Sygn. akt: KIO 2458/18

WYROK

z dnia 14 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 grudnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2018 r. przez **wykonawcę PERFECT P.M., B.T. spółka jawna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale **wykonawcy COVERTECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę PERFECT P.M., B.T. spółka jawna z siedzibą w Warszawie** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę PERFECT P.M., B.Tspółka jawna z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.Zasądza od **wykonawcy PERFECT P.M., B.Tspółka jawna z siedzibą w Warszawie** na rzecz **wnoszącego sprzeciw wykonawcy COVERTECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu.**

Przewodniczący:……...

Sygn. akt KIO 2458/18

Uzasadnienie

Zamawiający – 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą we Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę radiotelefonów przenośnych UKF, radiotelefonów stacjonarnych UKF, zestawów do programowania przenośnych i stacjonarnych radiotelefonów UKF oraz akumulatorów do radiotelefonów Motorola GP-340 (nr ref.: INF/877/2018)* Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 15 października 2018 r. za numerem 636421-N-2018. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 z późn. zm. zwanej dalej „ustawą pzp").

W dniu 28 listopada 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca PERFECT P.M., B.T.spółka jawna z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy COVERTECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - dalej COVERTECH i zaniechaniu odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy COVERTECH, jako najkorzystniejszej w okolicznościach, które uzasadniały odrzucenie tej oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ, której przedmiotem była dostawa radiotelefonu firmy Excera, który nie spełniał warunków równoważności, określonych w SIWZ w zakresie pełnej kompatybilności z radiotelefonami Motorola serii DP 4600e oraz serii DM 4600e,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COVERTECH, jako niezgodnej z treścią SIWZ, której przedmiotem była dostawa radiotelefonu firmy Excera, który nie spełniał warunków równoważności, określonych w SIWZ w zakresie pełnej kompatybilności z radiotelefonami Motorola serii DP 4600e oraz serii DM 4600e.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru wykonawcy COVERTECH,
2) ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,

a także wniósł o przyznanie Odwołującemu się kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów

zastępstwa procesowego.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podniósł, że zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający wskazał m.in., że: przedmiotem zamówienia jest zakup radiotelefonów przenośnych UKF z szyfrowaniem 256 bitów, radiotelefonu stacjonarnego UKF z szyfrowaniem 256 bitów, zestawów do programowania radiotelefonów przenośnych i stacjonarnych UKF oraz akumulatorów do radiotelefonów Motorola GP-340,radiotelefony przenośne muszą być w pełni kompatybilne z radiotelefonami Motorola serii DP 4600e (pkt 11.5), radiotelefony stacjonarne muszą być w pełni kompatybilne z radiotelefonami Motorola serii DM 4600e (pkt 11.6). Dodatkowo Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp - w odpowiedzi na pytanie wykonawcy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia - w dniu 24 października 2018 r. sprecyzował znaczenie tzw. pełnej kompatybilności, wskazując, że wymaga, aby oferowane radiotelefony były w pełni kompatybilne z eksploatowanymi już przez Zamawiającego radiotelefonami Motorola DP46G0e i DM4600e we wszystkich trybach pracy, tj. transmisji audio, przesyłania wiadomości tekstowych, szyfrowania w trybie analogowym oraz w trybie szyfrowania cyfrowego w pełnym zakresie tzn. w trybie podstawowym, rozszerzonym oraz w trybie kluczy AES256. Jednocześnie Zamawiający przedłużył termin do składania ofert w postępowaniu do dnia 29 października 2018 r. (pierwotnie termin składania ofert w przetargu wyznaczony był na dzień 25 października 2018 r.). Tymczasem COVERTECH, składając ofertę w przetargu na formularzu ofertowym opatrzonym datą 25 października 2018 r., zaoferował dostawę radiotelefonów firmy Excera, które nie spełniają wymagań pełnej kompatybilności w znaczeniu szczegółowo określonym przez Zamawiającego w dniu 24 października 2018 r. Szczegółowa ocena w przedmiocie kompatybilności tzn. możliwości współpracy w trybie szyfrowanym radiotelefonów cyfrowych DMR firmy Motorola oraz firmy Excera (radiotelefony: Motorola DP4600e i Motorola DM4600e/radiotelefony Excera EP8000) - zwana dalej Oceną, została sporządzona przez Odwołującego się w oparciu o oficjalne dokumenty techniczne firmy Motorola, w tym MOTOTRBO System Planner (System Release 2.9 MOTOTRBO™ IP Site Conne and Capacity Plus) i stanowi załącznik do odwołania.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że: jakkolwiek Ocena przedstawia inny model radiotelefonu Excera (EP8000) aniżeli oferowany przez Konkurenta (EP 8100), to jednak różnica pomiędzy tymi modelami sprowadza się do tego, że EP8000 różni się od EP8100 liczbą kanałów, brakiem uproszczonej klawiatury i brakiem wyświetlacza, a zatem taka różnica jest irrelewantna w aspekcie oceny możliwości współpracy w zakresie szyfrowania, albowiem szyfrowanie działa identycznie w całej rodzinie radiotelefonów danego producenta. W konsekwencji stwierdzenie braku kompatybilności radia EP8000 jest jednoznaczne z taką samą oceną w przypadku modelu; w trybie szyfrowania podstawowego (Basic Privacy) w radiotelefonach Motorola możliwy jest wybór jednego z 255 predefiniowanych kluczy 16 bitowych, gdzie wybierana przez użytkownika liczba nie jest wartością klucza, a wartością jego indeksu. Ani użytkownik, ani osoba programująca radiotelefon, nie ma możliwości wglądu w wartość klucza, nie może go też edytować. Ten system kodowania nie jest objęty standardem DMR, a algorytm jego działania jest własnością intelektualną firmy Motorola Solutions. W swoich dokumentach technicznych Motorola informuje wprost o braku kompatybilności tego rozwiązania z jakimkolwiek innym producentem sprzętu radiokomunikacyjnego.

Niezgodność w zakresie pełnej kompatybilności oferowanego przez Konkurenta radiotelefonu firmy Excera w zakresie szyfrowania w trybie podstawowym potwierdza również „Instrukcja programowania radiotelefonów Excera" - zwana dalej Instrukcją, opublikowana przez samego Konkurenta. Na stronie Instrukcji, oznaczonej numerem 31, Konkurent, przedstawiając widok zakładki Szyfrowanie (Encrypt) oprogramowania do konfiguracji radiotelefonów Excera, mylne podaje rodzaje zapewnianych przez radiotelefon rodzajów szyfrowania. W Instrukcji przewidziana jest możliwość wyboru kluczy szyfrujących o czterech długościach: 10znaków, 16znaków, 32znaki i 64znaki. Klucze te widoczne w tabelce „Key List” nazywane są: „Basic" - klucz o długości 10 znaków, czyli 40bitowy, „ARC" - klucz o długości 16 znaków, czyli 64bitowy, „DES" - klucz o długości 32 znaków, czyli 128bitowy, „AES" - klucz o długości 64 znaków, czyli 256bitowy. Pod widokiem zakładki Szyfrowanie autor Instrukcji umieścił następujące opisy odnoszące się do długości klucza szyfrującego: 10 Characters - 10 znaków - szyfrowanie Basic 16 bit, 16 Characters - 16 znaków - szyfrowanie ARC4 40 bit (standard DMR), 32 Characters - 32 znaki - szyfrowanie AES 128 bit, 64 Characters - 64 znaki - szyfrowanie AES 256 bit. Odwołujący się zwrócił uwagę, że pierwsze dwa wersy tego zapisu prezentują (nieprawdziwe) informacje, albowiem szyfrowanie o długości klucza 10 znaków (wers pierwszy) nie jest szyfrowaniem 16bitowym lecz 40bitowym. Taki zapis zachowuje pozór szyfrowania „Basic Privacy" firmy Motorola, a w rzeczywistości jest szyfrowaniem ARC4 (Enhanced Privacy) o sile 40bitów. Z kolei wers drugi tego zapisu to szyfrowane kluczami o długości 16znaków i sile 64bitów - nie ma swojego odpowiednika w radiach firmy Motorola. Nigdzie w zakładce szyfrowanie nie ma mowy o narzędziu umożliwiającym wybór jednego z 255 predefiniowanych kluczy 16bitowych wymaganych do zestawienia połączenia z radiotelefonami firmy Motorola, pracującymi w trybie szyfrowania podstawowego (Basic Privacy). Co więcej,

radiotelefony Excera nie oferują w ogóle możliwości szyfrowania kluczami o długości 16bitów, co jest warunkiem szyfrowania w trybie szyfrowania podstawowego.

Odwołujący się zwrócił również uwagę, że odpowiedzi lub wyjaśnienia udzielone w toku Przetargu przez Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy pzp należy uznać za wiążące wszystkich wykonawców, biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na równi z postanowieniami SIWZ. Powołał się na wyrok KIO z dnia 25 maja 2015 r., sygn. akt KIO 978/15.

Odwołujący podniósł, że opisany wyżej rodzaj niezgodności oferty Konkurenta z treścią SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, a w konsekwencji nie znajduje w omawianym przypadku zastosowania możliwość wszczęcia postępowania konwalidacyjnego w trybie wyjaśnienia (art. 87 ust. 1 ustawy pzp) lub w trybie korekty oferty (art. 87 ust. 2 ustawy pzp). W konsekwencji zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konkurenta na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, doszło do naruszenia przepisu art. 91 § 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na brak spełnienia wymagań SIWZ, a tym samym oferta Konkurenta nie jest ofertą najkorzystniejszą w Przetargu.

W dniu 10 grudnia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca COVERTECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Na rozprawie, jak również w złożonym piśmie procesowym przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę COVERTECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. W związku z powyższym wykonawca COVERTECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie stał się uczestnikiem postępowania po stronie Zamawiającego. Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o niedopuszczenie zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym z przyczyn formalnych. Odwołujący podniósł, iż nie otrzymał kopii przystąpienia. Izba ustaliła, że zgłaszający przystąpienie w dniu 3 grudnia 2018 r. przekazał kopię przystąpienia na adres e-mail wskazany przez Odwołującego w preambule odwołania w miejscu oznaczenia Stron postępowania. Okoliczność, iż podany adres e-mail zawierał omyłkę pisarską - brakowało jednej litery, obciąża Odwołującego i nie może w ocenie Izby rodzić negatywnych konsekwencji dla zgłaszającego przystąpienie. Okoliczność, iż w stopce złożonego odwołania Odwołujący podał prawidłowy adres e-mail jest irrelewantna i dowodzi jedynie, że Odwołujący podał w odwołaniu sprzeczne informacje. Odwołujący argumentował, iż wykonawca COVERTECH nie dołożył należytej staranności i nie upewnił się, że podany adres e-mail jest prawidłowy. Wskazał również, że zgłaszający przystąpienie powinien był otrzymać wiadomość zwrotną, że e-mail nie dotarł do adresata. Podkreślenia wymaga, że to na Odwołującym spoczywa obowiązek dochowania należytej staranności, przy formułowaniu treści odwołania. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań: *Odwołanie zawiera: 1) imię i nazwisko lub nazwę (firmę), miejsce zamieszkania lub siedzibę, numer telefonu lub faksu oraz adres poczty elektronicznej odwołującego oraz imię i nazwisko przedstawiciela (przedstawicieli).* Co więcej, wiadomość e-mail złożona przez Odwołującego, jako przykład informacji zwrotnej o niemożliwości dostarczenia do adresata została wygenerowana dzień po złożeniu odwołania, czyli w dniu 29 listopada 2018 r., a zatem Odwołujący miał świadomość popełnionej omyłki, którą mógł sprostować na długo przed otwarciem posiedzenia w niniejszej sprawie.

Przystępujący na posiedzeniu wniósł sprzeciw do protokołu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, dlatego też zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy pzp Izba rozpoznała odwołanie.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone

przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z treścią SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający nie żądał złożenia przez wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp).

W załączniku nr 5 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający wskazał m.in.:

- Przedmiotem zamówienia jest zakup radiotelefonów przenośnych UKF z szyfrowaniem 256 bitów i ukompletowaniem jak w pkt 7 niniejszego załącznika, radiotelefonu stacjonarnego UKF z szyfrowaniem 256 bitów i ukompletowaniem jak w pkt 7 niniejszego załącznika, zestawów do programowania radiotelefonów przenośnych i stacjonarnych UKF wymienionych w pozycjach 1 i 2 formularza ofertowego oraz akumulatorów do radiotelefonów Motorola GP-340.

- pkt 9. Wymagania funkcjonalne tiret 1 i 7: Radiotelefon z możliwością pracy w sieciach analogowych z modulacją FM i sieciach cyfrowych (DMR)Szyfrowanie przesłanych informacji w oparciu: - dla trybów cyfrowych – o algorytm AES-256 (długość klucza min. 128 bitów); - dla trybów analogowych – scrambling częstotliwości.

- pkt 11.5. Radiotelefony przenośne muszą być w pełni kompatybilne z radiotelefonami Motorola serii DP 4600e.

- pkt 11.6. Radiotelefony stacjonarne muszą być w pełni kompatybilne z radiotelefonami Motorola serii DM 4600e.

W wyjaśnieniach SIWZ z dnia 24 października 2018 r. w odpowiedzi na pytanie nr 4:*Załącznik nr 5 opis przedmiotu zamówienia, punkt 11, ppkt 11.5 i 11.6. Czy Zamawiający rozumie pod pojęciem kompatybilności z radiotelefonami Motorola DP4600e i DM4600e kompatybilność w zakresie transmisji audio, przesyłania wiadomości tekstowych, szyfrowania AES256 i szyfrowania analogowego? Kompatybilność ta została określona standardem DMR. Zamawiający zawarł już w opisie przedmiotu zamówienia wymóg, aby „Radiotelefon z możliwością pracy w sieciach analogowych z modulacją FM i sieciach cyfrowych (DMR).* Zamawiający odpowiedział: *Zamawiający wymaga, aby oferowane radiotelefony były w pełni kompatybilne z eksploatowanymi już przez Zamawiającego radiotelefonami Motorola DP4600e i DM4600e we wszystkich trybach pracy, tj. transmisji audio, przesyłania wiadomości tekstowych, szyfrowania w trybie analogowym oraz w trybie szyfrowania cyfrowego w pełnym zakresie tzn. w trybie podstawowym, rozszerzonym oraz w trybie kluczy AES256.*

W formularzu ofertowym Zamawiający określił przedmiot zamówienia: w pkt 1: *Radiotelefon przenośny UKF np. MOTOROLA DP 4600E lub produkt równoważny o parametrach nie gorszych od sugerowanego*, w pkt 2: *Radiotelefon stacjonarny UKF np. MOTOROLA DM 4600E lub produkt równoważny o parametrach nie gorszych od sugerowanego*w pkt 3: *Zestaw do programowania radiotelefonów przenośnych i stacjonarnych UKF oferowanych w pozycjach 1 i 2*, w pkt 4: *Akumulator do radiotelefonu Motorola GP-340 /HNN9008, PMNN4151/*Wykonawcy byli zobowiązani podać m.in.: *Nazwę handlową – producenta oraz oznaczenie (nazwa, numer itp.)*

Przystępujący zaoferował następujące radiotelefony: w pkt 1 formularza: *EXCERA EP8100*, w pkt 2 formularza: *EXCERA EM8100.*

Pismem z dnia 6 listopada 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp do wyjaśnienia: *Czy zaoferowane radiotelefony są kompatybilne z używanymi już przez Zamawiającego radiotelefonami Motorola DP4600e i DM4600e we wszystkich trybach pracy. tj.: transmisji audio, przesyłania wiadomości tekstowych, szyfrowania w trybie analogowym oraz w trybie szyfrowania cyfrowego w pełnym zakresie tzn. w trybie podstawowym (8 bitów), rozszerzonym ARC4 (40 bitów/10 znaków) oraz w trybie kluczy AES256 (256 bitów/64 znaki)?*

W dniu 8 listopada 2018 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał m.in.: *W zakresie kompatybilności z radiotelefonami DMR Motorola serii DP/DM4000 w wersji oprogramowania wyższej niż 2,0, to oferowane przez nas radiotelefony EXCERA są z nimi zgodne we wszystkich aspektach określonych standardem ETSI DMR oraz opisanym w załączniku nr 5 do SIWZ wymogami, łącznie z opisanymi w tym standardzie i załączniku algorytmami szyfrującymi zarówno w trybie analogowym jak i w trybie cyfrowym, o ile radiotelefony Motorola posiadają najnowsze wersję oprogramowania. […] Zaoferowane przez nas radiotelefony, oprócz wymaganego w SIWZ algorytmu AES 256 o długości klucza 128 bit, wyposażone są dodatkowo w algorytm AES 256 o długości klucza 256 bit, który nie był wymagany w SIWZ. […] Zwracamy uwagę, iż w SIWZ w pkt 9 załączniku nr 5 zostały opisane wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności dotyczące szyfrowania […]. Te wymogi oferowane przez nas radiotelefony spełniają, Standard ETSI DMR opisuje również algorytm ARC4, który również może być zaimplementowany w oferowanych przez nas radiotelefonach, chociaż w SIWZ nie było takiego wymogu i również jest kompatybilny z tym, który zaimplementowany jest w radiotelefonach Motorola. Dziwi nas zatem pytanie o kompatybilność z wymienionymi w piśmie trybami szyfrowania oprócz AES 256, ponieważ nie są one tożsame z tymi wymaganiami w SIWZ. Niemniej jednak informujemy, iż o ile*

Zamawiający określił dwa algorytmy w sposób umożliwiający ich identyfikację (ARC4 oraz AES), możemy odpowiedzieć twierdząco na pytanie, czy oferowane przez nas radiotelefony są kompatybilne w zakresie tych algorytmów z radiotelefonami Motorola o ile zostaną wyposażone w odpowiednie licencje. Zwracamy uwagę, że wszystkie radiotelefony wykonane zgodnie ze standardem ETSI DMR muszą ze sobą współpracować w zakresie tych algorytmów, ponieważ stanowią one część tego standardu. Jeżeli chodzi o opisane w pytaniu szyfrowanie w trybie cyfrowym nazwane „trybem podstawowym 8 bit" to nie jesteśmy w stanie odpowiedzieć na tak zadane pytanie, ponieważ Zamawiający nie opisał takiego rozwiązania nigdzie w SIWZ, nie jest to również nazwa dająca się zidentyfikować jak również nie jest to część standardu ETSI DMR. W pkt 9 załącznika nr 5 znajdują się wyłącznie wymagania dotyczące łatwo identyfikowalnego algorytmu AES. Treść pytań zadanych nam w piśmie wydaje się być niedozwoloną w pzp próbą modyfikacji treści SIWZ po terminie składania ofert. W związku z tym iż Zamawiający nigdzie nie opisał w/w „trybu podstawowego" w sposób zgodny z art. 29 ust 1,2 i 3 PZP, taki algorytm nie występuje jako część standardu ETSI DMR ani też nie zostały opisane ewentualne dla niego rozwiązania równoważne, nie widzimy podstaw do wymagania kompatybilności w tym zakresie. Treść wymagań techniczno-funkcjonalnych opisanych w załączniku nr 5 do SIWZ jednoznacznie określa zakres parametrów i funkcji jakich oczekuje Zamawiający. […] Ponadto Zamawiający w zadanych nam w piśmie pytaniach dodatkowo rozszerzył wymagania SIWZ o kolejne parametry których wcześniej w SIWZ nie było. Gdyby intencją Zamawiającego była zmiana SIWZ w takim zakresie, to byłaby to zmiana istotna, która determinuje konieczność zmiany treści załącznika nr 5 do SIWZ. […] Zwracamy uwagę, iż w SIWZ w pkt 9 załączniku nr 5 zostały opisane wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności dotyczące szyfrowania.

<u>Zarzut odwołania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp nie potwierdził się.</u>

W pierwszej kolejności wskazać należy, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a rozszerzanie zawartych w niej wymagań na etapie oceny ofert narusza zasady ustawy pzp. Specyfikacja wraz z opisem przedmiotu zamówienia i wzorem umowy precyzuje wzajemne prawa i obowiązki stron postępowania, umożliwia wykonawcom poznanie oczekiwań zamawiającego oraz weryfikację predyspozycji do należytego wykonania zamówienia. Wskazane zasady dotyczą również wyjaśnień treści specyfikacji oraz jej modyfikacji w trybie art. 38 ustawy pzp. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia udzielane przez zamawiającego w toku postępowania stanowią wykładnię postanowień specyfikacji i są wiążące zarówno dla zamawiającego jak i dla wykonawców.

W myśl art. 29 ust. 1-3 ustawy pzp: *1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. 3. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny".* Zamawiający jest zatem zobowiązany umożliwić składanie ofert prezentujących różnorodne rozwiązania techniczne a co za tym idzie branie pod uwagę ofert opartych na równoważnych ustaleniach (oferty równoważne).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.* Wskazania wymaga, iż niezgodność treści oferty z SIWZ to niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zasady tworzenia oferty i wymogi odnośnie jej treści. Niezgodność taka zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu jego wykonania ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Co istotne, Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty (tak też: Bazan Aneta, Prawo zamówień publicznych. Komentarz). *Należy mieć na względzie to, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ jest niewątpliwa. Mówiąc inaczej, nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której w rzeczywistości nie ma. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert*

wykonawców, aby w ramach przepisów Prawa zamówień publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, gdyż koresponduje to z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych. (tak też: Babiarz Stefan, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III).Wobec tego, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty za jej niezgodność z treścią SIWZ następuje, gdy zachodząca niezgodność jest jednoznaczna i niewątpliwa, przy czym nie może ona zostać konwalidowana poprzez złożenie przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp (nie stanowiących jednocześnie negocjacji treści oferty), czy jej poprawienie za zgodą w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Wyłącznie w przypadku nie budzącej wątpliwości niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w SIWZ Zamawiający będzie uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. O zgodności oferty z treścią SIWZ przesądza m.in. załączony do SIWZ przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp). Co istotne, również w odniesieniu do rozwiązania równoważnego zamawiający jest zobowiązany do określenia w SIWZ wymagań stawianych ofertom równoważnym, skoro oceny ofert może dokonywać wyłącznie na podstawie wymagań opisanych w SIWZ.

Przystępujący zaoferował rozwiązanie równoważne, zatem istotą sporu jest ustalenie, czy oferta złożona przez Przystępującego pozostaje niezgodna z postanowieniami SIWZ, co do spełnienia wymogu kompatybilności określonego w pkt 11.5 i 11.6 Opisu przedmiotu zamówienia oraz wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 24 października 2018 r., w zakresie podważanym przez Odwołującego, a dotyczącym szyfrowania w *trybie podstawowym*. W ocenie Izby na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć negatywnie z następujących przyczyn.

Odwołujący zarzucił, że radiotelefony Excera zaoferowane przez Przystępującego nie wykazują możliwości szyfrowania kluczami o długości 16bitów, co jest warunkiem szyfrowania w trybie szyfrowania podstawowego. Argumentację zawartą w odwołaniu, jak i przedstawioną na rozprawie Odwołujący oparł na rozumieniu pojęcia *tryb podstawowy* w znaczeniu nadanym przez firmę Motorola jako Basic Privacy - prywatność podstawowa. W ocenie Izby, postanowienia SIWZ nie uprawniają do twierdzenia, że Zamawiający wymagał celem spełnienia warunków kompatybilności oferowanych urządzeń możliwości szyfrowania kluczami o długości 16bitów. Wskazania wymaga, że wyjaśnienia treści SIWZ udzielone przez Zamawiającego w dniu 24 października 2018 r., zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, stanowią interpretację postanowień Specyfikacji i są wiążące tak dla Zamawiającego jak i dla wykonawców. Niemniej jednak, Zamawiający doprecyzowując warunki kompatybilności, o których mowa w pkt 11.5 i 11.6 załącznika nr 5 do SIWZ, po pierwsze nie uczynił tego w sposób precyzyjny, po drugie, nie zmienił opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym szyfrowania zawartego w pkt 9 tiret 1 i 7 załącznika nr 5 do SIWZ, czyli warunków równoważności. W obecnym brzmieniu wyjaśnienia oraz opis przedmiotu zamówienia pozostają ze sobą w oczywistej sprzeczności. W opisie Zamawiający wymagał bowiem szyfrowania DMR (objętego standardem zapewniającym współpracę urządzeń różnych producentów) w oparciu o algorytm AES 256 (długość klucza min. 128 bitów). Natomiast w wyjaśnieniach wskazał, że zaoferowane urządzenia muszą być kompatybilne z radiotelefonami Motorola m.in. *w trybie podstawowym, w trybie rozszerzonym*. Co jednak kluczowe w niniejszej sprawie, Zamawiający określając tryby szyfrowania nie odniósł się w wyjaśnieniach w żaden sposób do parametrów szyfrowania, które określiłyby warunki kompatybilności w sposób precyzyjny. Dopiero na etapie oceny ofert i wezwania Przystępującego do wyjaśnień, Zamawiający wskazał, co oznaczają poszczególne tryby: *w trybie podstawowym (8 bitów), rozszerzonym ARC4 (40 bitów/10 znaków).* Takich wymagań próżno szukać w treści udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień. Jednocześnie, co równie istotne, Odwołujący zarzucił, że oferowane przez Przystępującego radiotelefony nie posiadają możliwości szyfrowania podstawowego - 16 bitów, dlatego też nie będzie możliwa współpraca z urządzeniami Motoroli. Takiego zapisu również nie można odnaleźć w postanowieniach SIWZ. Powyższe potwierdza, że brak jest jednolitej interpretacji pojęcia *-tryb podstawowy*, a zatem wykładnia wymogu kompatybilności została przeprowadzona przez Zamawiającego nieprecyzyjnie i dopuściła różne rozumienie tego pojęcia. Nie można także uznać, że wymaganie dotyczące kompatybilności zostało sformułowane w SIWZ wystarczająco przez wskazanie nazwy urządzenia z jakim oferowany radiotelefon ma współdziałać. O kompatybilności urządzenia decyduje opisany przez zamawiającego zakres lub cechy tej współpracy lub wymagane funkcjonalności w treści SIWZ. Jak już zostało wskazane, Zamawiający nie określił, kiedy wymaganie kompatybilności w zakresie szyfrowania zostanie spełnione, bowiem nie wyjaśnił co rozumie pod pojęciem *tryb podstawowy*. Zamawiający nie podał parametrów funkcjonalnych trybu podstawowego szyfrowania, na podstawie których można byłoby ocenić czy radiotelefony zaoferowane przez Przystępującego spełniają wymóg kompatybilności.

Odwołujący oparł swoje twierdzenia na dokumentach technicznych urządzenia Motorola i przez pryzmat funkcjonalności właściwych temu urządzeniu przeprowadził własną interpretację udzielonych przez Zamawiającego w dniu 24 października 2018 r. wyjaśnień. Odwołujący wskazał bowiem, że szyfrowanie w trybie podstawowym stanowi własność intelektualną firmy Motorola i zgodnie ze specyfikacją techniczną radiotelefonu Motorola oznacza Basic Privacy - prywatność podstawową, czyli szyfrowanie z kluczami 16 bitowymi. Na tej podstawie Odwołujący przeprowadził ocenę możliwości współpracy urządzenia Excera i Motorola, której wynikiem było twierdzenie o niespełnieniu wymogu kompatybilności. W odniesieniu do złożonego na potwierdzenie dowodu wskazać należy, że *Ocena możliwości współpracy […]* stanowi interpretację własną Odwołującego i została oparta na dokumentach technicznych Excera EP8000, którego nie zaoferował Przystępujący oraz dokumentach technicznych firmy Motorola, a nie postanowieniach SIWZ. Odwołujący powoływał się również na Instrukcję urządzeń Excera oferowanych przez Przystępującego, wskazując, że wymienia ona szyfrowanie 16 bitów, jednak są to informacje nieprawdziwe. Do takich twierdzeń trudno się odnieść, gdyż Instrukcja urządzenia Excera oferowanego przez Przystępującego nie została Izbie przedłożona. Nie było również wymagania złożenia jej wraz z ofertą. Odnosząc się do pozostałych dowodów zaznaczenia wymaga, że opierają się one na twierdzeniu, że możliwym jest wykazywanie niezgodności treści oferty z SIWZ na podstawie dokumentacji technicznych niewyspecyfikowanych przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia, dlatego też pozostają irrelewantne dla rozstrzygnięcia sprawy. Wynika z nich, że firma Motorola oferuje m.in. mechanizm prywatności podstawowej zastrzeżony przez Motorola Solutions i dlatego nie współpracuje z ofertami prywatności innych sprzedawców (Instrukcja MOTORBO Planner System) oraz, że tryb szyfrowania określany przez firmę Motorola jako Basic Privacy nie jest objęty standardem DMR, jest charakterystyczny dla produktów Motorola Solutions serii MOTORBO, co skutkuje brakiem zgodności tego szyfrowania z rozwiązaniami innych producentów (wiadomość e-mail od Motorola Solutions z dnia 5 grudnia 2018 r.). Jeśli przyjąć za prawidłowe rozumowanie Odwołującego zaprezentowane w odwołaniu oraz podtrzymane na rozprawie, oznaczałoby to, że Zamawiający żądał rozwiązania identycznego z radiotelefonami firmy Motorola, a dopuszczenie rozwiązań równoważnych miało charakter iluzoryczny. Takie rozumienie dopuszczenia rozwiązań równoważnych przeczy zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 978/15:*Sformalizowany i pisemny charakter postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza uznaniową interpretację treści SIWZ oraz dokonywania ocen ofert w oparciu o treści w SIWZ nie wyrażone. W przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie zostałyby zachowane, a wymagają one, by oczekiwania zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia w tym ofertom zawierającym rozwiązania równoważne były znane przed złożeniem oferty oraz w sposób jasny, tak by wykonawcy zainteresowani zamówieniem nie pozostawali w niepewności, czy mogą złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu.*

W konsekwencji należy stwierdzić po pierwsze, że postanowienia SIWZ nie są precyzyjne w zakresie wymaganego przez Zamawiającego szyfrowania, a rozbieżności takie nie mogą rodzić dla Wykonawcy negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty. Po drugie, w przypadku odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, zachodząca niezgodność z treścią SIWZ musi być niewątpliwa i jednoznaczna. W niniejszej sprawie, brak jest w treści SIWZ zapisu, na który powołuje się Odwołujący, a z którym oferta Przystępującego pozostawałaby w niezgodności. Niedopuszczalne na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty jest ustalanie przez Izbę jakie cechy pozwalają na uznanie oferowanego radiotelefonu za kompatybilny, skoro Zamawiający nie wskazał ich w SIWZ.

<u>W konsekwencji nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.</u>

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy pzp *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*. Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie podlegała odrzuceniu, dlatego też zarzut naruszenia powyższych przepisów ustawy pzp należało uznać za nieuzasadniony.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 2 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 oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz wnoszącego sprzeciw Przystępującego COVERTECH koszty zastępstwa prawnego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez wnoszącego sprzeciw Przystępującego COVERTECH na rozprawie.

Przewodniczący:……...