

Sygn. akt: KIO 799/19

WYROK

z dnia 14 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o.** z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Fabrycznej nr 13 lok. 1 (65-410 Zielona Góra) w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Intercity S.A.** z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 142A (02-305 Warszawa)

przy udziale wykonawcy – **S&T Poland Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 21 D (02-676 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o.** z siedzibą w Zielonej Górze i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., 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:

U z a s a d n i e n i e

PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn. *Dostawa terminali i drukarek mobilnych wraz z akcesoriami*, (nr postępowania 07/09/IT/2018), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2018 r., pod numerem 2018/S 239-546865.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze zwany dalej: „odwołującym” w dniu 29 kwietnia 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 Pzp w związku z prowadzeniem postępowania z naruszeniem zasady równości wykonawców i zasady uczciwej konkurencji;
- 2) art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp ponieważ nie wykluczył wykonawcy S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwanego dalej: „przystępującym” pomimo tego, iż wykonawca ten przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd - co do spełnienia wymagań wobec terminala mobilnego - i mogące mieć istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje;
- 3) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty odwołującego;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez:
 - a) niezasadne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż jest ona zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” oraz
 - b) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego pomimo iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ;
- 5) art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp ponieważ zamawiający nie odrzucił oferty przystępującego, który to wykonawca winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp;
- 6) art. 92 ust 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 30 ust 5 Pzp poprzez zaniechanie wskazania dlaczego nie uznał oferty odwołującego za równoważną pomimo tego, iż jest ona zgodna z postawionymi wymaganiami.

Mając na uwadze postawione zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania

i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty;
- dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty;
- odrzucenia oferty przystępującego;
- dokonania wyboru jego oferty.

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania odwołujący podniósł, iż jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, którego oferta została odrzucona. Naruszenie przepisów Pzp ma według niego bezpośredni wpływ na udzielenie zamówienia, a zatem (o ile Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziłaby postawione zarzuty) odwołanie - zgodnie z dyspozycją wynikającą z art. 192 ust. 2 Pzp - winno być uwzględnione. W przypadku dokonania czynności zgodnie z postanowieniami Pzp jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Ponadto wskazał, że poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, a szkoda będzie polegała na tym, iż pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w postępowaniu nie uzyska zamówienia, gdyż jego oferta została niezasadnie odrzucona a jednocześnie zaniechano odrzucenia oferty konkurencyjnej złożonej przez przystępującego.

W zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia jego oferty odwołujący wskazał, iż istota problemu w tej kwestii sprowadza się do tego, czy urządzenie zaoferowane przez niego jest zgodne ze standardem FF. Według niego zamawiający wymagał, aby urządzenie *posiadało co najmniej dwa gniazda modułu SAM o rozmiarze 2FF (standard)*. Odesłanie do standardu FF wyklucza m. in. standardy MFF2 i UICC, czyli karty montowane bezpośrednio na płytce drukowanej. W tych okolicznościach w ocenie odwołującego niezwykle istotne jest użyte przez zamawiającego wskazanie, iż określa standard - co wyraźnie jest zaznaczone w opisie wymagań (*gniazda modułu SAM o rozmiarze 2FF (standard)*). Zdaniem odwołującego jedynym standardem o jakim można mówić w kontekście tego typu kart jest norma ISO/IEC 7816, która nie opisuje rozmiarów kart i skupia się na chipach, które są w nich (tj. w kartach) zawarte. Urządzenie zaoferowane jest zgodne z ISO/IEC 7816 - okoliczność ta nie jest sporna. W konsekwencji, za zgodne z SIWZ należy uznać urządzenie z dwoma gniazdami, które obsługują karty w standardzie opisanym ww. normą.

Następnie odwołujący podniósł, że z treści pisma zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2018r. (informacja o odrzuceniu oferty) wynika, iż zamawiający nie ma zastrzeżeń co do funkcjonalności kart i obsługujących je gniazd. Zamawiający koncentruje się analizie różnic w wielkościach kart 2FF. 3FF etc. i wywodzi, iż posiadanie slotu wielkości 2FF umożliwia korzystanie z karty 3FF oraz 4FF.

Ponadto z argumentacji zamawiającego wynikałoby, iż akceptuje on co do samej zasady zaoferowanie modułu innego niż umożliwiający zamontowanie karty innej niż 2FF ale

musiałaby to być moduł większy (tj. większy niż 2FF). Zastrzeżenia takiego nie ma w SIWZ - jest jedynie wymaganie standardu FF. Innymi słowy w ocenie odwołującego rozwiązaniem równoważnym dla zamawiającego było zaoferowanie karty. Przypomniał przy tym, iż pierwotnie karta SIM miała wielkość karty kredytowej - czyli miała rozmiar 85mmx54mm - i co za tym idzie takiej też wielkości musiały być sloty (gniazda) - karty tej wielkości były stosowane w latach 80-ych XX wieku. Następnie, postęp miniaturyzacji urządzeń doprowadził do tego, że zaczęto stosować karty mini, mikro i nano SIM (rozmiary to: 25 x 15 mm dla mini-SIM czyli 2FF, 15 x 12 mm dla mikro-SIM czyli 3FF; 12,3 x 8,8 mm dla nano-SIM czyli 4FF). W konsekwencji przyjęcie argumentacji zamawiającego oznaczałoby preferowanie starszej technologii terminala - bowiem praktyczną zależność jest taka, że im nowsze urządzenie tym mniejsza karta SIM i gniazdo (slot) który je obsługuje. W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to także odrzucenie oferty odwołującego, która jest dwukrotnie tańsza od jedynej nieodrzuconej oferty złożonej przez przystępującego.

Następnie odwołujący wyjaśnił, że trudno dyskutować z zamawiającym, który stwierdził, iż wymiary kart są parametrem fizycznym i są różne, jednak nie ma racji zamawiający twierdząc, że skoro wymiar gniazd w zaoferowanym urządzeniu są mniejsze niż te wskazane w SIWZ to nie jest to rozwiązanie równoważne. Rozwiązanie równoważne z definicji jest inne co do rozwiązania opisywanego w SIWZ. Skoro jednak poza sporem jest to, że parametry techniczne (poza wielkością) są takie same zarówno w przypadku kart 2FF jak i 3FF i co za tym idzie takie same są parametry techniczne gniazd obsługujących te karty to są to rozwiązania równoważne. Jedynym warunkiem postawionym w zakresie równoważności było zachowanie standardu FF i warunek ten jest spełniony, gdyż zaoferowany terminal posiada dwa gniazda modułu SAM, gniazda te są przeznaczone wyłącznie do obsługi kart, i obsługują kartę SAM 2FF.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty przystępującego odwołujący wskazał, że dostępne na stronach producenta terminala zaoferowanego przez przystępującego materiały (karty katalogowe, cenniki, biuletyny marketingowe) wskazują na dwie niezgodności oferty przystępującego z SIWZ:

- a) brak wyposażenia zaoferowanego urządzenia w moduły SAM. Zaoferowany produkt o symbolu TC77HL-5ME24BG-A6 zgodnie z informacjami dostępnymi na stronach producenta oraz w katalogach oficjalnych dystrybutorów jest wyposażony jedynie w 2 moduły SIM (nie posiadają funkcjonalność modułów SAM) oraz 1 moduł Micro SD;
- b) produkt nie był dostępny na rynku co najmniej 6 miesięcy przed terminem składania ofert. Zaoferowany przez przystępującego model TC77 (konfiguracja TC77HL-5ME24BG- A6) jest tam wskazany jako dostępny do zamawiania od 15 października 2018 roku (w oryginale „October 15th, 2018”, tłumaczenie z języka angielskiego) tj. 4 miesiące i 25 dni przed terminem składania ofert. Dodatkowo wskazuje w karcie katalogowej terminala

TC72 / TC77, że urządzenie wyposażone w dwa gniazda SAM (wymagane przez Zamawiającego) będzie dostępne dopiero w drugim kwartale 2019 roku, a więc no upływie terminu składania ofert.

Zdaniem odwołującego przystępujący zaoferował produkt, który nie dość, że nie był dostępny na rynku na 6 miesięcy przed terminem składania ofert to *de facto* nie był dostępny nawet w dniu składania ofert. Fakt ten wymusił na przystępującym wskazanie w ofercie numeru katalogowego istniejącego urządzenia, które jednak nie jest wyposażone w moduły SAM, gdyż właściwy numer katalogowy nie został jeszcze podany do informacji publicznej przez producenta. W tym przypadku nawet jeśli uznać, iż przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd to i tak jego oferta musi być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 13 maja 2019 r., zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, podając uzasadnienie faktyczne i prawne dla swojego wniosku.

Podobnie przystępujący na posiedzeniu złożył swoje pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania, także podając uzasadnienie faktyczne i prawne dla swojego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania, ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcę S&T Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, nadesłanej do akt sprawy w dniu 6 maja 2019 r. przez zamawiającego, uzupełnionej na rozprawie przez dokumenty złożone w postaci papierowej, w tym w szczególności z treści:
 - SIWZ;
 - odpowiedzi na pytania od 12 do 15 do treści SIWZ udzielone przez zamawiającego dnia 14 lutego 2019 r.;
 - oferty odwołującego – złożonej na rozprawie w postaci papierowej, potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika zamawiającego;
 - oferty przystępującego – złożonej na rozprawie w postaci papierowej, potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika zamawiającego;
 - pisma z dnia 18 kwietnia 2019 r. stanowiącego informację o odrzuceniu oferty m. in. odwołującego;
- 2) złożonych przez odwołującego na rozprawie:
 - wydruku z dnia 13 maja 2019 r. artykułu z portalu Wikipedia dotyczącego hasła pt. *Bezpieczny moduł dostępu* w wersji językowej angielskiej i polskiej;
 - dokumentu z dnia 27 grudnia 2018 r. stanowiącego opracowanie pt. *Wprowadzenie Produktu Marketing Biuletyn – PMB-10103*, dotyczącego ogłoszenia dostępności urządzeń TC57 i TC77 producenta Zebra w wersji językowej angielskiej i polskiej;
 - deklaracji zgodności ze znakiem CE z dnia 16 października 2018 r. dla urządzenia TC77HL w wersji językowej angielskiej i polskiej;
 - wydruku wiadomości e-mail z dnia 10 maja 2019 r. wraz załącznikiem do niej;
- 3) złożonych przez zamawiającego na rozprawie:
 - pisma z dnia 6 maja 2019 r. nr PBS-073-020/2019 podpisanego przez dyrektora Biura Informatycznych Systemów Sprzedaży przewoźnika „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o.;
 - pisma z dnia 6 maja 2019 r. nr MHT-722-4-2019 podpisanego przez dyrektora Biura Handlowego przewoźnika „Koleje Mazowieckie - KM” Sp. z o.o.;
 - pisma z dnia 9 maja 2019 r. nr ŁKA.TIT.235.2.2019 TIT 655/2019 podpisanego przez naczelnika Wydziału Teleinformatyki przewoźnika „Łódzka Kolej Aglomeracyjna” Sp. z o.o.;
 - pisma z dnia 6 maja 2019 r. nr KD/HT/17/03/2019 podpisanego przez informatyka z Departamentu Informatyki przewoźnika Koleje Dolnośląskie S.A.;
 - pisma z dnia 8 maja 2019 r. podpisanego przez dyrektora Biura Handlowego przewoźnika Koleje Małopolskie Sp. z o.o.;
 - pisma z dnia 8 maja 2019 r. nr SKMSI.073.3.2.19 podpisanego przez prezesa zarządu przewoźnika PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o.;
- 4) złożonych przez zamawiającego na rozprawie:

- oświadczenia z dnia 15 lutego 2019 r. złożonego przez p. R. H. wskazanego jako VP & General Manager EMEA;
 - oświadczenia z dnia 8 maja 2019 r. złożonego przez p. S. P. dyrektora w Zebra Technologies Europe Limited z tłumaczeniem na język polski;
 - karty danych produktu dotyczących komputerów dotykowych serii TC72 i TC77;
- 5) okazania przez zamawiającego urządzenia (terminala mobilnego) złożonego przez przystępującego jako próbka w postępowaniu;
 - 6) okazania przez przystępującego płytki na której znajdują się porty dla karty SIM i SAM oraz urządzenia (terminala mobilnego) jaki zaoferował w postępowaniu;
 - 7) okazania przez odwołującego na komputerze przenośnym (laptopie) informacji wskazującej, że producent karty SAM wskazanej przykładowo przez przystępującego oferuje je także w formacie 3FF.

Izba ustaliła co następuje.

W wyniku odpowiedzi na pytania (przede wszystkim odpowiedzi na pytania od 12 do 16), które zostały opublikowane w dniu 14 lutego 2019 r. zamawiający ustalił treść jednego z wymogów opisanych w załączniku nr 7 do SIWZ w zakresie parametrów modułu komunikacji bezprzewodowej dla terminala mobilnego w sposób następujący:

Wbudowany w urządzenie i zintegrowany z urządzeniem moduł czytnika NFC i RFID, posiadający co najmniej dwa gniazda modułu SAM w rozmiarze 2FF (standard) dedykowane wyłącznie do obsługi tych kart.

W przypadku zewnętrznego czytnika instalowany bez konieczności użycia narzędzi, mocowany na zatrzask umożliwiający odpięcie od urządzenia.

Natomiast zgodnie z wymogiem zawartym w załączniku nr 7 do SIWZ pn. *Parametry techniczne terminala mobilnego i drukarki mobilnej* w ramach parametru dla terminala mobilnego oznaczonego jako dostępność w zamawiający określił następujący wymóg:

Urządzenia nie są prototypowe tj. są dostępne na rynku minimum 6 miesięcy przed datą składania ofert.

Odwołujący w załączonym do oferty wypełnionym załączniku nr 7 do SIWZ w części dotyczącej parametru terminala mobilnego oznaczonego jako modułu komunikacji bezprzewodowej (str. 2, wiersz ostatni) w kolumnie *Parametry zaproponowane przez Wykonawcę* podał: *liczba obsługiwanych modułów SAM: 2 o rozmiarze 3FF równoważne funkcjonalnie do 2FF.*

W związku z powyższym zamawiający w dniu 18 kwietnia 2019 r. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ.

Przystępujący w swojej ofercie zaoferował terminal mobilny typ TC77HL-5ME24BG-A6.

Treść przepisów:

- art. 7 Pzp - *1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. 1a. Zamawiający, w zakresie określonym w Porozumieniu Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i w innych umowach międzynarodowych, których stroną jest Unia Europejska, zapewnia wykonawcom z państw- -stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej. 2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*
- art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;*
- art. 30 ust. 5 Pzp - *Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego;*
- art. 87 ust. 1 Pzp - *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;*
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*
- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;*
- art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp - *Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i*

adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podobnie jak to zostało wskazane w odwołaniu Izba odniesie się do postawionych zarzutów w dwóch aspektach. W pierwszej kolejności odniesie się do zarzutów dotyczących odrzucenia oferty odwołującego, a następnie do zarzutów związanych z ofertą przystępującego.

Jeśli chodzi o zarzuty dotyczące odrzucenia oferty odwołującego Izba przyjęła za własne stanowisko zamawiającego i uznała, że wymóg odnoszący się do gniazd modułu SAM w rozmiarze 2FF był jasny i precyzyjny. Natomiast odwołujący prezentując swoją argumentację w tym zakresie dokonał zbyt daleko idącej interpretacji postanowień SWIZ. Odwołujący argumentował, że określenie *2FF (standard)* użyte w wymogu oznacza zgodność z normą ISO/IEC 7816. Izba nie podzieliła tego twierdzenia i uznała, że postawiony wymóg nie odnosił się do funkcjonalności, ale do rozmiaru gniazda modułu SAM. Zdaniem Izby zamawiający jednoznacznie przesądził tę kwestię udzielając w dniu 14 lutego 2019 r. odpowiedzi na pytanie nr 12. Treść tego pytania, która była także jednym z powodów modyfikacji SIWZ w ocenie Izby wiązała określenie standard z rozmiarem gniazda, podkreślając, że rozmiar ten jest standardowym rozmiarem kart (treść pytania – *Czy Zamawiający potwierdza, iż w związku z treścią zawartą w OPZ Rozdz. III dotyczącą wymagania co najmniej dwóch gniazd modułu SAM, terminal musi posiadać możliwość instalacji kart SAM w rozmiarze 2 FF (standard) tzn. terminal musi posiadać fizyczne sloty na karty SAM w rozmiarze 2 FF? **Rozmiar ten jest standardowym rozmiarem kart użytkowanym we wszystkich systemach kart miejskich w Polsce*** – pogrubienie własne Izby). W tym duchu została także udzielona odpowiedź na ww. pytanie (treść odpowiedzi: *Zamawiający potwierdza, że terminal musi posiadać możliwość instalacji kart SAM w rozmiarze 2 FF (standard) tzn. **terminal musi posiadać fizyczne sloty na karty SAM w rozmiarze 2 FF*** – pogrubienie własne Izby).

Natomiast jak wskazano w ustaleniach faktycznych odwołujący w załączonym do oferty wypełnionym załączniku nr 7 do SIWZ w części dotyczącej parametru terminala mobilnego oznaczonego jako modułu komunikacji bezprzewodowej (str. 2, wiersz ostatni) w kolumnie *Parametry zaproponowane przez Wykonawcę* podał: *liczba obsługiwanych modułów SAM: 2 o rozmiarze 3FF równoważne funkcjonalnie do 2FF*. Powyższe oznacza,

że treści oferty nie odpowiadała treści SIWZ, co skutkowało słusznym w ocenie Izby odrzuceniem oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła przyjmując argumentację przystępującego zawartą w jego stanowisku pisemnym, że w tym przypadku zamawiający nie mógł wezwać odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie rozmiaru gniazd modułu SAM, gdyż niezgodność oferty odwołującego z SIWZ w tym zakresie wynikała wprost z tej oferty i ewentualna zmiana jej treści doprowadziłaby do niedopuszczalnych na gruncie art. 87 ust. 1 Pzp negocjacji dotyczących złożonej przez odwołującego oferty. Tym samym Izba uznała, że z oferty odwołującego nie wynikała jakakolwiek nieścisłość czy wątpliwość, która dawałaby podstawę do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień. W związku z tym Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia w czynnościach zamawiającego naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Podobnie w czynnościach zamawiającego wobec oferty odwołującego Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 30 ust. 5 Pzp. Zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp dopuszczenie rozwiązań równoważnych przekłada się na obowiązek wykazania przez wykonawcę powołującego się na rozwiązania równoważne, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, co oznacza, że odwołujący wskazując rozwiązania równoważne już w treści wypełnionego załącznika nr 7 do SIWZ składanego wraz z ofertą powinien wykazać, że oferowany przez niego terminal spełnia wymagania określone w SIWZ. Natomiast odwołujący poprzestał na krótkim i gołosłownym stwierdzeniu, iż rozmiar 3FF przez niego zaproponowany jest funkcjonalnie równoważny do 2FF. Jak wskazano powyżej wymóg, koncentruje się na rozmiarze gniazda, a nie jego funkcjonalności, zatem nie można przyjąć, że rozmiar modułu SAM 3FF jest równoważny do rozmiaru 2FF, gdyż fizycznie jest to po prostu mniejsze gniazdo. W związku z tym zamawiający nie miał powodów wskazywania dlaczego nie uznał oferty odwołującego za równoważną ponieważ oferta odwołującego nie była zgodna z postawionymi wymaganiami SIWZ i nie można stwierdzić, że odwołujący zaoferował rozwiązanie równoważne do wymaganego przez zamawiającego.

Co do zarzutów dotyczących oferty przystępującego należy wskazać, iż obejmują one dwie kwestie. Po pierwsze brak zaoferowania przez przystępującego terminala wyposażonego w moduły SAM oraz zaoferowanie produktu, który nie był dostępny na rynku co najmniej 6 miesięcy przed terminem składania ofert.

Jeśli chodzi o brak zaoferowania przez przystępującego terminala wyposażonego w moduły SAM Izba ustaliła, że zgodnie z wymaganiem dotyczącym terminala mobilnego (załącznik nr 7 do SIWZ), w parametrze „moduł komunikacji bezprzewodowej” zamawiający dopuścił zewnętrzny czytnik (zgodnie z cytowaną powyżej treścią modyfikacji SIWZ z dnia 14

lutego 2019 r. w brzmieniu - *W przypadku zewnętrznego czytnika instalowany bez konieczności użycia narzędzi, mocowany na zatrzask umożliwiający odpięcie od urządzenia*). Powyższe jednoznacznie oznacza, iż zamawiający dopuścił urządzenia, które nie posiadają wbudowanego czytnika, lecz posiadają czytnik zewnętrzny, który będzie mógł być odpinany od urządzenia. W załączonym do oferty przystępującego załączniku nr 7 do SIWZ, przystępujący przy w kolumnie „parametry zaproponowane przez Wykonawcę” przy parametrze dotyczącym czytnika zewnętrznego zaznaczył „Instalowany bez użycia narzędzi: tak/nie” oraz przy opisie czytnika zewnętrznego zaznaczył: „tak/nie”. Dodatkowo należy stwierdzić, że przystępujący złożył w ramach próbki urządzenie posiadające zewnętrzny czytnik, który jest mocowany na zatrzask. Zamawiający miał zatem możliwość zbadania, że otrzyma produkt zgodny z treścią SIWZ.

Na rozprawie zamawiający okazał złożony przez przystępującego terminal w ramach próbki, a także przystępujący okazał terminal, który jak stwierdził został złożony jako próbka w postępowaniu. W wyniku okazania urządzenia przez przystępującego Izba stwierdziła, że zewnętrzny czytnik kart był dołączony do urządzenia, a ponadto na tym zewnętrznym czytniku znajdowała się nazwa producenta całego terminala. W związku tym zgodnie z informacjami wskazanymi w ofercie, przystępujący zaoferował czytnik zewnętrzny, spełniającym wymagania zamawiającego co oznacza, że oferta przystępującego w tym zakresie nie podlegała odrzuceniu, gdyż jej treść odpowiada treści SIWZ.

Odnosnie zarzutu zaoferowania przez przystępującego produktu, który nie był dostępny na rynku co najmniej 6 miesięcy przed terminem składania ofert należy wskazać, że zarówno odwołujący jak i przystępujący składali dowody na potwierdzenie swoich argumentów. Dodatkowo próbowali wykazywać, że dowody składane przez oponentów *de facto* potwierdzają ich twierdzenia.

Jako punkt wyjścia oraz kluczowe kwestie dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu Izba wzięła pod uwagę treść samego wymogu postawionego przez zamawiającego oraz zasadę rozkładu ciężaru dowodu. Odnosząc się do kwestii wymogu należy wskazać, że został on określony na dość dużym poziomie ogólności (*Urządzenia nie są prototypowe tj. są dostępne na rynku minimum 6 miesięcy przed datą składania ofert*). Zamawiający nie definiował na okoliczności tego postępowania znaczenia, określenia – dostępny oraz nie zawęził tego wymogu pod względem kryterium geograficznego czy też wskazywał, że okres dostępności przez 6 miesięcy miał dotyczyć rynku Unii Europejskiej. W związku z tym kierując się ugruntowaną w orzecznictwie Izby zasadą rozstrzygania wątpliwości, a w tym przypadku niejednoznaczności treści postanowień SIWZ na korzyść wykonawców należy przyjąć dość elastyczne – z punktu widzenia wykonawców – podejście do wypełnienia przedmiotowego wymogu.

Przechodząc do drugiej podstawy rozstrzygnięcia przyjętej przez Izbę w ramach przedmiotowej kwestii należy wskazać, iż stosownie do podstawowej zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 Pzp, ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, kto ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. W rozpoznawanej sprawie takim obowiązkiem dowodowym obciążony był odwołujący.

Odwołujący na poparcie twierdzeń dotyczących tej grupy zarzutów złożył m. in. dokument z dnia 27 grudnia 2018 r. stanowiący opracowanie pt. *Wprowadzenie Produktu Marketing Biuletyn – PMB-10103*, dotyczący ogłoszenia dostępności urządzeń TC57 i TC77 producenta Zebra. Z tego dokumentu odwołujący wywodził, że urządzenie TC77 zostało dopiero w dniu 27 września 2018r. zapowiedziane do sprzedaży. Natomiast nawet gdyby zostało wprowadzone tego dnia na rynek, to i tak byłoby prototypowe wg. wymogów postawionych przez zamawiającego. W zakresie tego dokumentu zwrócił uwagę przede wszystkim na postanowienia wskazane na str. 1 oraz 8 tego dokumentu. Podniósł przy tym, że ze str. 8 przedmiotowego dokumentu wynika, że urządzenie TC77 miało zostać wprowadzone na rynek polski w dniu 17 grudnia 2018r. Niemniej zdaniem Izby zamawiający słusznie zwrócił uwagę, że ze str. 7 i 8 tego dokumentu wynika, że dla Wielkiej Brytanii oraz Wietnamu model TC77 był planowany do pierwszej wysyłki od 4 września 2018r., co oznacza, że nie mógłby zostać uznany za prototyp w rozumieniu założeń dokumentacji przetargowej. Ponadto daty wskazane w przedmiotowym dokumencie określają terminy przewidywane, a nie rzeczywiste, a w uwagach końcowych na ostatniej stronie dokumentu podana została informacja wskazująca na niewiążący charakter zawartych tam informacji. W związku z tym Izba nie wzięła pod uwagę twierdzeń odwołującego opartych na tym dokumencie.

Kolejny dokument złożony przez odwołującego tj. deklaracja zgodności ze znakiem CE z dnia 16 października 2018 r. dla urządzenia TC77HL także w ocenie Izby nie potwierdziła postawionego zarzutu. Odwołujący wykazywał za jego pomocą, iż dopiero w dniu 16 października 2018r. producent oznaczył urządzenie znakiem „CE”, co oznacza *de facto*, że dopiero wtedy dopuścił je do obrotu m.in. w Polsce. Wymóg dotyczący oznakowania znakiem CE został wskazany w ramach parametru *Dopuszczenia i certyfikacja* tj. w innym miejscu niż cytowany parametr odnoszący się do dostępności na rynku. Wymagania minimalne w ramach parametru *Dopuszczenia i certyfikacja* zostały podane w sposób następujący – *Urządzenie dopuszczone do sprzedaży i użytkowania na terenie Unii Europejskiej, oznakowane znakiem CE (Conformité Européenne), posiadające wszelkie niezbędne certyfikaty, m. in. dla modułów komunikacyjnych, wbudowanych urządzeń laserowych i innych elementów wymagających, umożliwiające zgodne z prawem użytkowanie urządzenia na terenie Unii Europejskiej.* Złożony dowód potwierdza oznakowanie znakiem CE urządzenia, a ponadto odwołujący nie formułował zarzutu zakresie

spełnienia przez zaoferowane przez przystępującego urządzenie parametru *Dopuszczenia i certyfikacja*, co oznacza że Izba mając na uwadze treść art. 192 ust. 7 Pzp nie mogła rozstrzygnąć tej kwestii w przedmiotowym orzeczeniu.

W ostatnim ze złożonych dowodów w postaci korespondencji mailowej wraz z wydrukowanym do niej załącznikiem otrzymanej od producenta sprzętu zaoferowanego przez przystępującego, odwołujący zwrócił uwagę, że urządzenie dedykowane do sprzedaży w europejskiej strefie ekonomicznej powinno zawierać w swoim modelu w dwóch ostatnich znakach przedrostek „EA”. Natomiast przystępujący zaoferował model z przedrostkiem „A6”, który dot. urządzeń, które nie są dedykowane do sprzedaży w europejskiej strefie ekonomicznej. Potwierdzeniem tego stwierdzenia miał być w jego ocenie dowód nr 3 złożony przez przystępującego, z którego wynika, że zaoferowane urządzenie zgodne z przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w zakresie łączności bezprzewodowej miało być dostępne dopiero od I kwartału 2019r., co potwierdza przypis nr 3 na ostatniej stronie. Ponadto w dowodzie nr 3 przystępującego została opisana seria urządzeń oznaczonych TC 77 bez podania konkretnych modeli, natomiast jak wynika z omawianego dowodu duże znaczenie ma znak nr 5 i 6 w modelu oferowanego urządzenia, który dot. możliwości korzystania z sieci WAN (znak 5) oraz łączności bezprzewodowej (znak 6), które w modelu zaoferowanym przez przystępującego zostały oznaczone literami HL. W związku z tym odwołujący stwierdził, że z jego wcześniejszego dowodu wynika, że urządzenie TC 77 było dostępne w Wielkiej Brytanii i Wietnamie wcześniej, ale nie ma wiedzy, że model zaoferowany przez przystępującego z literami HL nie był prototypem w rozumieniu zamawiającego.

Ww. argumentacja odwołującego sprowadziła się w ocenie Izby do podnoszenia kwestii, które nie były formułowane w odwołaniu, a które podobnie jak wcześniejszy dowód odnosiły do parametru pn. *Dopuszczenia i certyfikacja*, co oznacza że Izba mając na uwadze treść art. 192 ust. 7 Pzp nie mogła rozstrzygnąć tej kwestii w przedmiotowym orzeczeniu. Natomiast konkluzja wskazana przez odwołującego przy omawianiu tego dowodu miała w uznaniu Izby co najwyżej charakter niepotwierdzonej wątpliwości, a nie udowodnionego twierdzenia przez co nie mogła być podstawą uwzględnienia zarzutu.

Tymczasem przystępujący poprzez złożone oświadczenia, które nie zostały zakwestionowane przez odwołującego uprawdopodobnił, że oferowane przez niego urządzenie było dostępne na rynku przez okres co najmniej 6 miesięcy przed datą składania ofert.

Reasumując Izba uznała, że mając na uwadze ogólną treść wymogu oraz zasadę rozkładu dowodu odwołujący nie udowodnił naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec czynności podjętych w

stosunku do oferty przystępującego przez co stanęła na stanowisku, iż przedmiotowe zarzuty należy oddalić.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: