

Sygn. akt: KIO 2683/20

WYROK
z dnia 16 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2020 r. przez wykonawcę: **COVERTECH Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10 04-667 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **3 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków**,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: COVERTECH Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa, i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **COVERTECH Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza kwotę **120 zł 00 gr** (słownie: sto dwadzieścia złotych zero groszy) od wykonawcy: **COVERTECH Sp. z o.o., ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **3 Regionalna Baza Logistyczna,**

ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków, stanowiącą koszty poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2683/20

Uzasadnienie

Zamawiający: 3 Rejonowa Baza Logistyczna ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa odbiorników sygnałów alarmowych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1/2020 w dniu 21 sierpnia 2020 r. pod poz. 576815-N-2020.

W dniu 13 października 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o odrzuceniu złożonych ofert oraz o unieważnieniu postępowania.

Wykonawca COVERTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego jako niespełniającej wymogów SIWZ na podstawie błędnych wniosków i przesłanek polegających na arbitralnym uznaniu oferowanego przez Odwołującego urządzenia ALIN CO DX-SR8E za sprzęt c innym rodzaju, posiadającym funkcję nadawania, co miałyby spowodować niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, a ponadto uznanie go za sprzęt równoważny zamiast tożsamy do urządzenia referencyjnego, bez wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w kwestii stanu funkcji nadawania w zaoferowanym urządzeniu DX-SR8E, która to funkcja okazała się kluczowa dla Zamawiającego i błędne założenie, że zaoferowany produkt będzie posiadał możliwość nadawania oraz błędne przyjęcie, że funkcja nadawania ma jakikolwiek wpływ na część odbiorczą, a ponadto jest możliwa do „przypadkowego” uruchomienia przez użytkownika, co stanowi naruszenie art 89 ust 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 Pzp,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy MILDAT z powodu niezgodności parametrów oferowanego przez tego wykonawcę urządzenia z wymaganiami przewidzianymi dla urządzeń równoważnych, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art 89 ust 1 pkt 2 Pzp,
3. unieważnieniu postępowania z naruszeniem przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp pomimo, że w postępowaniu złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu;

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem rzeczywistych cech zaoferowanego produktu jako tożsamego do produktu referencyjnego;
4. ponownej oceny oferty wykonawcy MILDAT i jej odrzucenie również z powodu niezgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z parametrami równoważności dla sprzętu równoważnego.
5. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ważną i zgodną z SIWZ ofertę. Przedmiotem oferty Odwołującego jest sprzęt tożsamy do urządzenia referencyjnego. Zamawiający dokonał błędnej oceny oferty Odwołującego i na tej podstawie - jej bezzasadnego odrzucenia.

Z treści SIWZ wynika, że przedmiotem dostawy ma być odbiornik radiowy ALINCO DX-R8E lub produk równoważny, spełniający wskazane w SIWZ parametry techniczne.

Odwołujący wskazał, że w poprzednim postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia została złożona jedna

oferta - Odwołującego, na dokładnie ten sam sprzęt. Tamto postępowanie zostało unieważnione z powodu braku środków na jego realizację, gdyż cena oferty przekroczyła środki jakie Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. W tamtym postępowaniu Zamawiający nie dopatrywał się w tym samym przedmiocie oferty cech niezgodności z SIWZ, jakich dopatrywał się w obecnej ofercie Odwołującego, złożonej na dokładnie ten sam sprzęt i na podstawie identycznej SIWZ.

Zarzut nr 1

Zamawiający żądał dostarczenia urządzenia referencyjnego o oznaczeniu ALINCO DX-R8E. Odwołujący zaoferował urządzenie o oznaczeniu ALINCO DX-SR8E, będące tym samym odbiornikiem, albowiem pomimo fizycznego wyposażenia go w dodatkową płytkę (obwód elektroniczny) nadajnika, nie jest możliwe uruchomienie funkcji nadawania, gdyż na potrzeby tego postępowania została ona przez producenta trwale dezaktywowana. Powodem, dla którego Odwołujący zaoferował inną wersję tego samego urządzenia był fakt, iż producent zaprzestął produkcji wersji wskazanej jako referencyjna, o czym Zamawiający został poinformowany przez Odwołującego już w czasie poprzedniego postępowania. Jako dowód Odwołujący przedstawił oświadczenie producenta ALINCO o zaprzestaniu produkcji wraz z tłumaczeniem.

Oba ww. oznaczenia dotyczą dwóch wersji wykonania tego samego urządzenia. Obie wersje mają ten sam obwód odbiornika, współdzielą tę samą obudowę, ten sam panel czółowy, te same i identycznie rozmieszczone przyciski funkcyjne oraz używają tego samego oprogramowania, różnią się jedynie jedną literą w oznaczeniu oraz dodatkowym, wyłączonym na potrzeby tego postępowania obwodem nadajnika w wersji DX-SR8E. Podsumowując - urządzenia firmy ALINCO o oznaczeniach DX-R8E oraz DX-SR8E w zakresie przedmiotu zamówienia, tj. „odbiornika sygnałów alarmowych” są tym samym, tożsamym urządzeniem.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zastrzegł w SIWZ, iż nie dopuszcza, aby urządzenie referencyjne miało zainstalowane dodatkowe moduły, wykraczające ponad wymagane, nawet jeśli są wyłączone. Jako dowód Odwołujący przedstawił pismo producenta urządzenia wskazujące na tożsamość produktu zaoferowanego i pożądanego.

Odnosząc się do uzasadnienia odrzucenia oferty, Odwołujący wskazał jak poniżej:

1. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie uznał, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenie ALINCO DX-SR8E posiada możliwość nadawania z tego tylko powodu, iż z informacji na stronie producenta wynika, że standardowo wyposażone jest ono również w dodatkowy obwód nadawczy (płytkę drukowaną), który według opinii Zamawiającego może zakłócić w jakiś nieokreślony sposób odbiór sygnałów alarmowych, przy czym Zamawiający nie sprecyzował jakie konkretnie zakłócenia ma na myśli. Zamawiający pominął jednak próbę wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w tym zakresie, ignorując fakt, że Odwołujący nie zaoferował mikrofonu i przycisku nadawania, bez których nadawanie jest niemożliwe, nawet bez dezaktywacji obwodów nadawczych.

Ponadto, w formularzu parametrów technicznych dołączonym do oferty (pkt 10 f zał. nr 3) Odwołujący jasno wskazał, że funkcjonalność nadawania jest wyłączalna. Dodatkowo, w zał. nr 3 pkt 10 nie jest wymienione gniazdo mikrofonu, co jasno wskazuje, że oferowane urządzenie DX-SR8E, pomimo posiadania dodatkowej płytki nadajnika, możliwości nadawania posiadać nie może. W przypadku wyłączenia funkcji nadawania, co ma miejsce w oferowanym urządzeniu DX-SR8E, urządzenie to staje się wyłącznie odbiornikiem DX-R8E. Fakt, iż posiada ono wbudowany, ale nieaktywny tor nadawczy w żaden sposób nie czyni go urządzeniem innym od referencyjnego i nie czyni go nadajnikiem, gdyż możliwości nadawania nie posiada.

Odwołujący przedstawił pismo producenta dotyczące tożsamości produktów, funkcji nadawania w urządzeniu będącym przedmiotem oferty oraz jej wpływu na część odbiorczą.

2. Odwołujący podniósł, że aby doszło do nadawania (aktywacji transmisji radiowej) bezwzględnie wymagany jest sprawny i działający obwód nadajnika radiowego oraz przycisk nadawania, uruchamiający obwód nadajnika i rozpoczynający pracę obwodu nadajnika.

Odwołujący wskazał, że zaoferowane przez niego urządzenie - odbiornik DX-SR8E - ma trwale (fabrycznie) wyłączony (nieaktywny) obwód nadajnika, nie posiada przycisku nadawania ani mikrofonu, gdyż nie zostały one Zamawiającemu zaoferowane jako wyposażenie. Zatem, nadawanie z tego urządzenia, pomimo że posiada wbudowaną płytkę z obwodem nadajnika, nie jest fizycznie możliwe. Nawet jeśli zakładać hipotetyczną sytuację, w której użytkownik we własnym zakresie dokupiłby sobie odpowiedni mikrofon z przyciskiem nadawania, to nie miałby go gdzie podłączyć oraz w żaden sposób nie byłby w stanie uruchomić fabrycznie zablokowanego obwodu nadajnika. Odwołujący zaoferował urządzenie, które w 100% odpowiada wymaganiom Zamawiającego i jest modelem określonym przez niego jako referencyjny, noszącym jedynie nieco inne oznaczenie literowo-cyfrowe (litera „S”).

Odwołujący podniósł, że w dniu 06.10.2020 r. w odpowiedzi na pytanie dotyczące pewnego parametru technicznego zaoferowanego urządzenia, Zamawiający został poinformowany przez Odwołującego, iż zaoferowane urządzenie DX-SR8E jest TYM SAMYM URZĄDZENIEM co urządzenie referencyjne DX-R8E i obwody odbiornika tych urządzeń są identyczne, gdyż są to dwie wersje (warianty) tego samego urządzenia. Zatem, oferowane urządzenie nie jest produktem równoważnym, którego dotyczą wymagania techniczne jakie ma spełnić sprzęt równoważny, jest to po prostu dokładnie to urządzenie, które chciał zakupić Zamawiający.

Podsumowując, odrzucenie oferty Odwołującego było błędne i narusza dyspozycję art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut nr 2

Oferta Mildat Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ.

Oferta firmy Mildat Sp. z o.o. obejmuje urządzenie Kenwood TS-480 SAT, które jako równoważne do referencyjnego powinno spełniać wymogi SIWZ dla urządzeń równoważnych. Urządzenie Kenwood TS-480SAT nie spełnia tych wymogów w następujących punktach SIWZ:

1. Stabilność częstotliwości - Zamawiający wymagał wartości +/-1 ppm

Wykonawca Mildat Sp. z o.o. podał jako wartość tego parametru +/-1 ppm, co nie jest prawdą, gdyż z instrukcji oferowanego odbiornika wynika, że dla osiągnięcia takiej wartości stabilności w deklarowanej temperaturze pracy konieczne jest wyposażenie go w dodatkowy, oddzielny moduł o nazwie SO-3, którego wykonawca Mildat Sp. z o.o. nie zaoferował, tzn. nie wskazał w formularzu ofertowym, iż oferowane przez niego urządzenie jest w niego doposażone. Wymienił jedynie podstawowy model, co oznacza iż charakteryzuje się on stabilnością 10 ppm a nie 1 ppm. Jako dowód Odwołujący przedstawił wyciąg z instrukcji urządzenia Kenwood wskazujący moduł SO-3 jako element opcjonalny.

2. Parametry „czułość odbiornika” podane przez Mildat Sp. z o.o. w pkt 5 tabeli zgodności

a)A3E - 2 μ V (mikrowolty)

b)J3E - 0,2 μ V

c)F3E - 0,2 μ V

nie odpowiadają parametrom wymienionym w instrukcji tego urządzenia.

Biorąc pod uwagę zakres częstotliwości odbiornika żądany przez Zamawiającego i określony na 150 kHz (0,15 MHz) -30 MHz i minimalne wymaganie co do wartości parametru czułości dla poszczególnych rodzajów emisji w tym zakresie, nawet pomijając brak podania w instrukcji w ogóle wartości czułości dla zakresu 0,15-0,5 MHz, w zakresie emisji J3E i zakresie częstotliwości do 1,705 MHz, urządzenie Kenwood nie spełnia wymogów SIWZ, ponieważ wartość czułości to 4 μ V (mniej=lepiej), a więc 4 razy gorsza od żądanej, dla emisji A3E (AM) wartość czułości to 31,6 μ V przy żądanym 1 μ V, a więc 31,6 razy gorsza od wymaganej dla urządzeń równoważnych.

Jeżeli chodzi o parametr selektywność dla emisji AM i FM, której wartości określił Zamawiający w pkt 6 tabeli w zał. nr 3, w ofercie firmy MILDAT zostały podane jedynie następujące wartości (bez wskazania rodzaju emisji): dla -6dB jako 2,4kHz oraz dla -60dB jako 4,4kHz. Wykonawca Mildat Sp. z o.o. nie podał selektywności w sposób wymagany przez Zamawiającego, wskazując odpowiednie rodzaje emisji, a ponadto podał je błędnie, gdyż w instrukcji urządzenia wskazano inne wartości selektywności dla tego urządzenia. Dla modulacji AM i poziomu -60dB oferowane przez firmę Mildat Sp. z o.o. urządzenie wartość ta wynosi 40 kHz, podczas gdy wymaganie było 18 kHz (mniej= lepiej), to samo jest dla emisji FM i wartości -6db - wymaganie SIWZ było 6 kHz, a urządzenie ma 12 kHz. Jako dowód Odwołujący wskazał wyciąg z instrukcji obsługi urządzenia Kenwood TS-480 SAT.

Ponadto, wykonawca Mildat Sp. z o.o. zaoferował antenę aktywną, która do prawidłowej pracy wymaga zasilacza 12VDC, który nie został zaoferowany, a według informacji producenta tej anteny, nie jest on wyposażeniem standardowym tej anteny. W związku z tym zaoferowany został niekompletny sprzęt. Jako dowód Odwołujący przedstawił instrukcję obsługi anteny Boni-Whip z tłumaczeniem Zarzut nr 3

W takim stanie sprawy decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, jako oparta na fałszywych przesłankach, została podjęta z naruszeniem przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, zatem przesłanka przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp nie zaktualizowała się w przedmiotowym postępowaniu.

Pismem z dnia 11 listopada 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Zamawiający wyjaśnił, że w cz. III ust. 1 SIWZ określił przedmiot zamówienia jako dostawę odbiorników sygnałów alarmowych KF ALINCO DX-R8E lub równoważnych. W załączniku nr 4 do SIWZ ust. 1.2 Zamawiający określił, że odbiornik jest przeznaczony do odbioru korespondencji w sieciach radiowych w zakresie KF. Z powyższego zapisu wynika jednoznacznie, że przedmiotem zamówienia jest odbiornik nie zaś transceiver. Różnica pomiędzy tymi dwoma rodzajami urządzeń polega na tym, że odbiornik (ang. receiver) ma tylko jedną funkcję czyli odbiera. Nie posiada zatem modułu czy też bloku nadawczego.

Odwołujący zaoferował urządzenie o nazwie ALINCO DX-SR8E, które posiada dodatkowy moduł (blok) służący do nadawania. A zatem jest to inne urządzenie aniżeli opisane w SIWZ. Co więcej, jak sam określił w ofercie Odwołujący, ów moduł jest aktywny, ale „może zostać wyłączony”.

Z samej nazwy wynika, że są to dwa inne urządzenia. Oznaczenie S oznacza, że urządzenie posiada część nadawczą, a więc nie jest wyłącznie odbiornikiem. Powyższe potwierdza także Odwołujący, choć bagatelizuje znaczenie różnicy w oznaczeniach.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że nie skorzystał z art. 87 ust. 1 Pzp, tymczasem na etapie oceny ofert Odwołujący został wezwany do wyjaśnienia treści oferty. W odpowiedzi z dnia 6.10.2020 r. Odwołujący oświadczył, iż: „Zaoferowane przez nas urządzenie DX-SR8E nie jest jednak produktem równoważnym, stanowi bowiem rozbudowaną o część nadawczą wersję żądanego odbiornika DX-R8E, która w części będącej przedmiotem zamówienia (a więc części odbiorczej) jest tym samym urządzeniem co wymienione w SIWZ jako referencyjne. przedmiotem naszej oferty jest dokładnie ten sam odbiornik jaki Państwo żądaliście czyli ALINCO DXR8E, doposażony jedynie w część (dodatkowe układy) nadawczą i posiadający fabrycznie oznaczenie DX-SR8E, gdzie „S” oznacza rzeczoną część nadawczą i w związku z tym nie dotyczą go parametry równoważności jako, że są one przewidziane dla innych odbiorników nie będących odbiornikiem ALINCO -DX-R8E.”

Z powyższych wyjaśnień wynika jednoznacznie, iż

- 1)oferowane urządzenie nie jest tylko odbiornikiem, bo zostało doposażone „w część (dodatkowe układy) nadawczą”,
- 2)nie może być traktowane jako urządzenie referencyjne, którego wymagał w SIWZ Zamawiający (ALINCO DX-R8E ponieważ posiada fabryczne oznaczenie DX-SR8E, gdzie S jak potwierdza sam wykonawca oznacza rzeczoną część nadawczą.

Zamawiający podkreślił, że oba te urządzenia istnieją. Oba te urządzenia oferuje na stronie internetowej Odwołujący. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, panel obu tych urządzeń się różni. (Urządzenie oferowane przez Wykonawcę ma oznaczenie MIC i miejsce na podpięcie mikrofonu; urządzenie wymagane przez Zamawiającego takiego oznaczenia nie ma). Oba te urządzenia Odwołujący oferuje w innych kategoriach. Urządzenie wymagane przez Zamawiającego w SIWZ Odwołujący zaliczył do kategorii Odbiorniki KF, zaś urządzenie oferowane w ofercie zaliczył do kategorii Radiostacje Jako dowód Zamawiający załączył wydruk ze strony internetowej

Inne podmioty także rozróżniają te dwa urządzenia i oferują je po innych cenach. Na określenie urządzenia oferowanego przez odwołującego inni wykonawcy używają sformułowania „przewożno- bazowy transceiver” (wydruki ze strony internetowej ercomer). Także producent potwierdza, że podstawową różnicą między tymi dwoma produktami jest dodatkowy obwód nadawania oznakowany jako DX-SR8E

Zamawiający wskazał, że oferowany przez Odwołującego produkt w dacie składania oferty już jest wyprodukowany, jest dostępny na magazynie producenta. Sam producent pisze w oświadczeniu z dnia 30 lipca 2020 roku że „zaprzestaje produkcji DX-R8E, a posiada jedynie 89 sztuk urządzeń DX-SR8E — są to ostatnie dostępne urządzenia na magazynie”. A zatem wbrew treści wyjaśnień z 6 października 2020 r. oferowane urządzenie nie zostało doposażone w część nadawczą, ale posiada ją zamontowaną fabrycznie przez producenta jako standardowy element wyposażenia, który producent zamontował bez związku z postępowaniem w którym złożono odwołanie.

Zamawiający uznał, że skoro wykonawca zaoferował inny produkt niż oczekiwany przez Zamawiającego to należy dokonać jego oceny pod kątem równoważności.

Aby produkt mógł być oceniany pod kątem równoważności musi on przede wszystkim być odbiornikiem. Jeżeli urządzenie jest wyposażone w moduł nadawczy (blok nadawczy) pomimo że istnieje możliwość jego wyłączenia, to nadal jest to transceiver czyli nadajnik-odbiornik. Urządzenie oferowane przez Odwołującego nie posiada zdemontowanego modułu nadawczego. Wykonawca w ofercie oświadczył, że ów moduł może zostać wyłączony, czyli, że jest aktywny.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonuje oceny zgodności oferty z treścią SIWZ nie zaś oświadczenia producenta sprzętu, które w tym zakresie różni się od oświadczenia zawartego w ofercie. Oświadczenia producenta z dnia 16

października 2020 r. o treści „niniejszym oświadczamy, że transceiver DX-SR8E został zaoferowany z zainstalowaną ale fabrycznie wyłączoną częścią nadawczą TX” potwierdza, że to urządzenie, jako transceiver, posiada wbudowany element, który odróżnia go od zwykłego odbiornika.

Zamawiający wyjaśnił, że poprzednie postępowanie unieważnił z powodu braku środków finansowych, w związku z czym nie badał treści ofert,

II. Zamawiający podniósł bezzasadność zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Mildat Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność parametrów oferowanego sprzętu. Podkreślił, że dokonał odrzucenia oferty Mildat Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność treści oferty z SIWZ z tożsamych przyczyn, jak oferta Odwołującego.

III. Zamawiający wskazał, że w przypadku uznania przez KIO, że zarzut nr 1 jest zarzutem bezzasadnym, to bezzasadnym okaże się także zarzut dotyczący unieważnienia postępowania z powodu braku ofert nie podlegających odrzuceniu.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu treść wymagań Zamawiającego określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie Opisu przedmiotu zamówienia nie budziła wątpliwości oraz nie stanowiła przedmiotu sporu pomiędzy stronami. Zamawiający

w cz. III. ust. 1 SIWZ opisał przedmiot zamówienia jako dostawę odbiorników sygnałów alarmowych KF ALINCO DX-R8 lub równoważnych oraz w załączniku nr 4 do SIWZ ust. 1.2 określił m.in., że odbiornik jest przeznaczony do odbioru korespondencji w sieciach radiowych w zakresie KF, który to opis potwierdza jednoznacznie, że przedmiotem zamówienia jest odbiornik nie zaś nadajnik-odbiornik (transceiver).

Nie była sporna także pomiędzy stronami okoliczność, na czym polega różnica pomiędzy tymi dwoma rodzajami urządzeń, tj. że odbiornik (ang. receiver) ma tylko funkcję odbioru, nie posiada zatem modułu (bloku) nadawczego.

Istotą sporu była kwestia, czy urządzenie zaoferowane przez Odwołującego, które posiada dodatkowy moduł (blok) służący do nadawania, można uznać za odbiornik w rozumieniu treści SIWZ (lub urządzenie równoważne).

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący zaoferował urządzenie o nazwie ALINCO DX-SR8E. W złożonej ofercie, w załączniku nr 3 do SIWZ opisującym parametry techniczne ww. urządzenia Odwołujący potwierdzając wszystkie wymagania Zamawiającego złożył także dodatkowe oświadczenie, iż zaoferowane urządzenie posiada moduł służący do nadawania, który można wyłączyć. W tabeli nr 1 Odwołujący wpisał bowiem, że oferuje urządzenie o nazwie ALINCO DX SR8E, tj. urządzenie inne niż wymagał Zamawiający w SIWZ, a w tabeli wymaganych parametrów technicznych - posiadane funkcjonalności w kolumnie 3 lp. 10 pod literą f) Odwołujący wpisał „blok nadawczy (funkcjonalność można wyłączyć)”. Odwołujący złożył tym samym w ofercie oświadczenie o zaoferowaniu urządzenia posiadającego dodatkową funkcjonalność, która nie była wymagana w SIWZ, tj. wyposażeniu urządzenia w blok nadawczy. Odwołujący zaoferował zatem nie odbiornik, ale inne urządzenie a mianowicie transceiver czyli nadajnik-odbiornik.

Zarówno z nazwy urządzenia ALINCO DX SR8E, jak i z opisu jego parametrów technicznych przedstawionych przez Odwołującego w ofercie wynika, że urządzenie zaoferowane przez Odwołującego posiadające fabryczne oznaczenie DX-SR8E i urządzenie referencyjne według SIWZ (ALINCO -DX-R8E) są to dwa różne urządzenia. Dodatkowe oznaczenie urządzenia literą S oznacza, że zaoferowane urządzenie posiada część nadawczą, a tym samym nie może być traktowane jako urządzenie referencyjne, którego wymagał w SIWZ Zamawiający (ALINCO DX R8E), ponieważ nie jest wyłącznie odbiornikiem lecz nadajnik-odbiornikiem, co potwierdził sam Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 6 października 2020 r. Odwołujący jednoznacznie wyjaśnił w powyższym piśmie, że „Zaoferowane przez nas urządzenie DX-SR8E nie jest jednak produktem równoważnym, stanowi bowiem rozbudowaną o część nadawczą wersją żądanego odbiornika DX-R8E, która w części będącej przedmiotem zamówienia (a więc części odbiorczej) jest tym samym urządzeniem co wymienione w SIWZ jako referencyjne. Przedmiotem naszej oferty jest dokładnie ten sam odbiornik jaki Państwo żądaliście czyli ALINCO DXR8E, doposażony jedynie w część (dodatkowe układy) nadawczą i posiadający fabrycznie oznaczenie DX-SR8E, gdzie „S” oznacza rzeczoną część nadawczą i w związku z tym nie dotyczą go parametry równoważności jako, że są one przewidziane dla innych odbiorników nie będących odbiornikiem ALINCO -DX-R8E”.

Powyższe wyjaśnienia zostały złożone przez Odwołującego na etapie oceny ofert na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z dnia 5 października 2020 r.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, urządzenie zaoferowane przez Odwołującego nawet on sam zalicza do produktów kategorii „Radiostacje”, natomiast urządzenie referencyjne opisane w SIWZ – do kategorii „Odbiorniki KF” (na własnej stronie internetowej), co potwierdza jednoznacznie, że nie są to tożsame urządzenia.

Producent zaoferowanego przez Odwołującego urządzenia w oświadczeniu z dnia 30 lipca 2020 r. stwierdził, że „zaprzestaje produkcji DX-R8E, a posiada jedynie 89 sztuk urządzeń DX-SR8E — są to ostatnie dostępne urządzenia na magazynie”, co oznacza, wbrew wyjaśnieniom Odwołującego z dnia 6 października 2020 r., że oferowane urządzenie nie zostało doposażone w część nadawczą, ale posiada ją zamontowaną fabrycznie przez producenta, jako standardowy element wyposażenia. Zgodnie natomiast z oświadczeniem ww. producenta z dnia 6 października 2020 r. „Wszystkie techniczne parametry i funkcje części odbiorczej w obydwu w/w wersjach są identyczne ponieważ jest to samo urządzenie.”, co potwierdza tożsamość obu ww. urządzeń, ale wyłącznie w zakresie „części odbiorczej”, co zostało również potwierdzone w oświadczeniu z dnia 16 października 2020 r. Nie jest to zatem urządzenie tożsame w pełnym zakresie.

W ocenie Izby, twierdzenie Odwołującego, że urządzenie ALINCO DX SR8E jest odbiornikiem, nie jest zgodne ze stanem faktycznym. Jeżeli bowiem urządzenie jest wyposażone w moduł nadawczy (blok nadawczy), to pomimo, że istnieje możliwość jego wyłączenia, jest to nadal transceiver czyli nadajnik-odbiornik. Oświadczenie producenta z dnia 16 października 2020 r. zawiera jednoznaczne oświadczenie „ (...) że transceiver DX-SR8E został zaoferowany z zainstalowaną ale fabrycznie wyłączoną częścią nadawczą TX (...)” Skoro zatem producent sam określa to urządzenie jako transceiver i potwierdza, że posiada ono wbudowany blok nadawczy, który odróżnia go od odbiornika, to oczywistym jest, że zaoferowane urządzenie nie tylko nie jest tym samym urządzeniem, które zostało opisane w SIWZ, ale nie stanowi także urządzenia równoważnego, które powinno posiadać te same funkcjonalności i parametry techniczne, co

urządzenie referencyjne.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Odwolujący w ofercie w załączniku nr 3 do SIWZ określił jakie urządzenie oferuje, tj. urządzenie o nazwie ALINCO DX SR8E. Jest to urządzenie inne niż wymagał Zamawiający w SIWZ, które, zgodnie z oświadczeniem wykonawcy zawartym w ofercie (załącznik nr 3 do SIWZ) - w tabeli wymaganych parametrów technicznych - posiadane funkcjonalności w kolumnie 3 lp. 10 pod literą f), posiada blok nadawczy (z zastrzeżeniem, że funkcjonalność tę można wyłączyć). Odwołujący zaoferował zatem urządzenie, które nie jest odbiornikiem, ale nadajnik-odbiornikiem, który nie jest urządzeniem tożsamym z urządzeniem opisanym w SIWZ ani urządzeniem równoważnym do opisanego w SIWZ. Dodatkowo, wbrew twierdzeniom Odwołującego zawartym w odwołaniu, zaoferowane urządzenie, zgodnie z treścią jego oferty, nie ma zdemontowanego lub zdezaktywowanego modułu nadawczego.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Odwołujący zaoferował urządzenie o oznaczeniu ALINCO DX-SR8E, będące tym samym odbiornikiem co urządzenie referencyjne o oznaczeniu ALINCO DX-R8E. Zgodnie bowiem z treścią oferty Odwołującego, zaoferowane urządzenie jest wyposażone w dodatkowy obwód elektroniczny nadajnika, który może być wyłączony. Odwołujący dodatkowo wyjaśnił na rozprawie, że nawet po dezaktywacji tego obwodu, co następuje przez odłączenie go od jego zasilania, nadal jest możliwe przywrócenie tej funkcji. Z powyższego wynika, że w zaoferowanym urządzeniu jest nadal możliwe uruchomienie funkcji nadawania. Fakt, że Odwołujący nie zaoferował Zamawiającemu mikrofonu i przycisku nadawania, nie zmienia stanu rzeczy, że urządzenie zaoferowane przez Odwołującego jest innym urządzeniem niż urządzenie referencyjne, tj. nadajnik-odbiornikiem z tym że bez mikrofonu i przycisku nadawania.

Całkowicie bezzasadny jest zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie zastrzegł w SIWZ, iż nie dopuszcza, aby urządzenie referencyjne miało zainstalowane dodatkowe moduły, wykraczające ponad wymagane, nawet jeśli są wyłączone. Zamawiający jest zobowiązany w postępowaniu jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia. Nie sposób przy tym uznać, że w tym obowiązku mieści się opisywanie przedmiotu zamówienia od strony negatywnej, tj. przez opisywanie elementów, których zamawiane urządzenie nie posiada.

W okolicznościach tej sprawy wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty nie znajduje podstaw, wobec jednoznacznej treści oferty Odwołującego w zakresie objętym rozpoznaniem. W trybie wyjaśnień (art. 87 ust. 1 Pzp) nie jest możliwe doprowadzenie treści oferty Odwołującego do zgodności z treścią SIWZ, gdyż prowadziłyby do niedopuszczalnej zmiany złożonej treści oferty. Nie jest możliwe również dokonanie poprawy treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż oferta w rozpoznawanym zakresie nie zawiera omyłki, co jasno wynika z wyjaśnień Odwołującego.

Odnosząc się do kwestii dotyczącej poprzednio prowadzonego przez Zamawiającego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia należy wskazać, że, jak wyjaśnił Zamawiający, nie dokonywał on w tamtym postępowaniu badania oferty Odwołującego, gdyż postępowanie zostało unieważnione ze względu na to, że cena oferty przekraczała kwotę środków, jakie Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Reasumując, Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art 89 ust 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 Pzp, w wyniku odrzucenia oferty Odwołującego jako niespełniającej wymogów SIWZ w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art 89 ust 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Mildat Sp. z o.o. z powodu innych przyczyn niż będących podstawą odrzucenia tej oferty z dnia 13 listopada 2020 r. oraz naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania, Izba zważyła, że zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Oferta firmy Mildat Sp. z o.o. została odrzucona na mocy decyzji Zamawiającego z dnia 13 października 2020 r. Wykonawca ten nie wniósł odwołania na tę czynność. Zamawiający w dniu 13 października 2020 r. odrzucił obie oferty złożone w postępowaniu, wobec czego nie dokonywał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz w konsekwencji odrzucenia obu złożonych ofert – unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, w świetle art. 180 ust. 2 Pzp Odwołującemu nie przysługuje odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Mildat Sp. z o.o. z dodatkowych przyczyn, która została już wcześniej odrzucona przez Zamawiającego oraz wobec czynności unieważnienia postępowania. Są to czynności (zaniechanie dokonania czynności) wyłączone na mocy art. 180 ust. 2 Pzp z katalogu czynności wobec których przysługuje wykonawcy odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zarzuty powyższe nie podlegały zatem merytorycznemu rozpoznaniu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: