

WYROK
z dnia 8 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2019 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (02-326)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (01-748)**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (02-326)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (02-326)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (02-326)** na rzecz zamawiającego **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (01-748)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych 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 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług telekomunikacyjnych z zakresu telefonii komórkowej i Internetu bezprzewodowego oraz zakup telefonów komórkowych i modemów mobilnego dostępu do Internetu (znak sprawy: TZ/271/18/19) wykonawca Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (dalej „odwołujący”) złożył odwołania, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2), poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) pomimo, iż taka niezgodność nie zachodziła, a odrzucenie nastąpiło w oparciu o wymagania, które nie zostały sformułowane w SIWZ,
2. art. 93 ust. 3 pkt 1), poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo iż w postępowaniu złożona została oferta niepodlegająca odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
3. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że zgodnie z uzasadnieniem faktycznym przedstawionym przez zamawiającego jego oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na to, że jeden z zaoferowanych telefonów (Nokia 9 Pureview) *„nie posiada rozszerzenia pamięci telefonu o kartę zewnętrzną, w standardzie co najmniej micro SD”*.

W ocenie Odwołującego czynność zamawiającego została dokonana w oparciu o wymaganie dotyczące parametru, które w ogóle nie zostało określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ”).

Podniósł, że zamawiający w SIWZ nie zdefiniował w ogóle funkcjonalności „rozszerzenia pamięci telefonu o kartę zewnętrzną w standardzie co najmniej micro SD”, którą posłużył się w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego.

Wskazał, że zamawiający określił w SIWZ jedynie parametr „pamięci zewnętrznej”, do

którego odniósł się w tylko w Załączniku nr 2 do SIWZ OPZ, w pkt 5, w siódmym wierszu tabeli – jedyne wymaganie w zakresie „pamięci zewnętrznej”, m.in. dla I kategorii telefonów (w której został zaproponowany przez odwołującego telefon Nokia 9 Pureview), ma brzmienie: „*co najmniej micro SD*”.

Stanął na stanowisku, że z literalnego brzmienia wymagania wynika, że zamawiający wymagał zapewnienia możliwości obsługi rozszerzenia pamięci telefonu, poprzez zastosowanie pamięci zewnętrznej, przy czym telefon musiał mieć możliwość podłączenia co najmniej pamięci micro SD. Uznał, że zamawiający nie określił jednak sposobu spełnienia tego wymagania, pozostawiając w tym zakresie dowolność wykonawcom.

Podkreślił, iż rozszerzenie pamięci telefonu może mieć miejsce na skutek zastosowania pamięci zewnętrznej (np. w standardzie micro SD), która może być podłączona do telefonu na dwa sposoby:

1. poprzez czytnik micro SD z wykorzystaniem portu USB telefonu, posiadającego funkcjonalność OTG (ang. On the go),
2. poprzez posiadany przez telefon slot/gniazdo (slot – gniazdo rozszerzeń w układzie elektronicznym do podłączania kart rozszerzających możliwości danego urządzenia, za Słownikiem Języka Polskiego <https://sip.pl/slot>. data wejścia 24.07.2019 r.).

Oświadczył, że spełnił wymaganie SIWZ, poprzez zaproponowanie w I kategorii m.in. telefonu Nokia 9 Pureview (jako jednego z trzech przewidzianych dla tej kategorii) posiadającego funkcjonalność OTG i umożliwiającego podłączenie zewnętrznej pamięci micro SD przez czytnik micro SD z wykorzystaniem portu USB typu C wobec czego zaoferowany telefon posiada możliwość obsługi rozszerzenia pamięci urządzenia o pamięć zewnętrzną micro SD.

Uzupełnił, że potwierdził to zamawiającemu w wyjaśnieniach złożonych 17.07.2019 r.

Stwierdził, że z uzasadnieniu odrzucenia jego oferty zamawiający wskazał na brak „*rozszerzenia pamięci telefonu o kartę zewnętrzną, w standardzie co najmniej micro SD*”, co oznacza, że na etapie oceny oferty zamawiający zmienił wymaganie dla telefonów z I kategorii z możliwości obsługi pamięci zewnętrznej micro SD na wymóg posiadania rozszerzenia pamięci przez telefon, rozumianego jako wewnętrzny slot/gniazdo telefonu dla dodatkowej pamięci zewnętrznej. Dodatkowo stwierdził, że zamawiający w uzasadnieniu zmienił wymaganie, utożsamiając pojęcie pamięci zewnętrznej z pojęciem slotu na nośnik (kartę) takiej pamięci w telefonie, co – wedle odwołującego – jest nieuprawnione.

Podniósł, że brak jest jednolitej definicji pamięci zewnętrznej wobec czego nie można jej utożsamiać z jednym sposobem podłączenia pamięci do telefonu.

Uznał, że wymaganie OPZ dotyczyło funkcjonalności, polegającej na możliwości obsługi nośnika pamięci w określonym standardzie, a nie sposobu dostępu do tego nośnika.

W ocenie odwołującego takie postępowanie zamawiającego należy ocenić jako zmianę wymagań po złożeniu ofert, na etapie ich badania i oceny.

Oświadczył, że nie kwestionuje wymagania, aby telefon posiadał funkcjonalność obsługi pamięci zewnętrznej, natomiast nie można w żaden sposób uznać, że w OPZ znajdowało się wymaganie, aby telefon posiadał wewnętrzny slot/gniazdo na karty pamięci co najmniej micro SD.

Uznał nadto, że odrzucenie jego oferty ze względu na niespełnienie parametru „pamięci zewnętrznej” byłoby dopuszczalne jedynie w przypadku, gdyby zaoferowany telefon nie był w stanie odczytać danych zapisanych na karcie micro SD.

Wskazał, że to na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami ustawy, w tym w sposób jednoznaczny i precyzyjny, a oczekiwanie, że wykonawca będzie posiadał pełną wiedzę o przedmiocie zamówienia, gdy zamawiający zaniechał wskazania informacji niezbędnych do przygotowania oferty stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Wskazał także, że jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy oraz, że to zamawiający ponosi ryzyko nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i w przypadku, gdy nie potrafi opisać własnych potrzeb właściwie, otrzyma świadczenie, które rzeczywiście opisał, a nie to które miał intencję zamówić.

W uzupełnieniu podał, że sposób spełnienia funkcjonalności „pamięci zewnętrznej” nie wpływa na przydatność dla zamawiającego przedmiotu zamówienia, a tym samym na zasadność udzielenia zamówienia, ponieważ zgodnie z Załącznikiem 2 do SIWZ pkt 5 zamawiający wymagał *„przedstawienia w ofercie co najmniej 3 różnych modeli telefonów komórkowych dla każdej z niżej opisanych kategorii, z których w każdej kategorii Zamawiający wybierze jeden model telefonu”*.

Oświadczył, że zaoferował w kategorii I trzy różne telefony, spełniające wymaganie „pamięci zewnętrznej” w różny sposób, z uwagi na to, że żaden ze sposobów zapewnienia parametru „pamięci zewnętrznej” nie został przez zamawiającego wykluczony – dwa z zaoferowanych urządzeń realizują przedmiotowe wymaganie, poprzez gniazdo/slot na kartę pamięci, a jedno poprzez funkcjonalność OTG z wykorzystaniem czytnika micro SD.

Stwierdził, że jeśli zamawiający uzna, że jego potrzebom odpowiada w większym stopniu sposób podłączenia pamięci micro SD, poprzez slot/gniazdo, to może wybrać telefony, które w ten sposób tą funkcjonalność realizują lub też może wybrać urządzenie zapewniające „pamięć zewnętrzną”, poprzez funkcjonalność OTG i czytnik micro SD.

Na zakończenie uznał, że ponieważ jego oferta nie podlegała odrzuceniu, to należy uznać za niezgodną z ustawą czynność zamawiającego, polegającą na unieważnieniu

postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 1 sierpnia 2019 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia (w tym złożonego przez odwołującego na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oświadczenia TNS Mobile International OY Sp. z o.o. Oddział w Polsce z dnia 16 lipca 2019 r.), Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2019 r. wraz z załącznikami, Opinii rzeczoznawcy Polskiego Towarzystwa Informatycznego P. B. z dnia 6 sierpnia 2019 r., a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Nieprawidłowe dokonanie przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty odwołującego – bezpodstawne jej odrzucenie oznaczałoby, że oferta odwołującego byłaby jedyną, podlegającą ocenie z zastosowaniem ustanowionych kryteriów oceny (ofertą ważną, która nie podlega odrzuceniu) i odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”) pomimo, iż taka niezgodność nie zachodziła, a odrzucenie nastąpiło w oparciu o wymagania, które nie zostały sformułowane w SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W odniesieniu do zamawianych telefonów kategorii I swoje oczekiwania – wymagania minimalne – zamawiający wyspecyfikował w załączniku nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia). Jednym z wymogów dla telefonu kategorii I było: „Pamięć zewnętrzną” „Co

najmniej micro SD” (pkt 5).

Odwołujący zaoferował (jako jeden z trzech modeli telefonów kategorii I – zamawiający wymagał, w każdej z trzech kategorii, zaoferowania 3 modeli) model Nokia 9 Pureview (str. 4 Formularza oferty pkt 3.9.)

Zamawiający nie przewidział, aby wykonawcy załączali do oferty jakiegokolwiek dokumenty na potwierdzenie, że oferowane telefony spełniają wymagania minimalne zamawiającego.

Pismem z dnia 15 lipca 2019 r. zamawiający wezwał odwołującego, z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, tj.: *„Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy zaoferowany model telefonu Nokia 9 Pureview spełnia wymagania Zamawiającego, dotyczące parametru pamięci zewnętrznej, co najmniej micro SD wraz z przedstawieniem sposobu spełniania przez oferowany telefon wymogu określonego powyżej.”*

Odwołujący udzielił odpowiedzi pismem z dnia 17 lipca 2019 r., podając: *„Zaoferowany przez Orange telefon Nokia 9 Preview umożliwia podłączenie zewnętrznej pamięci micro SD przez czytnik micro SD z wykorzystaniem portu USB typu C. Odpowiedni czytnik micro SD niezbędny do zapewnienia wymaganej funkcjonalności został zaplanowany i skalkulowany w ofercie Orange oraz zostanie dostarczony wraz z telefonem, w przypadku jego wyboru przez Zamawiającego.”* Do wyjaśnień odwołujący załączył oświadczenie z dnia 16 lipca 2019 r.– jak podał na rozprawie: dystrybutora – przedstawiciela producenta (w samym piśmie z dnia 17 lipca 2019 r. odwołujący podał, że jest to oświadczenie producenta), w którym, w odniesieniu do parametru „Pamięć zewnętrzna”, przytoczono, jak w SIWZ: „Co najmniej micro SD” oraz w kolumnie charakteryzującej model Nokia 9 Pureview podano: *„Chmura; pamięć zewnętrzna/USB OTG”*.

Pismem z dnia 19 lipca 2019 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, przedstawiając następujące uzasadnienie faktyczne: *„W złożonej ofercie w I kategorii telefonów, Wykonawca zaoferował trzy modele telefonów, z których model: Nokia 9 Pureview nie posiada rozszerzenia pamięci telefonu o kartę zewnętrzną, w standardzie co najmniej micro SD. W oparciu o informacje pozyskane przez Zamawiającego oraz wyjaśnienia Orange Polska S.A., Zamawiający stwierdził, że zaoferowany model telefonu Nokia 9 Pureview nie jest wyposażony w pamięć zewnętrzną, co najmniej micro SD, w związku z czym treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Dołączenie do telefonu adaptera umożliwiającego podłączenie pamięci zewnętrznej (USB OTG) lub wykorzystanie możliwości składowania danych „w chmurze” nie powoduje spełniania przez telefon Nokia 9 Pureview wymagań stawianych przez Zamawiającego.”*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp brzmi: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;”

Tytułem wstępu skład orzekający Izby zauważa, że odwołujący nie wskazywał, iżby zamawiający, przed odrzuceniem oferty odwołującego, zobowiązany był w okolicznościach sprawy do poprawienia oferty odwołującego z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, konsekwentnie utrzymując, że zaoferował w kategorii I model Nokia 9 Pureview w pełni zgodny z wymaganiami zamawiającego w szczególności co do pamięci zewnętrznej telefonu.

Skład orzekający Izby żadnych podstaw do poprawy oferty odwołującego nie znalazł.

Przechodząc do kwestii kluczowej, tj. sposobu rozumienia wymagania minimalnego z pkt. 5 załącznika nr 2 do SIWZ, poczynić należy w pierwszej kolejności dwie uwagi odnośnie do treści SIWZ.

Po pierwsze, brak w SIWZ przedmiotowego postępowania definicji odnoszącej się do rozszerzenia pamięci zewnętrznej („Pamięć zewnętrzna” „Co najmniej micro SD”), nie oznacza wadliwości tego dokumentu, ale tyle, iż tak zamawiający, jak i wykonawcy winni odwołać się do tego, jak jest to rozumiane powszechnie w branży teleinformatycznej / telekomunikacyjnej – przede wszystkim jak rozszerzenie pamięci zewnętrznej jest rozumiane przez producentów opisujących swoje telefony (smartfony) oraz bazujących na tych opisach dystrybutorów czy sprzedawców – sposób ten referuje to telefonu jako urządzenia.

W przedmiotowym postępowaniu było to uzasadnione tym bardziej, iż wykonawcy nie składali żadnych dokumentów na potwierdzenie cech oferowanych telefonów, wobec czego oczywistym jest, że zamawiający mógł przy własnej weryfikacji cech zaoferowanych przez wykonawców modeli telefonów oprzeć się na ogólnie dostępnych opisach, podanych przez producentów poszczególnych modeli telefonów, a dopiero w przypadku wątpliwości kierować zapytania do wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Po drugie, w sytuacji, gdy wszystkie smartfony (takie telefony są przedmiotem niniejszego postępowania) mają możliwość rozszerzenia pamięci zewnętrznej telefonu, a „jedynie” różni je to, czy będzie to możliwe przez czytnik micro SD z wykorzystaniem portu USB telefonu, posiadającego funkcjonalność „OTG” albo przez slot/gniazdo telefonu, to stawianie w SIWZ wymogu odnośnie do pamięci zewnętrznej, przy braku preferencji zamawiającego co do tego sposoby byłoby zbędne.

Ustalając sposób rozumienia wymogu z pkt 5 załącznika 2 stwierdzić stanowczo należy, że skoro to wymaganie minimalne (jak i pozostałe wymagania z tabeli) zostało

wskazane przez zamawiającego „wobec” telefonu – aparatu/urządzenia o zamkniętej bryle, to zasadnym jest wniosek, iż rozszerzenie pamięci zewnętrznej winno być możliwe w taki sposób, aby tej bryły „nie naruszać” np. poprzez dołączanie innych urządzeń, akcesoriów itp.

Uwzględniając powyższe „ograniczenie bryły telefonu” oraz fakt, że rozszerzenie pamięci zewnętrznej telefonu następuje poprzez zewnętrzną kartę pamięci należy dojść do wniosku, że spełnienie wymagania jest możliwe poprzez wsunięcie karty zewnętrznej do dedykowanego slotu telefonu (karta „nie wychodzi” poza bryłę telefonu), ale nie poprzez dołączenie do telefonu, czy to poprzez kabel, czy adapter z wykorzystaniem portu USB OTG, takiej karty, ponieważ takie rozwiązania bryłę telefonu narusza (abstrahując od tego, które z tych rozwiązań w większym stopniu narusza bryłę telefonu, ponieważ stopień tego „naruszenia bryły” pozostaje bez znaczenia dla oceny spełnienia wymagania).

Takie naruszające bryłę telefonu rozwiązanie zaoferował odwołujący – zaoferował rozszerzenie pamięci zewnętrznej telefonu poprzez dołączenie do telefonu (z wykorzystaniem portu USB z funkcjonalnością „OTG”) czytnika kart micro SD.

Zamawiający uprawdopodobnił także, poprzez załączone do Odpowiedzi na odwołanie wydruki, przy braku przeciwdowodu ze strony odwołującego, że kabel USB typ C umożliwiający odczytywanie kart SD kwalifikowany jest jako akcesoria dodatkowe telefonu, co jednocześnie oznacza, że takie rozwiązanie nie jest rozumiane jako pamięć zewnętrzna samego telefonu. Pamięć zewnętrzna telefonu (bez akcesoriów) opisywana jest jako: dual SIM, obsługa karty SD, obsługa micro SD, dual SIM Hybrydowy – w taki właśnie sposób opisywany jest parametr pamięci zewnętrznej telefonów w ogólnie dostępnych materiałach i tak wskazał zamawiający w SIWZ („Co najmniej micro SD”).

Nie umknęło także uwadze składu orzekającego Izby, że odwołujący nie wyjaśnił, nie podał żadnych racjonalnych powodów, dla których jedynie w przypadku telefonu Nokia 9 Pureview zdecydował się na zaoferowanie urządzenia o innym rozwiązaniu niż w przypadku pozostałych 8 modeli.

Nie zaprezentował także odwołujący powszechnie dostępnych opisów modeli telefonów Nokia (producenta, dystrybutora, sprzedawców) prezentujących normalny, typowy sposób opisywania sposobu osiągnięcia rozszerzenia pamięci tego modelu (jak w rozwiązaniu odwołującego).

Uznając, że zarzut się nie potwierdził skład orzekający Izby wziął także pod uwagę fakt, że akceptacja sposobu rozumienia pamięci zewnętrznej telefonu jak u odwołującego oznaczałaby jednocześnie, co podnosił zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie (str. 7 pkt 3) ograniczenie funkcjonalności telefonu, ponieważ zajęcie portu USC telefonu micro SD

nie pozwoliłoby na jednoczesne wykorzystanie tego portu w innych celach, czyniłoby także telefon mniej ergonomicznym.

Za nietrafny uznać należy argument odwołującego z odwołania (str. 4, czwarty akapit) dotyczący tego, że sposób spełnienia funkcjonalności „pamięci zewnętrznej” nie wpływa na przydatność dla zamawiającego przedmiotu zamówienia, a tym samym na zasadność udzielenia zamówienia, ponieważ argument ten opiera się na błędnym założeniu (o czym była mowa powyżej), że zamawiający nie wskazał w SIWZ sposobu rozszerzenia pamięci zewnętrznej. Innymi słowy, założenie jest takie, że z SIWZ nie wynika, jaki telefon jest dla zamawiającego przydatny co do rozszerzenia pamięci zewnętrznej.

Za nietrafny uznał nadto skład orzekający Izby argument odwołującego z odwołania (str. 4, piąty akapit) dotyczący tego, iż zamawiający, nawet kwestionując zgodność cech telefonu Nokia 9 Pureview, nadal ma zagwarantowany wybór (dwa inne modelu telefonów z kategorii I nie zostały zakwestionowane), ponieważ ograniczenie możliwości wyboru zamawiającego z 3 do 2 telefonów byłoby wprost niezgodne z oczekiwaniem zamawiającego w tym zakresie (zamawiający wymagał przedstawienia w Formularzu oferty – w pkt. 3.9. – 3 modeli telefonów komórkowych dla każdej z trzech kategorii telefonów, zastrzegając dla siebie wybór z jednego z trzech modeli w każdej kategorii).

Skład orzekający Izby za nietrafny, w kontekście ustalenie sposobu rozumienia spornego wymogu, uznał argument zamawiającego w zakresie zamkniętego katalogu akcesoriów producenta wymaganych przez zamawiającego, ponieważ nie sposób doszukać się w SIWZ zakazu oferowania urządzeń / akcesoriów dodatkowych oraz z tego względu, iż zamawiający nie przewidział w opracowanych przez siebie wzorach dokumentów wskazania takich dodatkowych elementów, ograniczając swoje oczekiwanie, w pkt. 3.9. Formularza oferty, do podania producenta i modelu dla każdego z trzech modeli w trzech kategoriach. Jak wskazywał odwołujący na rozprawie, ów katalog winien był odczytywany wyłącznie jako obowiązkowy katalog minimalny.

Za wiarygodne uznał skład orzekający Izby wyjaśnienia zamawiającego w zakresie sposobu sformułowania wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w którym zamawiający oczekiwał od odwołującego podania sposobu spełnienia spornego wymogu (co zawierało założenie, że możliwy jest więcej niż jeden sposób), ponieważ zamawiający wskazał, że pamięć zewnętrzna telefonu (bez naruszania bryły telefonu, bez akcesoriów) – może być obsługiwana bądź przez slot w telefonie, w którym umieszcza się zewnętrzną kartę pamięci, bądź przez standard Hybrid dual system, w przypadku którego istnieje możliwość jednoczesnego umieszczenia jednej karty SIM i jednej karty pamięci.

Odnosząc się do złożonej przez odwołującego opinii, skład orzekający Izby wskazuje, że została ona oceniona jako stanowisko własne odwołującego. Skład orzekający Izby wskazuje przy tym na oczywistą omyłkę, jaka wkradła się na str. 4 w zdaniu: „*Analizę przeprowadzono pod kątem zgodności oferty Zamawiającego we wskazanym przez niego zakresie, złożonej w wyżej wymienionym postępowaniu, z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ)*” – oczywistym bowiem jest, że to nie zamawiający składa ofertę w prowadzonym przez siebie postępowaniu.

Zauważyć należy, że nie wszystkie okoliczności, na potwierdzenie których opinia została złożona były sporne. Nie było bowiem sporne to, że zaoferowany przez odwołującego telefon Nokia 9 Pureview obsługuje funkcjonalność USB OTG (potwierdził to zamawiający na rozprawie – str. 7 Protokołu posiedzenia i rozprawy), ale to, czy rozwiązanie takie spełnia sporne wymagania.

Odnosząc się do pozostałych pytań/odpowiedzi z opinii:

- opinia potwierdza brak ścisłej definicji pojęcia „pamięć zewnętrzna” („*Pojęcie pamięci zewnętrznej nie posiada ścisłej definicji.*” – str. 4), co uzasadnia sięgnięcie do sposobu rozumienia tego pojęcia przez rynek, o czym była już mowa,
- opinia wskazuje dwa rodzaje pamięci zewnętrznej, tj. karty pamięci umieszczane w slotach znajdujących się w bryle telefonu oraz inne nośniki umieszczane w zewnętrznym czytniku za pośrednictwem standardowego złącza USC – urządzenie (telefon) musi obsługiwać tryb hosta USB – OTG („*Oprócz wbudowania w telefon czytnika kart pamięci np. w formie slotu, istnieje także możliwość podłączenia różnych nośników, w tym kart pamięci umieszczonych w odpowiednim, zewnętrznym czytniku, za pośrednictwem standardowego złącza USP. W telefonach są to obecnie najczęściej złącza typu micro USC lub USB-C. Warunkiem koniecznym jest obsługa przez urządzenie trybu hosta USB określanego też skrótem OTG (On-The_Go)*” – str. 5); kwestia ta także nie była sporna,
- informacje dotyczące wariantów kart SD i ich parametrów (str. 5-6), co nie wносиło nic w zakresie kwestii spornych (spór nie dotyczył samych kart SD),
- opinia pominęła, że oczekiwanie zamawiającego co do sposobu podłączenia kart wynikało z opisu cech telefonu – urządzenia jako takiego o konkretnej, zamkniętej bryle, w konsekwencji błędnie odczytując sporny wymóg jako taki, który dopuszcza podłączenie karty pamięci micro SD do telefonu z naruszeniem bryły tegoż telefonu.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp – zaoferowany telefon Nokia 9 Pureview nie posiada pamięci zewnętrznej co najmniej

micro SD jak wymagał zamawiający w pkt. 5 załącznika 2 do SIWZ.

Zarzut unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo iż w postępowaniu złożona została oferta niepodlegająca odrzuceniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Art. 93 ust. 1 pkt 1) brzmi: „*Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (...)*”

Zarzut został postawiony w konsekwencji zarzutu odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Wobec uznania przez skład orzekający Izby, że zarzut odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp nie potwierdził, skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Zamawiający, nie dysponując żadną, niepodlegającą odrzuceniu ofertą zobowiązany był unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, co uczynił. Przepisanie zamawiający w takich okolicznościach naruszenia wskazanego przepisu nie może się ostać.

Biorąc pod uwagę, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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