółka z o.o., w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, z przyczyn opisanych w odwołaniu;
- 5) nakazanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podał następującą argumentację.

W dniu 26 sierpnia 2013 r. zamawiający przekazał odwołującemu zaproszenie do aukcji elektronicznej, wskazując w treści zaproszenia również pozycję odwołującego po dokonaniu

oceny ofert. W ocenie odwołującego, czynność zaproszenia do aukcji narusza przepisy ustawy wskazane w treści zarzutów.

W postępowaniu zostały złożone - na każde z dwóch zadań - cztery oferty: Radmor S.A., konsorcjum wykonawców IT.expert Spółka z o.o. (dalej IT.expert) oraz Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Spółka z o.o. (dalej BSI COIG-4), Akxel Sp. z o.o. oraz NEXRAD Telecom Sp. z o.o. (odwołujący).

Opis przedmiotu zamówienia, w zakresie wymagań technicznych oraz eksploatacyjnych jest jednakowy dla zadań 1 i 2. W załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, „SIWZ”, „Rozdział II - Kompatybilność dostarczonego sprzętu ze sprzętem użytkowanym w Policji i Straży Granicznej”, zamieszczono następujące opisy:

„Z uwagi na fakt, że na obszarach objętych wdrożeniem Policja i Straż Graniczna posiadają urządzenia radiokomunikacyjne zgodne ze standardem ETSI DMR produkcji Motorola oraz urządzenia analogowe, dostarczone w ramach przedmiotu zamówienia stacje retransmisyjne i radiotelefony opisane w rozdziałach III - VII muszą zapewniać kompatybilność wsteczną w opisanym zakresie.” W opracowaniu tabelarycznym odwołujący przedstawił, przenosząc z treści SIWZ, opisy w kolumnach: 1 - Posiadany przez Policję sprzęt DMR, 2 - Sprzęt DMR oferowany przez wykonawcę, 3 - Wymagane funkcjonalności w relacji posiadany sprzęt DMR - sprzęt DMR oferowany przez wykonawcę. W wierszach 1-4 powtórzył opisy z SIWZ:

Wiersz 1:

- 1) Posiadany przez Policję sprzęt DMR - Stacja retransmisyjna Motorola DR3000
- 2) Sprzęt DMR oferowany przez wykonawcę - Radiotelefony
- 3) Wymagane funkcjonalności w relacji posiadany sprzęt DMR - sprzęt DMR oferowany przez wykonawcę: retransmisja analogowego sygnału mowy, retransmisja sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102361, retransmisja sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102361 wraz z maskowaniem zgodnym z algorytmem ARC4 o długości klucza 40 bitów.

Wiersz 2:

- 1) Posiadany przez Policję sprzęt DMR - Motorola DM/DP 3601
- 2) Sprzęt DMR oferowany przez wykonawcę - Infrastruktura (stacje retransmisyjne)
- 3) Wymagane funkcjonalności w relacji posiadany sprzęt DMR - sprzęt DMR oferowany przez wykonawcę: retransmisja analogowego sygnału mowy, retransmisja sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102361, retransmisja sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102361 wraz z maskowaniem zgodnym z algorytmem ARC4 o długości klucza 40 bitów.

Wiersz 3:

- 1) Posiadany przez Policję sprzęt DMR - Motorola DM/DP 3601
- 2) Sprzęt DMR oferowany przez wykonawcę - Radiotelefony

3) Wymagane funkcjonalności w relacji posiadany sprzęt DMR - sprzęt DMR oferowany przez wykonawcę: Komunikacja analogowa w trybie simpleksowym i duo simpleksowym, nadanie/odbiór mowy zgodnie ETSI TS 102361 - simpleks, nadanie/odbiór mowy z ETSI TS102361 wraz z maskowaniem zgodnym z algorytmem ARC4 o długości klucza 40 bitów - simpleks.

Wiersz 4:

- 1) Posiadany przez Policję sprzęt DMR - Sprzęt analogowy zamawiającego - VHF (np. Motorola GM 360)
- 2) Sprzęt DMR oferowany przez wykonawcę - Radiotelefony
- 3) Wymagane funkcjonalności w relacji posiadany sprzęt DMR - sprzęt DMR oferowany przez wykonawcę: Bezpośrednia komunikacja analogowa w trybie simpleksowym i duo simpleksowym między radiotelefonami wraz z tonem CTCSS określonym w Rozdziale VIII. WYKAZ TONÓW CTCSS. W przypadku repeterów wymagana jest retransmisja sygnału analogowego wraz z tonem CTCSS określonym w Rozdziale VIII WYKAZ TONÓW CTCSS.

Odwołujący podniósł, że w opisie zamawiającego wskazano, iż nie jest wymagana kompatybilność między posiadany i dostarczony sprzętem w zakresie przesyłania wiadomości tekstowych i danych lokalizacyjnych GPS.

W przedmiocie obecnie posiadane go sprzętu zamawiający podał w SIWZ, że nie dysponuje informacjami w zakresie szczegółowych rozwiązań na poziomie wymaganym do projektowania dot. zastosowanych: technologii, protokołów komunikacyjnych, itp. Dysponuje jedynie informacjami na poziomie dostępnym dla użytkownika, w tym dokumentacją pn. System Planner i podstawowymi instrukcjami serwisowymi dla posiadane go sprzętu. Zamawiający zamieścił informację, że może tę dokumentację udostępnić wykonawcy do wglądu.

Odwołujący uznał na podstawie przedstawione go opisu, że niezależnie od obowiązku zaoferowania urządzeń o parametrach technicznych i funkcjonalnych opisanych w SIWZ, konieczne jest zapewnienie przez oferowane go sprzęt „kompatybilności wstecznej” w zakresie parametrów opisanych w kolumnie 3 tabeli. Powyższy wymóg powoduje w praktyce, że niektóre z funkcjonalności będą mogły zostać spełnione wyłącznie przez produkty MOTOROLA z uwagi na brak możliwości współpracy z urządzeniami innych producentów.

Odwołujący wywiódł i przedstawił swój pogląd, że posiadane przez zamawiającego stacje retransmisyjne Motorola DR3000 oraz radiotelefony Motorola DM/DP 3601 pracując w ramach standardu ETSI DMR Tier II mają możliwość retransmisji sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102361 oraz retransmisji sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102361 wraz z

maskowaniem zgodnym z algorytmem ARC4 o długości klucza 40 bitów w czterech różnych trybach:

- 1) konwencjonalnym cyfrowym,
- 2) ilościowo rozszerzonym cyfrowym (nazwa handlowa MOTOTRBO™ IP Site Connect),
- 3) pojemnościowo rozszerzonym cyfrowym (nazwa handlowa MOTOTRBO™ Capacity Plus),
- 4) pojemnościowo i ilościowo rozszerzonym cyfrowym (nazwa handlowa MOTOTRBO™ Linked Capacity Plus).

We wszystkich tych trybach urządzenia posiadane przez zamawiającego (wymienione w kolumnie 1 wiersz 1 i 2 tabeli) realizują funkcjonalności opisane w kolumnie 3, jako „retransmisja sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102361, retransmisja sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102361 wraz z maskowaniem zgodnym z algorytmem ARC4 o długości klucza 40 bitów”, w specyficzny technologicznie sposób, stanowiący własność przemysłową firmy Motorola Solutions.

W opisie przedmiotu zamówienia, np. Rozdział III Ogólne cechy użytkowe - pkt 1 - wskazano konieczność pracy w systemie cyfrowym zgodnym z ETSI 1022361 (TIER II) (podobnie np. w Rozdziale IV i innych częściach opisu przedmiotu zamówienia), jednak nie opisano sposobu, w jaki oferowane urządzenia mają ten wymóg realizować. Wskazano jedynie, że mają być kompatybilne z urządzeniami posiadanymi przez zamawiającego w zakresie opisanym w tabeli.

W konsekwencji odwołujący uznał, że skoro w dotychczas zaimplementowanych systemach łączności eksploatowanych w Policji oraz Straży Granicznej retransmisja sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102361 odbywa się w trybie pracy stacji retransmisyjnej DR3000 ilościowo rozszerzonym cyfrowym (zwanym MOTOTRBO™ IP Site Connect), dalsza rozbudowa tych systemów, czy też zachowanie żądanej przez zamawiającego i dokładnie opisanej kompatybilności przy zachowaniu żądanych i niezbędnych funkcjonalności, może być jedynie zrealizowana przez urządzenia radiokomunikacyjne DMR produkcji firmy Motorola Solutions serii MOTOTRBO™. Odwołujący nadmienił, że realizacja łączności pomiędzy poszczególnymi stacjami retransmisyjnymi odbywa się przy wykorzystaniu funkcjonalności, które są specyficznymi i unikatowymi rozwiązaniami charakterystycznymi i właściwymi jedynie dla urządzeń produkcji MOTOROLA SOLUTIONS.

Stwierdził, że technologia ta nie jest legalnie dostępna dla innych producentów podobnych urządzeń, gdyż MOTOROLA SOLUTIONS posiada w przedmiotowym zakresie prawo wyłączne. Wobec powyższego, w zakresie wymogu zapewnienia retransmisji cyfrowego sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102361 (z szyfrowaniem i bez), nie istnieje możliwość zapewnienia kompatybilności ze sprzętem posiadanym przez zamawiającego w trybach 2, 3 oraz 4 przez jakiegokolwiek innego producenta urządzeń zgodnych ze standardem DMR,

będących przedmiotem postępowania. Odwołujący wskazał, że rozumienie obowiązku zapewnienia kompatybilności zostało ograniczone przez zamawiającego wyłącznie w zakresie przesyłania wiadomości tekstowych i danych lokalizacyjnych GPS. Słusznym jest więc uznanie według odwołującego, że w pozostałym zakresie kompatybilność musi być pełna.

Ponadto, odwołujący wskazał, że w załączniku numer 1, w Rozdziale XIII Inne istotne informacje dotyczące realizacji projektu, w punkcie 3 podano:

W ramach dostarczonego rozwiązania stacje retransmisyjne (oraz inne komponenty o ile są niezbędne) muszą mieć możliwość tworzenia sieci rozległych - co najmniej 12 stacji retransmisyjnych), tj. radiotelefon znajdujący się w zasięgu jednej ze stacji retransmisyjnych powinien mieć możliwość komunikacji w radiotelefonem znajdującym się w zasięgu innej ze stacji retransmisyjnych. Powinno to być możliwe przy zastosowaniu sieci IP do połączenia stacji retransmisyjnych. Wykonawca nie jest zobowiązany do zapewnienia sieci IP w miejscu montażu stacji retransmisyjnych - ewentualne zapewnienie sieci TCP/IP leży po stronie KWP w Olsztynie. Wykonawca udzieli zamawiającemu w ramach niniejszego zamówienia licencji, jeżeli są one niezbędne do spełnienia tego wymagania.

Odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia jest siedem (7) stacji retransmisyjnych, zaś zamawiający wymaga współpracy aż do minimum dwunastu (12) stacji. Oznacza to, że jeśli przedmiotem oferty Radmor S.A. oraz IT.expert i BSI COIG-4 nie jest sprzęt Motorola, to dostarczony sprzęt nie będzie mógł współpracować z posiadanym przez zamawiającego sprzętem z uwagi na konieczność posiadania przez oferowane stacje retransmisyjne zdolności do współpracy ze stacją DR3000 MOTOROLA będącą obecnie na wyposażeniu Policji i Straży Granicznej. Występuje wobec tego konieczność zapewnienia współpracy z co najmniej pięcioma (5) już posiadanymi stacjami DR3000. Współpraca ta będzie musiała odbywać się w trybie MOTOTRBO™ IP SITE CONNECT, używanym obecnie przez stacje retransmisyjne MOTOROLA do tworzenia sieci rozległych. Tryb MOTOTRBO™ IP SITE CONNECT jest charakterystyczny i właściwy dla produktów MOTOROLA SOLUTIONS serii MOTOTRBO™, stanowi własność wyłączną tego producenta.

Odwołujący, jako autoryzowany dystrybutor MOTOROLA SOLUTIONS oświadczył, że według najlepszej jego wiedzy, przedmiotem oferty Radmor S.A. oraz konsorcjum firm IT.expert oraz BSI COIG-4 nie może być sprzęt produkcji Motorola Solutions. Żaden z tych podmiotów nie zwracał się do MOTOROLA SOLUTIONS o ofertę cenową na poczet przedmiotowego postępowania.

Wobec powyższego odwołujący stwierdził, że treść ofert złożonych przez Radmor S.A. oraz Konsorcjum firm IT.expert i BSI COIG-4 - nie odpowiada treści SIWZ w zakresie zapewnienia

kompatybilności. Oferty te podlegają odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Okoliczność ta z kolei potwierdza naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 91a ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał, że jeżeli w zaoferowanych przez Radmor S.A. oraz konsorcjum firm IT.expert oraz BSI COIG-4 rozwiązaniach zaoferowano sprzęt, w którym dokonano dostosowania do współpracy w trybach niedostępnych dla żadnego innego producenta niż MOTOROLA SOLUTIONS, oznacza to, że doszło do naruszenia praw wyłącznych tego producenta, co skutkuje stwierdzeniem naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. Oferty te podlegałyby odrzuceniu w trybie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy.

Niezależnie od powyższych zarzutów odwołujący wskazał, że oferty tych wykonawców powinny zostać odrzucone, zaś sami wykonawcy wykluczeni z postępowania z przyczyn, o których poniżej.

1. Wykonawca RADMOR S.A.

W rozdziale VI ust. 1 pkt a i b SIWZ zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu posiadania doświadczenia zawodowego przez wykonawców formułując następująco:

„O zamówienie może się ubiegać Wykonawca, który spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a w szczególności:

a) wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeśli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie polegające na:

- dla części zamówienia nr 1: wykonaniu min. jednej dostawy stacji bazowych i radiotelefonów wraz z instalacją lub stacji retransmisyjnych i radiotelefonów wraz z instalacją o wartości 400.000 zł brutto (czterysta tysięcy złotych brutto),

- dla części zamówienia nr 2: wykonaniu min. jednej dostawy stacji bazowych i radiotelefonów wraz z instalacją lub stacji retransmisyjnych i radiotelefonów wraz z instalacją o wartości 600.000 zł brutto (sześćset tysięcy złotych brutto).”

Na str. 45 oferty Radmor S.A. przedstawił „Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem wartości przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

W treści wykazu wykonawca przedstawił dwa zamówienia:

- 1) dla Komendy Głównej Straży Granicznej;
- 2) dla Honda Poland Sp. z o.o.

Na str. 46 oferty na dowód wykonania dostawy nr 1 podanej w tabeli „Wykaz głównych dostaw” Radmor S.A. przedstawił dokument wystawiony przez Komendę Główną Straży Granicznej w dniu 10.05.2013 r.

Dokument ten nie może stanowić dowodu potwierdzającego wykonanie dostaw w terminie i z należytą starannością. Brak w jego treści takiego sformułowania.

Na str. 47 oferty na dowód wykonania dostawy nr 2 podanej w tabeli „Wykaz głównych dostaw” Radmor S.A. przedstawił dokument wystawiony przez Honda Poland Sp. z o.o. w dniu 25.08.2011 r.

Dokument ten nie może stanowić dowodu potwierdzającego wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeśli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia polegającego na wykonaniu dostawy stacji bazowych i radiotelefonów wraz z instalacją lub stacji retransmisyjnych i radiotelefonów wraz z instalacją. Z treści referencji wynika, że zamówienie obejmowało dostawę i instalację na motocyklach urządzeń retransmisyjnych 3433-85818Q, których nie można zakwalifikować, jako stacji retransmisyjnej ani też stacji bazowej. Producent - Radmor S.A. nie określa ich w taki sposób, a nazywa „urządzeniem nadawczo-odbiorczym”. Są to miniaturowe mobilne urządzenia nadawczo-odbiorcze, w żadnym przypadku nie będące stacją retransmisyjną. Z punktu widzenia klasyfikacyjnego, można je raczej umiejscowić obok radiotelefonów przewoźnych lub przenośnych. Stacje retransmisyjne będące przedmiotem zamówienia mają być zasilane podstawowo z sieci 230VAC, a więc są to profesjonalne stacjonarne stacje retransmisyjne wraz z układem antenowym, zamontowane w Rack 19”, a nie motocyklowe mini urządzenia nadawczo-odbiorcze, które oprócz posiadania nadajnika i odbiornika nie mają nic wspólnego z przedmiotem zamówienia. Z punktu widzenia materii dostaw, nie mogą one zatem stanowić podstawy do uznania, że Radmor S.A. wykazał spełnianie warunków.

Mając na uwadze fakt, że oferta RADMOR S.A. podlega odrzuceniu z przyczyn opisanych powyżej, wezwanie tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia „Wykazu głównych dostaw” wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie jest niemożliwe. RADMOR S.A. podlega zatem wykluczeniu w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

2. Konsorcjum IT.expert Spółka z o.o. i BSI COIG-4 Spółka z o.o.

W piśmie do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, znak FZ3982/13, z 08.07.2013 r., w odpowiedzi na „pytanie nr 20”, „Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ przez zmianę opisów w rozdziale VII - anteny samochodowe - pozycja nr 1 wykreśla się „długość min. 2 m”, a dodaje się „długość min. 5 m”.

Wykonawca konsorcjum IT.expert i BSI COIG-4 pomimo jednoznacznej odpowiedzi zamawiającego nie zmodyfikował wymogu i potwierdził na str. 50 oferty jego spełnienie w brzmieniu „kabel instalacji GPS zakończony złączem odpowiednim dla gniazda GPS radiotelefonu (długość min. 2 m)”, co nie jest zgodne z ostatecznymi wymogami SIWZ (odpowiedzi zamawiającego na pytania w sprawie SIWZ stanowią element SIWZ) i należy uznać jako nie spełnienie wymagań zamawiającego.

Powyższe powoduje konieczność stwierdzenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Oferta taka powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W Rozdziale VII ust.1 pkt 1.3 SIWZ Zamawiający ustalił: „Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, Zamawiający, w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda złożenia wraz z ofertą dokumentów dotyczących w szczególności:

- 1.2 zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- 1.3 sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- 1.4 charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- 1.5 zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia”.

Wykonawca konsorcjum IT.expert i BSI COIG-4 napisał w formularzu na str. 6 w pkt 10 „Oświadczamy, że polegamy na wiedzy i doświadczeniu następujących podmiotów, które nie będą brały udziału w realizacji części Zamówienia: Consortia Sp. z o.o.”.

Na str. 103 oferty wykonawca przedstawił zobowiązanie Consortia Sp. z o.o. do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, tj.:

1. Przekazuję na rzecz IT.expert Sp. z o.o. referencje (kopia w załączeniu) z tytułu wykonania umowy nr 152/120/Błil/10/AL na rzecz Komendy Głównej Policji”.

Wykonawca Konsorcjum IT.expert i BSICOIG-4 nie złożył wraz z ofertą:

- dokumentów dotyczących sposobu wykorzystania zasobów Consortia Sp. z o.o. przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z Consortia Sp. z o.o.

Zamawiający w rozdziale VII ust.1 pkt 1.3 żądał złożenia ww. dokumentów wraz z ofertą.

Odwołujący wskazał, że sposób przekazania potencjału, jego faktyczny charakter są decydującymi cechami oświadczenia woli podmiotu udostępniającego. W przedmiotowej sprawie nie udowodniono, że przekazanie potencjału ma charakter faktyczny. Z treści dokumentu wynika, że jest ono fikcyjne.

Z uwagi na powyższe, nie można uznać, że Konsorcjum IT.expert i BSI COIG-4 w sposób zgodny z kryteriami oceny spełniania warunków wykazało się wiedzą i doświadczeniem.

Mając na uwadze fakt, że oferta Konsorcjum IT.expert i BSI COIG-4 podlega odrzuceniu z przyczyn opisanych powyżej, wezwanie tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia „Wykazu głównych dostaw” wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte

wykonanie jest niemożliwe. Konsorcjum IT.expert i BSI COIG-4 podlega zatem wykluczeniu w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1188/13 w przedmiocie spełniania ustawowych wymagań w celu przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że działania i zaniechania zamawiającego naruszyły przepisy wskazane w treści zarzutów oraz uzasadnienia odwołania.

Podniósł, że interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. W postępowaniu zamawiający przewidział, że wybór oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną. Oferta odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą. W przypadku przeprowadzenia aukcji elektronicznej z naruszeniem prawa, odwołujący mógłby utracić możliwość realizacji zamówienia. Dlatego wniesienie odwołania uznał, jako uzasadnione i konieczne.

Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienia: wykonawca Aksel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku po stronie odwołującego oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. IT.expert Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, 2. Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu po stronie zamawiającego. Wykonawcy wnosili odpowiednio, o uwzględnienie odwołania oraz o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp wnosząc odwołanie. Jest jednym z czterech wykonawców, którzy złożyli oferty na dwie części zamówienia i oferta odwołującego, podobnie jak pozostałe trzy oferty wykonawców uczestniczących w postępowaniu, została uznana za niepodlegającą odrzuceniu. Wszyscy wykonawcy zostali zaproszeni pismami z dnia 26 sierpnia 2013 r. do udziału w aukcji elektronicznej, której termin został wyznaczony na 5 i 6 września 2013 r. Zatem, odwołujący zainteresowany jest uzyskaniem zamówienia, a udowodnione naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, mogłoby spowodować szkodę po stronie odwołującego.

Spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, przesądzających o merytorycznym rozpoznaniu odwołania, oceniane jest na dzień wniesienia odwołania, tj. na dzień 4 września 2013 r.

Wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego: odpowiednio, po stronie odwołującego Aksel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, zwana w skrócie „Aksel Sp. z o.o.” oraz po stronie zamawiającego - wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. IT.expert Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, 2. Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu, zwani w skrócie „konsorcjum IT.expert”, wobec spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego zgłoszenia przystąpienia, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Stanowisko przystępującego po stronie odwołującego Aksel Sp. z o.o., przedstawione w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, wykraczające poza zarzuty odwołania kreując tym samym nowe zarzuty, nie podlegało rozpoznaniu, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp (Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu).

Odwołujący popierając odwołanie przedłożył na rozprawie następujące dokumenty oraz wydruki ze stron internetowych:

I. Zapytanie odwołującego z dnia 16.09.2013 r. skierowane do Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. oraz odpowiedź spółki.

Zapytanie odwołującego zostało skierowane do firmy, jako producenta, o treści: 1) czy Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. posiada wiedzę, które podmioty (w szczególności z terenu Polski) zwróciły się do firmy z informacją o przystąpieniu do postępowania lub też z prośbą o ofertę na sprzęt spełniający wymagania ilościowe i jakościowe specyfikacji? 2) Czy według najlepszej wiedzy technicznej spółki, a także mając na uwadze jej wieloletnie doświadczenie, jako producenta sprzętu radiokomunikacyjnego, istnieje możliwość zaoferowania sprzętu łączności innych producentów niż Motorola Solutions, spełniającego wymagania kompatybilności opisane w SIWZ?

Odpowiedź Motorola Solutions Polska Sp. z o.o.: Na podstawie treści SIWZ w części odnoszącej się do wymagań kompatybilności, spółka oświadczyła m.in., że posiadane przez zamawiającego stacje retransmisyjne Motorola DR3000 oraz radiotelefony Motorola DM/DP 3601 pracując w ramach standardu ETSI DMR Tier II mają możliwość retransmisji sygnału mowy zgodnego z ETSI TS 102361 oraz retransmisji sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102361 wraz z maskowaniem zgodnym z algorytmem ARC4 o długości klucza 40 bitów w czterech różnych trybach:

1. konwencjonalnym cyfrowym,
2. ilościowo rozszerzonym cyfrowym (zwanym MOTOTRBO™ IP Site Connect),
3. pojemnościowo rozszerzonym cyfrowym (zwanym MOTOTRBO™ Capacity Plus),

4. pojemnościowo i ilościowo rozszerzonym (zwanym MOTOTRBO™ Linked Capacity Plus). W opisanych powyżej trybach, urządzenia posiadane przez zamawiającego (wymienione w kolumnie 1 wiersz 1 i 2 tabeli) realizują funkcjonalności opisane w kolumnie 3, jako „retransmisja sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102361, retransmisja sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102361 wraz z maskowaniem zgodnym z algorytmem ARC4 o długości klucza 40 bitów, w specyficzny technologicznie sposób właściwy dla produktów MOTOROLA SOLUTIONS.

Technologia radiowa zastosowana w trybach pracy Motorola Solutions urządzeń opisanych w punktach 2, 3 i 4 stanowi własność przemysłową firmy i nie jest legalnie dostępna dla innych producentów podobnych urządzeń.

Wobec powyższego, w zakresie wymogu zapewnienia retransmisji cyfrowego sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102361 (z szyfrowaniem i bez) w trybach opisanych pod numerami 2, 3 i 4 nie istnieje możliwość zapewnienia pełnej kompatybilności ze sprzętem posiadany przez zamawiającego przez jakiegokolwiek innego producenta urządzeń zgodnych ze standardem DMR, będących przedmiotem postępowania.

W opinii Motorola Solutions Polska, przedmiotem oferty Radmor S.A oraz konsorcjum IT.expert nie może być sprzęt produkcji Motorola Solutions. Wskazują na to dwa główne czynniki: 1. Czynniki ekonomiczne: na podstawie cen zaoferowanych przez wykonawców (zestawienie cen zostało przekazane w piśmie odwołującego z dnia 16.09.2013 r.) spółka wskazała, że zgodnie z wykazem cen podstawowych Motorola Solutions (List Price), zestaw sprzętu produkcji firmy spełniający wymogi SIWZ opisany przez zamawiającego dla zadania 1, nie może zostać nabyty od Motorola Solutions przez żadnego z kontrahentów nie będącego autoryzowanym przedstawicielem Motorola Solutions poniżej kwoty brutto 777 014,00 USD (ok. 2 564 200 PLN), zaś zestaw sprzętu produkcji spółki spełniający wymogi SIWZ opisany przez zamawiającego dla zadania 2, nie może zostać nabyty od Motorola Solutions przez żadnego z kontrahentów nie będącego autoryzowanym przedstawicielem Motorola Solutions poniżej kwoty brutto 1 041 320 USD (ok. 3 436 000 PLN). Taka cena obowiązuje w całej Europie dla wszystkich podmiotów, które nie są autoryzowanymi dystrybutorami/partnerami Motorola Solutions.

Firmy Radmor S.A. oraz IT.expert i BSI COIG4 nie są autoryzowane przez Motorola Solutions. Należy mieć na uwadze, że w cenach złożonych w przetargu ofert, zawarte są także inne czynniki kosztotwórcze w istotny sposób wpływające na ich wysokość. Zalicza się do nich m. in.: instalacje stacji bazowych, radiotelefonów przewoźnych oraz stacjonarnych wraz ze wszystkimi niezbędnymi materiałami instalacyjnymi w ilości ponad 200 kompletów, 120 projektów instalacyjno-wdrożeniowych, 120 ekspertyz wytrzymałościowych masztów. Powyższe czyni mało prawdopodobnym lub wręcz niemożliwym zaoferowanie w cenach zaproponowanych przez Radmor S.A. oraz konsorcjum IT.expert produktów Motorola

Solutions. 2. Czynniki organizacyjno-handlowe. Ofertowanie przez partnerów z terenu Europy dla klientów kluczowych firmy Motorola Solutions jest monitorowane w całości przez spółkę w celu zapewnienia najwyższego poziomu obsługi takich klientów. Rozmiar zamówienia wymaga uprzedniego uzgodnienia ze spółką, jako producentem całości sprzętu stanowiącego przedmiot zamówienia, zakresu zdolności produkcyjnych koniecznych do uprzedniej rezerwacji, warunków handlowych w tym w szczególności terminów dostaw. Dla przedmiotowego postępowania takich uzgodnień i zgłoszeń dokonały 2 podmioty z terenu Europy. Wśród tych podmiotów nie było Radmor S.A. ani IT.expert Sp. z o.o. Powyższe, w zestawieniu z ilością i nakładami niezbędnymi do wykonania prac wdrożeniowo-instalacyjno-projektowych oraz faktem, że ani firma Radmor S.A. ani konsorcjum firm IT.expert nie zwracała się do spółki z prośbą o ofertę na ww. postępowanie oznacza, że przedmiotem ofert Radmor S.A. ani konsorcjum IT.expert, według opinii spółki nie mogą być urządzenia produkcji MOTOROLA.

Wobec powyższego nie jest możliwe, aby sprzęt zaoferowany przez Radmor S.A. oraz konsorcjum IT.expert spełniał wymagania kompatybilności opisane w załączniku nr 2 do SIWZ, Rozdział II „Kompatybilność dostarczonego sprzętu ze sprzętem użytkowanym w policji”, z powodów opisanych powyżej.

II. Wydruk ze strony internetowej Radmor S.A., w którego treści podano: „Zaproponowaliśmy sprzęt DMR firmy HYTERA. Po otwarciu wszystkich ofert propozycja Radmoru okazała się najtańsza.”

Wydruki ze stron internetowych:

III. Radmor S.A. - zestaw radiokomunikacyjny ZRK 3403, wskazujący w ocenie odwołującego, że urządzenie retransmisyjne zamontowane w samochodzie lub na motocyklu oraz lekka, miniaturowa radiostacja osobista nie może być porównana ze stacją retransmisyjną;

IV. Radiotelefony analogowe, radiotelefony stacjonarne - radiotelefon stacjonarny z manipulatorem, zestaw radiokomunikacyjny, zestaw radiokomunikacyjny retransmisyjny, stacja retransmisyjna.

V. Radmor S.A. - RD985 przemiennik firmy Hytera

- w celu wykazania braku porównywalności tego sprzętu z opisem zamawiającego.

VI. Fragment pisma zamawiającego z dnia 08.07.2013 r. z odpowiedziami na pytania - treść SIWZ.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz przedłożył dokumenty i również wydruki ze stron internetowych:

I. Referencje, jakich udzielił odwołującemu pismem z dnia 02.05.2012 r., w których opisując zakres wykonanej dostawy użył określenia „40 szt. przemienników DMR typ 1 i typ 2”,

wskazując na używanie określenia „przeziennik” na oznaczenie stacji retransmisyjnej, co oznacza, że wyżej wskazany przez odwołującego (pkt 5) przeziennik firmy Hytera jest stacją retransmisyjną;

II. Załącznik do zarządzenia nr 734 Komendanta Głównego Policji z dnia 30 lipca 2007 r. - „Instrukcja w sprawie stosowania środków łączności radiowej, organizacji łączności radiowej oraz sposobu prowadzenia korespondencji radiowej w jednostkach organizacyjnych Policji”, w której w § 2 pkt 24 zdefiniowano pojęcie radiotelefonu, jako: urządzenie elektroniczne składające się z nadajnika i odbiornika przeznaczone do transmisji dwustronnej sygnałów akustycznych, w pkt 39 zdefiniowano pojęcie stacja radioprzeziennikowa, jako: zespół urządzeń nadawczo-odbiorczych, umożliwiający dwustronną retransmisję korespondencji radiowej z automatycznym wykorzystaniem osobnych częstotliwości radiowych, co wskazuje, że urządzenie nadawczo-odbiorcze wymienione w referencji Honda Poland Sp. z o.o. jest radiotelefonem, a stacja retransmisyjna jest określona w przywołanym wewnętrznym akcie prawnym mianem stacji radioprzeziennikowej;

III. Pismo Radmor S.A. z dnia 16 września 2013 r. złożone zamawiającemu, w którym wykonawca wskazał, że w żadnym punkcie SIWZ zamawiający nie wymaga współpracy oferowanych stacji retransmisyjnych ze stacjami retransmisyjnymi firmy Motorola pracującymi w trybie IP Site Connect, Capacity Plus czy Linked Capacity Plus. Zgodnie z tabelką dotyczącą kompatybilności wymagana jest współpraca oferowanych radiotelefonów tylko ze stacją retransmisyjną DR3000. Natomiast w zakresie stosowanych na motocyklach urządzeń retransmisyjnych 3433-85818Q, odpowiadają one definicji stacji retransmisyjnej, jako urządzenia retransmitującego sygnał radiowy pomiędzy dwoma częstotliwościami (pasmami częstotliwości), w tym wypadku 170MHz oraz 2,4 GHz. Firma Radmor S.A. wskazała w dalszej części pisma, że jest producentem i dostarczyła podobne funkcjonalnie przewoźne urządzenia retransmisyjne dla KG Policji pod nazwą ZT3801-160. Urządzenia traktowane są, jako stacje retransmisyjne, nie różnią się w żaden sposób pod względem idei działania i sposobu zastosowania od urządzeń retransmisyjnych 3433-85818Q.

IV. Umowa zawarta w dniu 18.11.2011 r. przez Skarb Państwa - Komendanta Głównego Policji z konsorcjum wykonawców utworzonym przez: Consortia Sp. z o.o. i odwołującego, której przedmiotem była dostawa m.in. radiotelefonów kamuflowanych Zodiac MT4501, co potwierdza, że odwołujący dostarczał radiotelefon nie będący produkcją Motoroli, jako kompatybilny ze sprzętem zamawiającego.

Wydruki ze stron internetowych przedstawiające informacje nt.

V. Zodiac MT 4500/4501 wraz z fotografiami i opisami, wskazuje, że jest to najmniejszy na świecie kamuflowany radiotelefon cyfrowo-analogowy w pełni kompatybilny z urządzeniami z serii MOTOROLA-MOTOTRBO. Opis danych technicznych, w tym potwierdzenie

kompatybilności radiotelefonu z dowolnymi urządzeniami zgodnymi ze standardem ETSI DMR, firmowany jest pieczęcią i logo odwołującego oraz logo ZODIAC.

VI. MOTOTRBO™ DMR 3000/MTR 3000 - profesjonalne cyfrowe stacje retransmisyjne, wskazujący, że Standard DMR jest otwartym standardem zapewniającym długofalową stabilność, a zgromadzeni wokół niego producenci tworzą zgodne urządzenia i konkurują między sobą funkcjonalnością, dodatkowymi korzyściami oraz cenami.

VII. MOTOTRBO™ - System Planner.

VIII. Opis dotyczący Algorytmu ARC4 (Alleged RC4), jako algorytmu tego samego, co RC4, wskazującego, że nazwa RC4 jest nazwą handlową używaną przez firmę RSA Security.

IX. Zestawienie cen ofert dla dwóch części przedmiotowego zamówienia.

X. Informacja pn. „Zasadnicze elementy licencji DMR”, z której wynika, że Cyfrowa Mobilna Radiotelefonia (DMR) działa na trzech poziomach - I, II, III. „Po przeprowadzonej identyfikacji, firma Motorola Solutions zgłasza patent do ETSI i licencjobiorcy DMR automatycznie uzyskują dostęp do tych patentów bez dodatkowych kosztów lub administracyjnych obciążeń”. (...) „Generalnie, licencja nie może być przeniesiona na inny podmiot, ale Motorola Solutions będzie rozpatrywać wnioski o takie działanie.”

XI. Pismo przystępującego Aksel Sp. z o.o. z dnia 03.07.2013 r. skierowane do zamawiającego, informujące o wzbogaceniu firmy o zaawansowaną infrastrukturę stacji bazowych firmy Radio-Activity w standardzie DMR TDMA. W informacji wskazano, że przedstawiany system jest kompatybilny z posiadanymi przez zamawiającego urządzeniami marki Motorola.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, składając dokumenty na potwierdzenie stanowiska, że po wniesieniu odwołania:

- zawiadomił wykonawców pismem z dnia 5 września 2013 r. o odwołaniu aukcji elektronicznej zaplanowanej w dniach 5 i 6 września 2013 r., wskazując, że o kolejnym terminie aukcji zamawiający poinformuje wykonawców po rozpoznaniu odwołania,
- wezwał konsorcjum IT.expert pismem z dnia 11 września 2013 r.: - na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia; - na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty w przedmiocie zaoferowania kabla instalacji GPS 2 m długości, zamiast wymaganej długości 5 m.

Oświadczył również, że producentem użytkowanego przez zamawiającego sprzętu jest Motorola Inc.

Konsorcjum IT.expert przedłożyło zamawiającemu w dniu 16 września 2013 r. (pismo z dnia 13 września 2013 r.) oświadczenie wraz z nowym zobowiązaniem innego podmiotu o

udostępnieniu zasobów oraz wyjaśnienia na temat innej długości kabla, podając m.in. „1. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do dostarczenia wskazanych w piśmie z dnia 11 września 2013 r. dokumentów zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, składamy prawidłowe i zgodne z SIWZ zobowiązanie podmiotu trzeciego - spółki Consortia sp. z o.o. (dalej: „Consortia”) do udostępnienia swoich zasobów na rzecz Konsorcjum (zobowiązanie w załączeniu).

Ponadto oświadczamy, że :

- a) Consortia udostępni Konsorcjum swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia,
- b) Wskazane powyżej zasoby zostaną udostępnione poprzez świadczenie na rzecz Konsorcjum konsultacji i doradztwa przy realizacji przez Konsorcjum Zamówienia,
- c) Udostępnienie zasobów zostanie dokonane na podstawie pisemnego zobowiązania Consortia, załączonego do niniejszego pisma,
- d) Consortia udostępni swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia poprzez świadczenie na rzecz Konsorcjum konsultacji i doradztwa na cały okres realizacji przez Konsorcjum Zamówienia, przy czym Consortia nie będzie uczestniczyła w realizacji Zamówienia.

W świetle powyższego należy uznać, że Wykonawcy wykonali wezwanie Zamawiającego dokonane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

2. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wskazanym w piśmie z dnia 11 września 2013 r., niniejszym oświadczamy, iż na str. 50 naszej oferty, w pozycji Anteny samochodowe - pkt 1, w zapisie „Kabel instalacji GPS zakończony złączem odpowiednim dla gniazda GPS radiotelefonu (długość min. 2 m)” doszło do omyłki polegającej na wpisaniu do treści oferty wartości „2 m” zamiast, zgodnej z SIWZ, wartości „5 m”. W związku z powyższym wnosimy o doprowadzenie wskazanego powyżej zapisu przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do stanu zgodności z SIWZ, tj. poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Należy podkreślić, że wskazana wyżej omyłka nie wpływa w sposób istotny na przedmiot Zamówienia ani na sposób wykonania przedmiotu Zamówienia, w związku z czym nie powoduje ona istotnych zmian w treści oferty.”

Zobowiązanie z dnia 8 lipca 2013 r.

„Działając w imieniu i na rzecz: Consortia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (...) w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Komendanta Głównego Policji w trybie przetargu nieograniczonego na „Doposażenie przygranicznych jednostek Policji w sprzęt radiokomunikacyjny służący poprawie możliwości komunikacji radiowej w obszarze zewnętrznej granicy Unii Europejskiej (II etap)”, znak postępowania: 105/BŁiL/13/MK (...) oraz biorąc pod uwagę fakt, że Konsorcjum spółek (...):

1. IT.expert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (...),

2. Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 z siedzibą w Bytomiu (...), ubiega się w toku Postępowania o udzielenie przez Komendanta Głównego Policji zamówienia publicznego (dalej: „Zamówienie”),
Udostępniający niniejszym zobowiązuje się oddać do dyspozycji Konsorcjum niezbędne do wykonania zamówienia zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia na cały okres realizacji przez Konsorcjum Zamówienia. Udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia będzie polegało na świadczeniu przez Udostępniającego na rzecz Konsorcjum konsultacji i doradztwa przy realizacji przez Konsorcjum Zamówienia.”

Zamawiający nie dokonał ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem przedłożonych przez wezwanego wykonawcę oświadczeń i dokumentów uzyskanych na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp oraz wyjaśnień uzyskanych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Na rozprawie zamawiający konsekwentnie podtrzymywał wniosek o oddalenie odwołania.

W wyniku oceny materiału dowodowego, Izba uznając za udowodnioną część zarzutów, w tym zarzut skutkujący zastosowaniem art. 192 ust. 2 ustawy, uwzględniła odwołanie nakazując zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

1. Ocena wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę Radmor S.A.

1.1. Wykonawca wskazał w wykazie głównych dostaw: pozycja 1 - dostawę Systemu Łączności Radiowej VHF na rzecz Komendy Głównej Straży Pożarnej (pośrednio COMPUTEX) o wartości 12.6500.000 zł, jako podwykonawca głównego wykonawcy COMPUTEX. Wbrew wymaganiom zamieszczonym w SIWZ, rozdział VII ust. 1 pkt 1.1, tj. załączenia do wykazu dostaw dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, w referencji Komendy Głównej Straży Granicznej z dnia 10 maja 2013 r. wskazano, że wykonawca ten, jako podwykonawca realizował System Łączności Radiowej VHF w ramach budowy II i III etapu, podano też zakres, jaki obejmował system oraz termin wykonania systemu: 15.12.2011 r. Nie zamieszczono informacji, którą można byłoby odczytać, jako potwierdzenie należytego wykonania dostawy.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że z referencji nie wynika, iż dostawa została zrealizowana przez podwykonawcę należycie. Nie można przyjąć, że takim dowodem może być uznanie na zasadzie przeciwności, że skoro nie podano w referencji, iż podwykonawca nie realizował dostawy nienależycie, to należy uznać, że zrealizował należycie, na co wskazywał na rozprawie zamawiający. Zamawiający żądał dołączenia do wykazu dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, posługując się opisem zamieszczonym w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy,

oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W ustępie 2 tego przepisu wskazano zakres dokumentów, które mogą być dowodem. Na podstawie przepisu przejściowego - § 9 ust. 2 rozporządzenia - o możliwości przedkładania w okresie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie rozporządzenia w miejsce poświadczeń, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw w rozumieniu przepisów poprzedniego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wykonawca miał możliwości przedłożenia stosownego dowodu/dokumentu. Dowodem/dokumentem z pewnością są referencje, jednak niezbędne jest zamieszczenie w treści referencji sformułowania, z którego można w przekonujący sposób wnioskować o należyтым wykonaniu zamówienia.

Wobec potwierdzenia zarzutu dotyczącego dostawy wskazanej w pozycji 1 wykazu, zamawiający dokonując ponownego badania i oceny ofert, nie powinien uwzględniać tej dostawy oraz przypisanej do niej referencji Komendy Głównej Straży Granicznej z 10 maja 2013 r.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, jeżeli nie złożyli ich w określonym terminie lub złożyli błędne.

Zamawiający ma więc możliwość wyboru w toku powtórnego badania i oceny oferty wykonawcy, zastosowania tej procedury lub skorzystania z drugiego wariantu wskazanego w odpowiedzi na pytanie 2, zamieszczonej w piśmie z dnia 08.07.2013 r. (zrealizowanie jednej dostawy o wartości, co najmniej 1 mln. zł).

1.2. W pozycji 2 wykazu wykonawca podał dostawę 368 zestawów radiokomunikacyjnych o wartości 9.500.000 zł oraz przedłożył referencję z dnia 25.08.2011 r. o należyтым wykonaniu zamówienia na rzecz Honda Poland Sp. z o.o. Odwołujący kwestionując zakres dostawy - urządzenia retransmisyjne 3433-85818Q opisane w pkt a) 1 referencji oraz urządzenia nadawczo-odbiorcze 35S10/1-P1 opisane w pkt a) 4 - jako nieodpowiadający opisowi spełniania warunku - wykonanie dostawy stacji retransmisyjnych i radiotelefonów wraz z instalacją, nie udowodnił zasadności zarzutu.

Spór w tym zakresie sprowadza się do twierdzenia odwołującego, że wiedza i doświadczenie nabyte przy dostawie urządzeń retransmisyjnych i nadawczo-odbiorczych nie może być uznane, jako nabyte przy dostawie stacji retransmisyjnej i radiotelefonów z instalacją.

W ocenie Izby, uwzględniając złożone na rozprawie dowody, wyjaśnienia stron i uczestników postępowania odwoławczego, pomocniczo wydruki ze stron internetowych, należało uznać, że zasługuje na uwzględnienie stanowisko zamawiającego, który podkreślając alternatywne żądanie zamieszczone w SIWZ wykazania dostawy stacji bazowych i radiotelefonów wraz z

instalacją lub stacji retransmisyjnych i radiotelefonów z instalacją, uznał, że referencja potwierdza realizację stacji retransmisyjnych i radiotelefonów wraz z instalacją. Stację retransmisyjną stanowią wymienione w referencji w pkt a) 1 urządzenia retransmisyjne wchodzące w skład 368 kompletnych systemów łączności radiotelefonicznej, gdyż urządzenie retransmisyjne wskazane w referencji, retransmituje sygnał radiowy, jak każda stacja retransmisyjna. W literaturze przedmiotu stacja retransmisyjna wskazywana jest, jako urządzenie retransmisyjne, przemiennik, radioprzemiennik (np. przemienniki DMR typ 1 i typ 2 wskazane w referencji z dnia 2 maja 2012 r. wystawionej odwołującemu). W wewnętrznych regulacjach prawnych zamawiającego stacja retransmisyjna określona została mianem stacji radioprzemiennikowej (załącznik do zarządzenia nr 734 Komendanta Głównego Policji z dnia 30 lipca 2007 r. - „Instrukcja w sprawie stosowania środków łączności radiowej, organizacji łączności radiowej oraz sposobu prowadzenia korespondencji radiowej w jednostkach organizacyjnych Policji”, § 2 pkt 39). Natomiast urządzenie elektroniczne składające się z nadajnika i odbiornika przeznaczone do transmisji dwustronnej sygnałów akustycznych, zostało określone mianem radiotelefonu - § 2 pkt 24 Instrukcji.

Zatem mając na uwadze, że urządzenie retransmisyjne opisane w referencji spełnia funkcję stacji retransmisyjnej, a urządzenie nadawczo-odbiorcze funkcję radiotelefonu, należało uznać, że dostawa wskazana w pozycji 2 wykazu stanowi potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Wobec wskazania przez wykonawcę dostawy w pozycji 2 wykazu, potwierdzającej wraz z referencją spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia dla obu części zamówienia, naruszenie przepisów ustawy przez uznanie dostawy wskazanej w pozycji 1 wykazu za właściwą, nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy.

2. Ocena wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia przez konsorcjum IT.ekspert oraz zgodności treści oferty wykonawcy z SIWZ.

2.1. Wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca przedstawił w wykazie głównych dostaw jedną - dostawę sprzętu radiokomunikacyjnego, oprogramowania i usług do budowy systemu radiołączności cyfrowo-analogowej dla jednostek organizacyjnych Policji, o wartości 16.899.000,80 zł, zrealizowaną przez konsorcjum składające się z firm: Consortia Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Aksel Sp. z o.o., Elvys Ltd., udostępnioną liderowi konsorcjum IT.ekspert przez inny podmiot w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy, tj. Consortia

Sp. z o.o. Wykonawca załączył referencję z dnia (najprawdopodobniej) 21.01.2011 r. wystawioną przez Komendę Główną Policji. Załączył także zobowiązanie firmy Consortia Sp. z o.o. „do oddania firmie IT.expert Sp. z o.o. (...) do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu Zamówienia, tj.: 1. Przekazuje na rzecz IT.expert Sp. z o.o. referencje (kopia w załączeniu) z tytułu wykonania Umowy nr 152/120/BŁil/10/AL na rzecz Komendy Głównej Policji.”

Lider konsorcjum IT.expert w oświadczeniu złożonym w obecnym postępowaniu, w tzw. generalnej klauzuli akceptującej, zamieszczonym w formularzu ofertowym w pkt 10 oświadczył, że polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, które nie będą brały udziału w realizacji części zamówienia: Consortia Sp. z o.o.

Z treści przywołanych oświadczeń i dokumentów wynika, że udostępnienie zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia polegało wyłącznie na udostępnieniu referencji, bez realnego udostępnienia tych zasobów. W istocie, jak podniósł odwołujący, zamawiający przyznał ten fakt dokonując czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wyczerpując tym samym możliwość ponownego wezwania wykonawcy na podstawie tego przepisu. W wyniku wezwania wykonawca złożył dokumenty wraz z oświadczeniem, że inny podmiot udostępniający zasób w postaci wiedzy i doświadczenia przez świadczenie konsultacji i doradztwa - Consortia Sp. z o.o. nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

W ponownym zobowiązaniu firma Consortia Sp. z o.o. wskazała udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przez świadczenie konsultacji i doradztwa przy realizacji zamówienia przez konsorcjum IT.expert.

Izba oceniając czynność zamawiającego akceptującą udostępnienie zasobu na podstawie pierwotnego zobowiązania (jedynego w dacie wniesienia odwołania) uznała, że zaskarżone w odwołaniu udostępnienie zasobów nie odpowiada opisowi zamieszczonemu w SIWZ, jest w istocie udostępnieniem referencji, nie zostało ocenione przez zamawiającego w aspekcie jego realności, co czyni odwołanie w tym zakresie zasadnym. Izba, biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 ustawy), nie nakazała zamawiającemu wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy do złożenia innych oświadczeń lub dokumentów, czy też wyjaśnień, wobec dokonanego już przez zamawiającego wezwania i złożenia przez wykonawcę wyjaśnień wraz z powtórным zobowiązaniem innego podmiotu. Wyjaśnienia i dokumenty złożone na wezwanie zamawiającego po wniesieniu odwołania, nie były przedmiotem oceny zamawiającego, zatem nie mogły być przedmiotem zarzutu odwołania i nie podlegają ocenie w toku obecnego postępowania odwoławczego.

Izba uzasadniając ocenę pierwotnego zobowiązania wskazuje, że warunkiem uznania za udowodnione udostępnienie zasobu przez inny podmiot, jest zbadanie realności udostępnienia, na co wskazuje prounijna wykładnia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy oraz orzecznictwo Izby w tym zakresie, m.in. wyroki:

- z dnia 10 października 2012 r., sygn. akt KIO 2081/12; KIO 2082/12 „1. Istotą udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b p.z.p. jest udowodnienie zamawiającemu realnego dysponowania udostępnianym zasobem, faktycznej możliwości posiłkowania się wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu. 2. Udostępnienie wiedzy i doświadczenia nie może być iluzoryczne, lecz winno uwzględniać specyfikę danego zamówienia i być do niego adekwatne”;

- z dnia 2 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 629/13 „Zasoby wiedzy i doświadczenia nie są one tożsame. Zasób wiedzy wskazuje na teoretyczną znajomość zagadnienia, zasób doświadczenia jest szerszy i odnosi się także do znajomości praktycznej zagadnienia oraz wynikającej z niej umiejętności reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny, niż wcześniejsze osobiste uczestniczenie w podobnych przedsięwzięciach. Doświadczenie to zbiór niewyuczonych, automatycznych reakcji wynikających z już nabytych praktycznych umiejętności. Proces zdobywania praktycznych umiejętności kształtowany jest przez czynnik czasu, czego efektem jest biegłość i wprawa przy wykonywaniu określonych czynności wynikająca z uprzedniego wykonywania analogicznych prac (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2294/11). Istota wiedzy i doświadczenia wskazuje, że nie można tymi zasobami podzielić się z innym wykonawcą tylko w sferze abstrakcyjnego zobowiązania bez jego zastosowania w praktyce. Bez zagwarantowania stosownego zaangażowania podmiotu udostępniającego swój zasób wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia, czyni możliwość dysponowania potencjałem przez innego wykonawcę iluzoryczną.

Zatem, samo przekazanie referencji z prawem do posłużenia się nimi w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bez udziału podmiotu w wykonywaniu zamówienia, polega w istocie na użyczeniu referencji dla formalnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czemu przeczy cel przepisu art. 26 ust. 2b Pzp.

Z orzecznictwa Trybunału ukształtowanego na podstawie art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, stanowiących podstawę wskazanego przepisu krajowego wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów innego podmiotu musi mieć charakter rzeczywisty. Zatem, zamawiający musi mieć pewność, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby innego podmiotu potrzebne do wykonania zamówienia (orzeczenie ETS z dnia 2 grudnia 1999 r., w sprawie C-176/98 Holst Italia) - *na podstawie opinii UZP, Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r.*”;

- z dnia 8 maja 2013 r. sygn. akt KIO 953/13 „odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że dane zasoby będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Należy mieć na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 55¹ i art. 55² k.c.). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia.”

2.2. Zaoferowanie kabla instalacji GPS (długość min. 2 m) zakończonego złączem odpowiednim dla gniazda GPS radiotelefonu, zamiast długości 5 m. Zarzut ten został potwierdzony.

W pierwotnej treści SIWZ zamawiający żądał długości kabla min. 2 m. W wyniku zmiany SIWZ, rozdział VII - anteny samochodowe - pozycja 1, wykreślił „długość min. 2 m”, a wprowadził „długość min. 5 m” (pytanie i odpowiedź nr 20 - pismo z dnia 08.07.2013 r.).

Izba uznała, że okoliczności sprawy potwierdzają, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ spowodowana zaoferowaniem kabla o długości min. 2 m, zamiast 5 m, stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, zobowiązującą zamawiającego do jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W korespondencji zamawiającego (pismo z 11.09.2013 r.) i wyjaśnieniach wykonawcy (pismo wniesione do zamawiającego w dniu 16 września 2013 r.), potwierdzono ten fakt. Zatem, zarzut ten został również przyznany przez zamawiającego.

Naruszenie przepisów ustawy w tym zakresie nie stanowi podstawy odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, lecz oferta podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Powtarzając czynność badania i oceny oferty, zamawiający, co do zasady, będzie zobowiązany do poprawienia omyłki, jednakże czynność ta uzależniona jest od oceny spełniania warunku podmiotowego udziału wykonawcy w postępowaniu.

Izba uznała, że został wykazany zarzut nieudowodnienia zamawiającemu udostępnienia zasobów innego podmiotu w celu wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób opisany w SIWZ. Konsorcjum IT.expert nie udowodniło, że przekazanie potencjału przez Consortia Sp. z o.o. miało charakter faktyczny, co miało wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy.

3. Zarzut wspólny dotyczący obu ofert zakwestionowanych w odwołaniu - braku kompatybilności sprzętu zaoferowanego przez wykonawców z posiadany przez zamawiającego - art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, tj. zaniechania odrzucenia na tej podstawie dwóch z czterech ofert złożonych w postępowaniu.

Zarzut nie został udowodniony.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 2 części zamieszczając szczegółowe opisy w załącznikach nr 1 i nr 2 do SIWZ. W obu częściach wymagał dostarczenia cyfrowego sprzętu radiokomunikacyjnego zgodnego ze standardem ETSI DMR tier II. (...). Wskazał, że dostarczone rozwiązanie musi zapewnić łagodną migrację istniejących sieci analogowych do poziomu zgodnego ze standardem ETSI DMR tier II, w związku z czym w ramach dostarczonego rozwiązania wymagana jest obsługa komunikacji głosowej, bezpośredniej między radiotelefonami i poprzez infrastrukturę zgodnie z wymaganiami opisanymi w Rozdziale II „Kompatybilność dostarczonego sprzętu ze sprzętem użytkowanym w Policji.”

Kompatybilność wsteczna została opisana w tabelach wskazujących w pierwszej kolumnie posiadany przez Policję sprzęt DMR, w wierszach: 1 - stacja retransmisyjna Motorola DR3000; 2 - Motorola DM/DP 3601, 3 - Motorola DM/DP 3601, 4 - sprzęt analogowy VHF (np. Motorola GM 360). W drugiej kolumnie zamawiający określił sprzęt oferowany przez wykonawcę, w wierszach: 1 - radiotelefony, 2 - infrastruktura (stacje retransmisyjne), 3 - radiotelefony, 4 - radiotelefony. W trzeciej kolumnie opisał wymagane funkcjonalności w relacji: posiadany sprzęt DMR - sprzęt DMR oferowany przez wykonawcę. Podkreślona w odwołaniu, podniesiona w odpowiedzi firmy Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. z dnia 17 września 2013 r. na zapytanie odwołującego i podtrzymywana na rozprawie - kwestionowana funkcjonalność, dotyczy wierszy 1 i 2 w zakresie retransmisji sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102361, retransmisji sygnału mowy zgodnego z ETSI TS102 361 wraz z maskowaniem zgodnym z algorytmem ARC4 o długości klucza 40 bitów.

Opis dotyczący stacji retransmisyjnych i radiotelefonów w obu załącznikach do SIWZ został przedstawiony w układzie tabelarycznym przedstawiającym kolumny: „L.p., Wymagania, Spełnia, Nie spełnia”. Wykonawca składający ofertę zobowiązany został do przedłożenia formularza opracowanego przez zamawiającego z wypełnioną trzecią kolumną - wymagania. Dla skutecznego złożenia oferty w tym zakresie wykonawca miał wypełnić wyłącznie dwie ostatnie kolumny, tj. „spełnia”, lub „nie spełnia”. Wszyscy wykonawcy w tym postępowaniu wypełnili kolumny – spełnia, oferując wymagany i opisany sprzęt przez zamawiającego wyłącznie przez wskazanie ogólnych cech użytkowych, parametrów technicznych, zasilania, wyposażenia stacji retransmisyjnych, anten bazowych, środowiska i klimatycznych warunków pracy. Na rozprawie jednoznacznie ustalono, że zamawiający nie wymagał i w kwestionowanych ofertach, także w ofercie przystępującego po stronie odwołującego, nie wskazano, zgodnie ze stanowiskami stron przedstawionymi na rozprawie, żadnych danych

identyfikujących producenta sprzętu. Zamawiający nie żądał w SIWZ również żadnego sprecyzowania przez wykonawców zakresu elementów technicznych potwierdzających kompatybilność, w szczególności typu i nazwy urządzeń potwierdzających ten wymóg. W odpowiedzi na pytanie dotyczące postanowień SIWZ, dopuścił możliwość zaoferowania sprzętu różnych producentów, byleby odpowiadał wymaganiom kompatybilności.

Zamawiający oświadczył i wykonawca Radmor S.A. w piśmie z dnia 16 września 2013 r. złożonym zamawiającemu zasadnie też wskazał, że w żadnym punkcie SIWZ zamawiający nie wymagał współpracy oferowanych stacji retransmisyjnych ze stacjami retransmisyjnymi firmy Motorola pracującymi w trybie IP Site Connect, Capacity Plus czy Linked Capacity Plus. Zgodnie z tabelką dotyczącą kompatybilności wymagana była współpraca oferowanych radiotelefonów tylko ze stacją retransmisyjną DR3000.

Odwołujący i Motorola Solutions Polska Sp. z o.o. przedstawiająca stanowisko w pierwszej części pisma niemal identyczne z treścią odwołania wskazali, że o fakcie braku możliwości zaoferowania parametrów charakteryzujących sprzęt kompatybilny z użytkowanym przez zamawiającego świadczy specyficzny technologicznie sposób właściwy wyłącznie dla produktów Motorola Solutions. Fakt, że obaj wykonawcy nie zwracali się do spółki z zapytaniem cenowym lub innym świadczącym o zainteresowaniu sprzętem produkcji Motorola Solutions oraz ze względu na ceny zaoferowane przez obu wykonawców, spółka stwierdziła w piśmie z dnia 17 września 2013 r., że w jej opinii przedmiotem ofert wykonawców nie może być sprzęt produkcji Motorola Solutions.

Z tego powodu, że w ocenie spółki opiniującej nie zaoferowano sprzętu produkcji Motorola Solutions, nie można wywieść potwierdzenia braku kompatybilności.

Zamawiający wykazał, że zarówno odwołujący, jak i przystępujący po stronie odwołującego dostarczali i oferowali zamawiającemu sprzęt innych producentów kompatybilny z użytkowanym w Policji (umowa zawarta w dniu 18.11.2011 r. przez Skarb Państwa - Komendanta Głównego Policji z konsorcjum wykonawców utworzonym przez: Consortia Sp. z o.o. i odwołującego, której przedmiotem była dostawa m.in. radiotelefonów kamuflowanych Zodiac MT4501, nie będących produkcją Motoroli, kompatybilnych ze sprzętem zamawiającego; oferta przystępującego Aksel Sp. z o.o. z dnia 03.07.2013 r. skierowana do zamawiającego z informującą o wzbogaceniu firmy o zaawansowaną infrastrukturę stacji bazowych firmy Radio-Activity w standardzie DMR TDMA, kompatybilną z posiadanymi przez zamawiającego urządzeniami marki Motorola).

Izba uznała za potwierdzające stanowisko zamawiającego przedstawiające informacje - MOTOTRBO™ DR 3000/MTR 3000 - profesjonalne cyfrowe stacje retransmisyjne, które wskazują, że Standard DMR jest otwartym standardem zapewniającym długofalową stabilność, a zgromadzeni wokół niego producenci tworzą zgodne urządzenia i konkurują między sobą funkcjonalnością, dodatkowymi korzyściami oraz cenami. Także opis dotyczący Algorytmu ARC4 (Alleged RC4), jako algorytmu tego samego, co RC4 wskazującego, że nazwa RC4 jest nazwą handlową używaną przez firmę RSA Security. Z opracowania „Zasadnicze elementy licencji DMR” wynika, że po zgłoszeniu przez Motorola Solutions patentu do ETSI, licencjobiorcy DMR automatycznie uzyskują dostęp do tych patentów bez dodatkowych kosztów lub administracyjnych obciążeń. Aczkolwiek, co do zasady, licencja nie może być przeniesiona na inny podmiot, jednak producent będzie rozpatrywać wnioski o takie działanie, co wskazuje zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego, że Motorola Solutions udziela licencji na własne rozwiązania DMR - cyfrowa mobilna radiotelefonii oraz produkty wytwarzane przez innych producentów bazujących na otartym standardzie DMR. Zatem, producent mógł lub może udzielić licencji firmie Hytera, jak również każdej innej. Opisy zamieszczone w SIWZ odnośnie kompatybilności odnosiły się do otwartego standardu ETSI TS102361, a nie do rozwiązań własnych firmy Motorola.

Na pytanie przewodniczącej skierowane do odwołującego o wskazanie fragmentów kwestionowanych dwóch ofert, z których wynikałoby, że oferowane przez wykonawców parametry potwierdzające wymagania zamawiającego, nie są zgodne z postanowieniami SIWZ w zakresie wymaganej kompatybilności z użytkowanym sprzętem przez zamawiającego, odwołujący oświadczył, że w ofertach nie zamieszczono elementów, które by bezpośrednio świadczyły o niezgodności treści oferty z SIWZ. Takie twierdzenie wywiódł z informacji Radmor S.A. (wydruk ze strony internetowej), że wykonawca zaoferował sprzęt DMR firmy Hytera.

W ocenie Izby, w sytuacji, gdy niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie można wywieść przez odpowiednie porównanie wymagań zamawiającego ze zobowiązaniem wykonawcy, nie można stwierdzić, że niezgodność występuje w stopniu uzasadniającym nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Izba nie podzieliła też poglądu odwołującego, że przedmiotem zamówienia jest obok siedmiu stacji retransmisyjnych także współpraca do minimum dwunastu stacji. Uwzględniła wyjaśnienia zamawiającego zgodne z opisem w SIWZ, że zamówienie dotyczy siedmiu stacji retransmisyjnych, natomiast wymóg współpracy w systemie do 12 stacji retransmisyjnych, ma na uwadze, że pięć stacji zostanie możliwie utworzone w przyszłości i nie muszą to być

stacje odpowiadające posiadanym przez zamawiającego, zatem w bieżącym postępowaniu zamawiający nie postawił wymogów dotyczących 5 przyszłych stacji retransmisyjnych.

Reasumując, Izba oceniając zarzut niezgodności treści ofert z treścią SIWZ w kontekście czynności zamawiającego, uznała, że odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Poza powołaniem art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, odwołujący nie przedstawił też uzasadnienia faktycznego kreującego zarzut, zasługującego na uwzględnienie.

Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp, w związku z uwzględnieniem zarzutu w przedmiocie oceny spełniania warunku udziału wykonawcy w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Nie nakazała unieważnienia zaproszenia do aukcji elektronicznej, wobec jej odwołania pismem z dnia 5 września 2013 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba uwzględniła kwotę 15.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł wynagrodzenia pełnomocnika, zasądzając te kwoty na rzecz odwołującego, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: