Sygn. akt: KIO 3021/20

WYROK
z dnia 3 grudnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 grudnia 2020 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 listopada 2020 roku** przez wykonawcę Odwołującego **PERFECT P. M., B. T. Spółka jawna z siedzibą w Warszawie**
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego**: Skarb Państwa -15 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Szczecinie, z siedzibą w Szczecinie**
przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego **- Covertech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**
z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1.Oddala odwołanie,
2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego**: 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: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego PERFECT P. M., B. T. Spółka jawna z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
2.2.zasądza od **Odwołującego** - **PERFECT P. M., B. T. Spółka jawna z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego** - **Skarbu Państwa -15 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Szczecinie, z siedzibą w Szczecinie** kwotę **321 zł 00 gr** (słownie: trzystu dwudziestu jeden złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu (nocleg) na posiedzenie przed Izbą.
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Szczecinie.**

Przewodniczący:
……

Sygn. akt KIO 3021/20

UZASADNIENIE

Dnia 18 listopada 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w warszawie, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „Pzp", odwołanie złożył wykonawca - PERFECT P. M., B. T. Spółka jawna z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego: „Zakup i dostawa radiotelefonów UHF wraz z ukompletowaniem", prowadzi Zamawiający: Skarb Państwa -15 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Szczecinie,
z siedzibą w Szczecinie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20.10.2020 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 599886-N-2020 oraz na stronie internetowej Zamawiającego

Odwołanie złożono wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu, wskazując naruszenie następujących przepisów prawa:
I.art. 92 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy COVERTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
II.art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty
z powodu niezgodności jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ").

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2.odrzucenie oferty wykonawcy COVERTECH Sp. z o.o. z powodu niezgodności jej treści z SIWZ;
3.dokonanie ponownej oceny ofert.

Ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało opublikowane na stronie prowadzonego postępowania w dniu 13.11.2020 roku i w tym samym dniu przesłane pocztą elektroniczną Odwołującemu. W związku z powyższym, pięciodniowy termin na wniesienie odwołania został dochowany. Odwołujący wniósł wpis od odwołania w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Wraz z wniesieniem odwołania przekazano jego kopię Zamawiającemu.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż złożył
w postępowaniu najkorzystniejszą ofertę, niepodlegającą odrzuceniu. W wyniku naruszenia wskazanych przepisów Zamawiający dokonał wyboru innej oferty, co pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Przeprowadzenie postępowania zgodnie
z przepisami powinno było doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego. Zamawiający poprzez niezgodną z ustawą czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzoną zaniechaniem odrzucenia oferty COVERTECH Sp. z o.o., może pozbawić Odwołującego kontraktu, przez co wyrządzi Odwołującemu szkodę.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 13 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy COVERTECH. W uzasadnieniu wskazał, że za najkorzystniejszą ofertę uznano tę, która otrzymała najwyższą liczbę punktów, przy zastosowaniu kryterium cena, termin realizacji. Jednocześnie zamawiający poinformował, że żadna z ofert nie podlegała odrzuceniu.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3, gdyż za najkorzystniejszą uznał ofertę, która podlegała odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z SIWZ.

W Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) - załączniku nr 2 do SIWZ, w pkt 4.8. Zamawiający określił wymagania dotyczące ładowarki oraz akumulatora:
„4.8. Ładowarka i akumulatory do radiotelefonu przenośnego wyposażone w inteligentny system zarządzania energią. Poprzez inteligentny system zarządzania energią należy rozumieć:

a)ładowarka radiotelefonu przenośnego jednostanowiskowa z możliwością ładowania radiotelefonu z akumulatorem bądź samego akumulatora Li-Lon i NiMH.;
b)ładowarka posiada możliwości automatycznego rozpoznania stanu naładowania akumulatora i przypisania właściwych parametrów, tj. napięcia i natężenia oraz monitorowania temperatury akumulatora podczas ładowania;
c)ładowarka z sygnalizacją wizualną całego procesu ładowania w oparciu
np. o sygnalizację w formie diody, wyświetlacz ciekło krystaliczny lub inne rozwiązanie technologiczne dające możliwości wizualnego określenia procesu ładowania, w tym stanu naładowania baterii;
d)*ładowarka powinna posiadać funkcję (kondycjonowania i re-kalibracji) rozumianej jako funkcję regeneracji akumulatora uwzględniająca poziom zużycia (wyeksploatowania) akumulatora, w celu osiągnięcia maksymalnej efektywności pracy akumulatora rozumianej dalej jako funkcja, w której ładowarka na podstawie danych zapisanych w pamięci akumulatora pozyskanych z akumulatora potrafi przeprowadzić automatyczne dopasowanie trybu ładowania. Dzięki temu procesowi pojemność ładowania akumulatora jest wartościowa rzeczywistą, związana ze stopniem wyeksploatowania ogniwa a nie wartością nominalną, która jest równa wartości rzeczywistej tylko w przypadku fabrycznie nowych i sprawnych akumulatorów.*
e)*akumulator powinien być wyposażony w system gromadzenia informacji o procesach ładowania oraz posiadać środki ochronne (układy rozwiązania kontrolujące pracę baterii litowo-jonowych) poprzez korzystanie z zabezpieczeń różnego typu z dopuszczeniem przynajmniej dwóch niezależnych sposobów na odłączenie zasilania w przypadku przepięcia lub przeciążenia prądowego, w przypadku awarii jednego z elementów.*
f) wskazane w powyższym opisie funkcjonalności dotyczą zarówno akumulatorów jak
i ładowarek."

W dniu 26.10.2020 r. Zamawiający opublikował na stronie postępowania wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wraz z odpowiedzią:

ZAPYTANIE:

„Zwracamy się z zapytaniem, czy Zamawiający zaakceptuje jako spełniające wymagania pkt 4.8 OPZ urządzenia: Ładowarkę i akumulatory, które posiadają następujące cechy:
Ad 4.8 a) Inteligentna, oparta o mikroprocesor ładowarka radiotelefonu przenośnego jednostanowiskowa z możliwością ładowania radiotelefonu z akumulatorem bądź samego akumulatora Li-Lon będącego przedmiotem zamówienia.
Ad 4.8 b) ładowarka posiada możliwość automatycznego rozpoznania stanu naładowania akumulatora i przypisania właściwych parametrów, tj. napięcia i natężenia oraz monitorowania temperatury akumulatora podczas ładowania;
Ad 4.8 c) ładowarka z sygnalizacją wizualną całego procesu ładowania w oparciu
np. o sygnalizację w formie diody LED.
Informacja w postaci diodowej, pokazuje następujące stany pracy:
-ładowanie (dioda czerwona na stałe)
-naładowano w min. 90% pojemności faktycznej (dioda pomarańczowa na stałe)
-naładowano do 100% pojemności (dioda zielona na stałe/wyłączenie ładowania i tryb stand- by z doładowaniem w przypadku pozostawienia akumulatora w ładowarce)
-uszkodzony akumulator/koniec życia/wymiana akumulatora (dioda miga czerwony)
Ad.4.8 d) ładowarka potrafi przeprowadzić automatyczne dopasowanie trybu ładowania
i umożliwia rekalibrację wskaźnika naładowania. Ładowarka rozpoznaje pojemność akumulatora za pomocą metod elektrochemicznych, wskazując, kiedy następuje poziom naładowania przekraczający 90% faktycznej pojemności. Proces regeneracji
i kondycjonowania nie ma zastosowania do ogniw wykonanych w technologii Li-lon.
Ad 4.8 e) akumulator wyposażony w układy elektroniczne oraz w środki ochronne, tj. układ zabezpieczający przed nadmiernym napięciem i wartością prądu oraz nadmierną temperaturą, dedykowane dla ogniw litowo-jonowych, który wymienia informacje z ładowarką w celu zapewnienia optymalnej pracy i żywotności akumulatora."

Odpowiedź Zamawiającego:

„Zamawiający dopuszcza produkty równoważne o nie gorszych parametrach technicznych jakie zostały ujęte w pkt. 4.8 Opisu przedmiotu zamówienia."

Wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia zamawiający zobowiązany jest m.in. do szczegółowego określenia w SIWZ wymagań związanych z jego wykonaniem poprzez dokonanie wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z zasadami określonymi w art. 29 Pzp.

Odpowiedź udzielona przez Zamawiającego w żadnym przypadku nie oznaczała rezygnacji z wymogów przedstawionych w punkcie 4.8 czy ograniczenia zakresu tych wymogów, zatem wymagano zaoferowania akumulatorów wyposażonych w system gromadzenia danych o procesach ładowania, a ładowarka na podstawie danych zapisanych w pamięci akumulatora pozyskanych z akumulatora powinna potrafić przeprowadzić automatyczne dopasowanie trybu ładowania.

Wykonawca składając ofertę powinien zakresem zawartego w niej zobowiązania objąć taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone w SIWZ. Dla uznania zgodności treści oferty z treścią SIWZ nie wystarczy złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia (zwykle w formularzu ofertowym), wyrażającego ogólne zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty powinna wynikać jej zgodność z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, składającymi się na treść zobowiązania wykonawcy.

Technologia ładowania akumulatorów firmy Excera (sprzęt zaoferowany w tym postępowaniu przez wykonawcę COVERTECH) nie umożliwia gromadzenia
w akumulatorach danych o procesach ładowania, a ładowarka nie może na podstawie tych danych dostosować warunków ładowania akumulatora. W postępowaniu wykonawca COVERTECH zaoferował więc sprzęt, który nie spełnia istotnego wymogu określonego
w SIWZ przez Zamawiającego.

Zgodnie z utrwalonym poglądem w orzecznictwie - podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno w SIWZ określonym. Przy czym nie chodzi o jakiekolwiek wymogi zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy. Podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiekolwiek wymogi zamawiającego, zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia (tak wyrok z 15.04.2019 r., sygn. akt KIO 592/19).

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający musi odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści

specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten jest skorelowany z art. 82 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. *„Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ."* (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2019, Legalis).

Nie ulega przy tym wątpliwości, że wskazana przez Zamawiającego w OPZ funkcjonalność jest istotnym elementem przesądzających o kluczowych różnicach w systemie ładowania akumulatorów oferowanych przez Odwołującego i wykonawcę COVERTECH, które bezpośrednio i w istotny sposób przekładają się na jakość zaoferowanego sprzętu.

Potwierdzeniem tego stanowiska jest orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2212/20 w sprawie odwołania wykonawcy COVERTECH dotyczącego opisu funkcjonalności ładowarek i akumulatorów, złożonego w postępowaniu na dostawę analogicznego asortymentu, organizowanym przez 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku. W wyrok tym Izba oddaliła odwołanie w całości uzasadniając swoje rozstrzygniecie między innymi kwestiami istotnych różnic technologicznych w systemie ładowania akumulatorów oferowanym przez COVERTECH, który nie oferuje możliwości kontroli stanu wyeksploatowania akumulatora a technologią wymaganą przez Zamawiającego (w postępowaniu, które było przedmiotem rozstrzygnięcia Izby zamawiający wymagał analogicznych funkcjonalności ładowarek i akumulatorów jak w tym postępowaniu).

Mając na uwadze argumenty przedstawione w odwołaniu, ich omówienie oraz rozwinięcie, Odwołujący uważa, że odwołanie jest w pełni uzasadnione, a żądania określone w jego petitum zasługują na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, ofertach, złożonych przez Wykonawców wyjaśnieniach, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona w całości żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym wybór oferty innego Wykonawcy pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym zakresie.

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia w postępowaniu odwoławczym zgłosił wykonawca **Covertech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania, wskazując, że zarzuty odwołania są chybione. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie Przystępującego opisujące dokładne właściwości oferowanej ładowarki i akumulatorów, dopuścił takie rozwiązanie jako równoważne. Zatem podnoszone zarzuty nie mają żadnych podstaw prawnych i nie poparto go żadnymi dowodami. Zarzuty reprezentują jedynie własne przekonania Odwołującego.

Przystępujący oświadczył, że zaoferowana ładowarka oraz akumulatory posiadają żądane przez Zamawiającego funkcjonalności dopasowania trybu ładowania do konkretnego akumulatora poprzez wymianę informacji między akumulatorem i ładowarką. Zarówno akumulatory jak i ładowarki wyposażone są w komunikujące się między sobą systemy mikroprocesowe, które umożliwiają realizację żądanych przez Zamawiającego funkcjonalności. Odmienne wyobrażenia Odwołującego wymagają wiarygodnych dowodów, których nie przedstawiono. Przystępujący ocenia działania Odwołującego jako nastawione na obstrukcję postępowania zmierzającą do bezprawnego uniemożliwienia Zamawiającemu realizację zakupu z uwagi na terminy jakie pozostały do zakończenia roku budżetowego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Wskazano, że Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne mając na względnie, iż oferta taka to oferta, która przedstawia przedmiot zamówienia o cechach technicznych, jakościowych lub funkcjonalnych takich samych lub zbliżonych do tych, które opisano w punkcie 4.8 OPZ, gwarantujących osiągnięcie opisanego celu, to jest kontrolę procesu ładowania oraz długości czasu ładowania. Ponadto wymagano wskazania czy akumulator jest sprawny czy uszkodzony czy trwa ładowanie lub zostało zakończone. Zwrot „równoważny" oznacza, że Zamawiający dopuszcza produkt zbliżony pod względem parametrów technicznych lub jakościowych do produktu oznaczonego producenta. Produkt równoważny nie oznacza tożsamego z produktem opisanym przez zamawiającego (tak wyrok KIO z dnia 11/10/2016r., sygn. akt KIO 1838/16).

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej w wersji elektronicznej przez Zamawiającego ustalono, że zgodnie z Rozdziałem 7 SIWZ w pkt 7.5 w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający żądał na wezwanie złożenia oświadczenia, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego i jest dopuszczony do użytkowania na ternie RP (według wzoru określonego w załączniku nr 8 do SIWZ).

Odwołujący prawidłowo w odwołaniu przywołał treść i odpowiedź udzieloną przez Zamawiającego na jedno z pytań w postępowaniu, istotne dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, iż zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Bezsporne było między Stronami, iż Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odpowiadając na pytania wykonawców, dopuścił rozwiązania równoważne. Przy czym dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający nie opisał szczegółowo jakie rozwiązania techniczne uważał będzie za równoważne. Wskazano jedynie, iż dopuszcza się produkty równoważne o nie gorszych parametrach technicznych, jakie zostały ujęte w pkt 4.8 Opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie opisał równoważności ani w sposób funkcjonalny, ani w sposób jakościowy. Nie wymagano również, by Wykonawcy w postępowaniu złożyli jakiekolwiek dokumenty o charakterze przedmiotowym, poświadczające, że oferowane dostawy spełniają opisane przez Zamawiającego wymagania. Jedynym wymaganym ze strony Zamawiającego dokumentem był

formularz ofertowy, gdzie należało podać model i producenta oferowanej ładowarki i oferowanego akumulatora. Izba przy takim ukształtowaniu wymogów SIWZ i warunków technicznych uważa, że żaden z wykonawców nie musiał dodatkowo udowadniać, że oferowane przez niego wyroby spełniają wymagania Zamawiającego, w przypadku kiedy zaoferowano produkt równoważny. Odwołujący ani w odwołaniu, ani też na rozprawie nie wskazał z jakich zapisów czy to dokumentacji technicznej, opisu przedmiotu zamówienia, czy też ogólnych warunków SIWZ wynikał obowiązek udowodnienia Zamawiającemu równoważności do wymagań opisanych. Nie wskazano również jakiego rodzaju dokumentem, czy oświadczeniem taki obowiązek należało wykonać.

Odwołujący podnosił, że oferta Przystępującego jest niezgodna w treści z treścią SIWZ, co wiązał z wymogami odnoszącymi się do braku możliwości gromadzenia w akumulatorach danych o procesach ładowania, a ładowarka nie może na podstawie tych danych dostosować warunków ładowania akumulatora w przypadku rozwiązania oferowanego przez Przystępującego.

Przechodząc do analizy tej części zarzutów odwołania, Izba uważa, że ich zasadność nie została przez Odwołującego w jakikolwiek sposób wykazana. Dostrzeżenia wymaga, iż zarzuty odwołania zbudowane zostały przy uwzględnieniu doświadczenia zawodowego Odwołującego i opierały się na założeniach technicznych oferowanego przez samego Odwołującego produktu. Izbie nie przedstawiono jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby tezy odwołania. Odwołujący na rozprawie szeroko rozwodził się na temat funkcji opisanych w opisie przedmiotu zamówienia, ich znaczenia dla pracy w terenie dla użytkowników, często odwoływał się do sposobu pracy oferowanych przez siebie rozwiązań. Tymczasem obowiązkiem Odwołującego było wykazanie, że rozwiązanie oferowane przez Przystępującego tych wszystkich wymogów nie spełnia. W tej materii Odwołujący ograniczył się do własnych twierdzeń, nie przedstawiając wiarygodnych materiałów źródłowych, które przemawiałby za zasadnością prezentowanych tez. Złożona przez Odwołującego Opinia Techniczna Wojskowego Instytutu Łączności na temat funkcjonalności radiotelefonów nie odnosiła się do warstwy merytorycznej zarzutów. W Opinii czytamy, iż *„technologia ładowania adaptacyjnego zwiększa trwałość ogniw akumulatorów”* oraz *„korzystne jest wyposażenie ładowarki w wewnętrzny układ mierzący co kilkadziesiąt cykli ładowania pojemność akumulatora, ponieważ użytkownik może uzyskać dodatkową informację o spadku pojemności akumulatora i konieczności jego wymiany. Dzięki takiej informacji użytkownik może uniknąć niekorzystnej sytuacji polegającej na zasilaniu radiotelefonów w czasie misji z wykorzystaniem pozornie sprawnych akumulatorów”*. Niewątpliwie są to twierdzenia prawdziwe, z którymi nie polemizował ani Zamawiający ani Przystępujący.

Nie są to jednak dowody potwierdzające, że ładowarki i akumulatory zaoferowane przez Przystępującego takich funkcjonalności nie realizują, albo że realizują je w sposób odmienny niż wymagał tego Zamawiający. Warto również zwrócić uwagę, że na pytanie *„Firma Motorola nie jest jedynym producentem akumulatorów Li-ion do radiotelefonów które są wyposażone w elektroniczne moduły kontrolo-zapamiętujące. Przykładami producentów stosujących w tej branży podobne rozwiązania technologiczne są takie firmy jak: Hytera, Sepura czy Kenwood. Czy mogą Państwo potwierdzić te informacje?”* Instytut odpowiedział: *„WIŁ PIB nie posiada informacji umożliwiających udzielenie odpowiedzi na to pytanie”.* W rzeczywistości zatem złożona opinia w żadnym z punktów swej treści nie odnosi się do produktów zaoferowanych przez Przystępującego.

Co do złożonej karty katalogowej, to sam Odwołujący przyznał, że jest to karta modelu „wyższego” niż oferuje w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący. Trudno zatem na podstawie treści takiego dokumentu uznać rację zarzutów odwołania.

W opozycji do takiej postawy, dostrzeżenia wymaga, iż Przystępujący złożył oświadczenie podpisane przez przedstawiciela producenta oferowanych rozwiązań, w którym czytamy, że: *„konstrukcja oferowanych akumulatorów i ładowarek oparta jest o mikroprocesorową, automatyczną kontrolę procesu ładowania polegającą na każdorazowym sprawdzeniu stanu akumulatora (ładowarka sprawdza aktualny stan akumulatora przy każdym jego włożeniu) oraz na podstawie tych informacji automatycznie dostosowuje tryb ładowania. Odczyt informacji z baterii odbywa się automatycznie, bez udziału użytkownika. (…) Ładowarka uzyskuje informacje o kondycji i stanie akumulatora przed każdym procesem ładowania oraz monitoruje i kontroluje stan akumulatora w trakcie procesu ładowania oraz wyświetla odpowiednie informacje o aktualnym stanie ładowania. Wykorzystujemy w tym rozwiązaniu wielostopniową metodę ładowania CCCV (Constant Current Constant Voltage) opartą na mikroprocesorach produkcji Zilog Integrated, USA”* Odwołującemu nie udało się zakwestionować wiarygodności złożonego oświadczenia i podważyć twierdzeń tam opisanych. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający w punkcie 4.8d wymagał, by *„ładowarka na podstawie danych zapisanych w pamięci akumulatora pozyskanych z akumulatora potrafiła przeprowadzić automatyczne dopasowanie trybu ładowania”*. Jest to wymóg, do którego wprost w złożonym oświadczeniu odniósł się producent. W punkcie 4.8e SIWZ Zamawiający wymagał, by akumulator był wyposażony w system gromadzenia danych i wymieniał się danymi z ładowarką, by zapewnić optymalną pracę i żywotność akumulatora. W złożonym oświadczeniu producent także opisał w jaki sposób dana funkcjonalność jest realizowana. Natomiast wywód Odwołującego ograniczał się do jego wewnętrznego przekonania, że ładowarki i akumulatory oferowane przez Przystępującego wymogów SIWZ nie spełniają.

Konkludując, zarzut i towarzyszące mu żądanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a Odwołującemu nie udało się udowodnić, że Przystępujący złożył ofertę wykonania przedmiotu dostawy nie odpowiadającą wymogom SIWZ i opisu przedmiotu zamówienia.

Reasumując, Izba uznała za niezasadne zarzuty wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego przepisów wymienionych w *petitum* odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, w tym art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz że w postępowaniu Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę Przystępującego jako niezgodną w treści z treścią i wymogami SIWZ, a jego działania miały charakter świadomy i celowy, co doprowadzić mogło do naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w

szczególności § 5 ust. 4, odmawiająca Zamawiającemu kosztów dojazdu według kilometrów , ponieważ nie przedstawiono w tym zakresie żadnych dokumentów.

Przewodniczący:

……