

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2024 r. przez wykonawcę **Dilectro sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **aeroMind sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Dilectro sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00** gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Dilectro sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 4193/24

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest dostawa dronów powietrznych i podwodnych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 września 2024 r., Dz.U. S: 180/2024, nr 554809-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 12 listopada 2024 r. do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Dilectro sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z. art. 16 i 17 ust. 1 i 2 Pzp przez odrzucenie jego oferty w sytuacji w której oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymogi z: 2.2 p. 4 OPZ; 2.1 p. 6 OPZ; 2.6. p. 1 OPZ; oraz 2.6 p. 2 OPZ. Spełnione są wymogi w zakresie literalnych wymagań z ww. postanowień tj. „*min. Zakres temperatury pracy*”, „*wyposażone w interfejsy umożliwiające instalację kart pamięci SD*”, „*stacja naziemna musi umożliwiać pilotowi sterowanie BSP przy użyciu pasma 2,4 GHz i 5,8 GHz, z możliwością wyboru częstotliwości przez pilota*” oraz „*transmisja obrazu wraz z parametrami lotu musi odbywać się w pasmach 2,4 GHz i 5,8 GHz, z możliwością wyboru częstotliwości przez pilota*” – Zamawiający dokonał błędnej interpretacji informacji ze strony producenta, jak też dokonał zmiany OPZ w zakresie nieuprawnionym co do 2.1 p. 6. gdyż powiązał wbrew treści OPZ interfejs z gniazdem na kartę SD, którego to wymagania nie było;
- 2) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która takiego przymiotu nie posiadała, gdyż w świetle kryterium oceny ofert, to jego oferta jest najkorzystniejsza;
- 3) ewentualnie art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień w przedmiocie jego oferty w zakresie związanym z wątpliwościami – postanowienia z lit. (a) w szczególności, że Zamawiający zwracał się już o wyjaśnienia wątpliwości w innym zakresie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty;
- 4) ewentualne - nakazanie wezwania go do wyjaśnień w zakresie wątpliwości, co do spełniania parametrów: 2.2 p. 4 OPZ; 2.1 p. 6 OPZ; 2.6. p. 1 OPZ oraz 2.6 p. 2 OPZ.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca aeroMind sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy

przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, dowód z oględzin drona, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 226 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

- 5) *jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*

Art. 223 ust. 1 Pzp stanowi, że *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Art. 239 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Ustalono, że w SWZ zamawiający przewidział m.in.:

IV.PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

1.Opis przedmiotu zamówienia z CPV;

1.Przedmiotem zamówienia jest dostawa 14 szt. (kompletów) bezzałogowych statków powietrznych z termowizją i 1 szt. (komplet) bezzałogowego pojazdu podwodnego. (DRONY)

2.Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – wszelkie wymagania dla zamawianych dronów zawiera załącznik nr 2 do SWZ – Specyfikacja techniczna.

4.Opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych;

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 2 zadania:

- 1)Zadanie nr 1 – Bezzałogowy statek powietrzny z termowizją (14 szt. - komplet)
- 2)Zadanie nr 2 – Bezzałogowy pojazd podwodny (1 szt - komplet)

11.Przedmiotowe środki dowodowe;

Zamawiający nie wymaga wnoszenia w niniejszym postępowaniu przedmiotowych środków dowodowych.

Kolejno ustalono, że w załączniku nr 2 do SWZ (opis przedmiotu zamówienia) zamawiający przewidział m.in.:

2.WYMAGANIA TECHNICZNE

2.1.Podstawowe parametry techniczne:

6)BSP oraz stacja naziemna muszą być wyposażone w interfejsy umożliwiające instalację kart pamięci SD o pojemności nie mniejszej niż 64 GB i obsługujące prędkości zapisu zgodnie z parametrami producenta BSP;

2.2. Minimalne możliwości techniczne

4)min. zakres temperatury pracy od -10 st. C do 40 st. C dla wszystkich podzespołów BSP (akumulatory, ładowarki, BSP, kontroler);

2.6.System łączności

1)stacja naziemna musi umożliwiać pilotowi sterowanie BSP przy użyciu pasma 2,4 GHz i 5,8 GHz, z możliwością wyboru częstotliwości przez pilota;

2)transmisja obrazu wraz z parametrami lotu musi odbywać się w pasmach 2,4 GHz i 5,8 GHz, z możliwością wyboru częstotliwości przez pilota.

Kolejno ustalono, że do upływu terminu składania ofert, ofertę zamawiającemu w zakresie części nr 1 złożył zamawiającemu m.in. odwołujący i przystępujący,

(por. informacja z otwarcia ofert, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że odwołujący w formularzu ofertowym, w kolumnie zatytułowanej *Oferowany asortyment, ukompletowanie zgodnie z wymaganiami Producent, Model, Typ (pozwalający na identyfikację przedmiotu oferty)* oświadczył, że oferuje zamawiającemu bezzałogowy statek powietrzny z termowizją – producent Autel Robotics, model: EVO MAX 4T.

(por. oferta odwołującego, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że 31 października 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 oraz o odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie części nr 1 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, co następuje.

Oferta złożona przez Wykonawcę jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaoferowany produkt Autel Robotics, EVO MAX 4T nie spełnia warunków zamówienia w pozycjach:

2.2. p.4 OPZ - min. zakres temperatury pracy od -10 st. C do 40 st. C dla wszystkich podzespołów BSP (akumulatory, ładowarki, BSP, kontroler). Z informacji uzyskanych ze strony producenta, ładowanie akumulatora w temperaturze +5 do +45 st. C

2.1. p.6 OPZ - BSP oraz stacja naziemna muszą być wyposażone w interfejsy umożliwiające instalację kart pamięci SD o pojemności nie mniejszej niż 64 GB i obsługujące prędkości zapisu zgodnie z parametrami producenta BSP. Z informacji uzyskanych ze strony producenta, Autel Smart Controller V3 – brak gniazda na kartę SD.

2.6. p.1 OPZ - stacja naziemna musi umożliwiać pilotowi sterowanie BSP przy użyciu pasma 2,4 GHz i 5,8 GHz, z możliwością wyboru częstotliwości przez pilota. Z informacji uzyskanych ze strony producenta zaoferowany produkt nie umożliwia pilotowi zmiany częstotliwości, gdyż zmieniana jest automatycznie.

2.6. p.2 OPZ - transmisja obrazu wraz z parametrami lotu musi odbywać się w pasmach 2,4 GHz i 5,8 GHz, z możliwością wyboru częstotliwości przez pilota. Z informacji uzyskanych ze strony producenta zaoferowany produkt nie umożliwia pilotowi zmiany częstotliwości, gdyż zmieniana jest automatycznie.

(por. ww. zawiadomienie z 31 października 2024 r., w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Odwołanie nie zastępowało na uwzględnienie.

Trafny okazał się zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niespełnienia wymogu z pkt 2.1 ppkt 6 OPZ

Zgodnie z wymogiem z pkt 2.1. ppkt 6 OPZ, BSP oraz stacja naziemna muszą być wyposażone w interfejsy umożliwiające instalację kart pamięci SD o pojemności nie mniejszej niż 64 GB i obsługujące prędkości zapisu zgodnie z parametrami producenta BSP.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego uzasadniając, że jej ona niezgodna z ww. wymaganiem z uwagi na *brak gniazda na kartę SD*.

Tak uzasadniona czynność odrzucenia oferty odwołującego okazała się niezasadna. Odrzucenie przez zamawiającego oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, może nastąpić w razie stwierdzenia niebudzącej wątpliwości sprzeczności oferty wykonawcy z jednoznacznymi postanowieniami, wynikającymi z dokumentów zamówienia.

Izba wzięła pod uwagę, że w SWZ próżno było szukać wymogu, aby urządzenie posiadało gniazdo na kartę SD. W szczególności wymóg taki nie wynikał ze sformułowania „*interfejsy umożliwiające instalację kart pamięci SD*”. W ocenie izby sformułowanie to jest szersze niż „*gniazdo na kartę SD*”. W wymaganiu zamawiający nie referował do konkretnego rozwiązania technicznego, to jest gniazda na kartę SD. Wskazywał tylko, że urządzenie ma posiadać taki interfejs, który umożliwi instalację kart pamięci SD. Za spełniające ten wymóg można było uznać zatem literalnie każdy interfejs, który umożliwi instalację kart pamięci SD, a nie tylko gniazdo na kartę SD. Takim interfejsem może być zaś przykładowo interfejs USB-A, który jest interfejsem uniwersalnym i umożliwia instalację czytnika kart pamięci SD choćby za pośrednictwem przejściówki montowanej do portu USB-A. Nie było zaś sporne między stronami, że urządzenie zaoferowane przez odwołującego posiada m.in. port USB-A. Ponadto odwołujący złożył w charakterze dowodu korespondencję mejlową z 25 listopada 2024 r. prowadzoną przez przedstawicieli odwołującego z panem Bryanem Yu – kierownikiem ds. sprzedaży z firmy Autel Robotics. Pan B.Y. odpowiadając na prośbę przedstawicieli odwołującego o potwierdzenie zgodności w wymogiem 2.1 ppkt 6 OPZ wyjaśnił, że *gniazdo typu USB-A to uniwersalny interfejs do podłączania dowolnego rodzaju rozszerzeń, takich jak dyski SSD lub karty pamięci SD lub micro SD*.

Ponieważ zatem w dokumentach zamówienia nie było wymogu, aby oferowane urządzenie posiadało gniazdo na kartę SD, to brak takiego gniazda w urządzeniu oferowanym przez odwołującego nie mógł skutkować odrzuceniem jego oferty.

Kierując się powyższymi rozważaniami izba stwierdziła, że zarzut dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności z wymaganiem z pkt 2.1 ppkt 6 OPZ okazał się zasadny.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający dodatkowo podniósł, że przy dopuszczeniu instalacji czytnika kart pamięci SD za pośrednictwem przejściówki montowanej do portu USB-A nie zostałyby spełnione dodatkowo inny wymóg z SWZ, który brzmiał: *Musi (tu: urządzenie z głowicami i akumulatorem) spełniać wymagania normy ochrony zgodne z IP-43 lub*

wyższej.

Zgodnie z art. 555 Pzp izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Dostrzeżenia wymagało zaś, że zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego jako niezgodnej z ww. wymaganiem. W konsekwencji odwołujący nie sformułował w odwołaniu zarzutów związanych z niespełnieniem wymagania normy ochrony zgodnej z IP-43 lub wyższej. Skoro w odwołaniu takich zarzutów nie sformułowano, to izba nie mogła rozstrzygać w przedmiocie ich zasadności.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie może rozszerzać podstawy faktycznej czynności odrzucenia oferty odwołującego na etapie postępowania odwoławczego przed izbą. Izba podziela zatem w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...)Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.

Kierując się powyższymi rozważaniami izba pominęła przy wyrokowaniu argumentację zamawiającego co do konieczności odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności z wymaganiem spełniania przez oferowane urządzenie normy ochrony zgodnej z IP-43 lub wyższej.

Chybiony okazał się zarzut dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności z wymaganiami z pkt 2.6. ppkt 1 OPZ oraz z pkt 2.6. ppkt 2 OPZ

Zgodnie z wymaganiem z pkt 2.6. ppkt 1 OPZ -*stacja naziemna musi umożliwiać pilotowi sterowanie BSP przy użyciu pasma 2,4 GHz i 5,8 GHz, z możliwością wyboru częstotliwości przez pilota* Natomiast zgodnie z wymaganiem z pkt 2.6. ppkt 2 OPZ -*transmisja obrazu wraz z parametrami lotu musi odbywać się w pasmach 2,4 GHz i 5,8 GHz, z możliwością wyboru częstotliwości przez pilota.*

Powodem odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego było to, że zaoferowane przez odwołującego urządzenie nie umożliwiałoby pilotowi zmiany częstotliwości, gdyż zmieniana jest ona automatycznie.

Celem wykazania zasadności swego stanowiska zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie zrzut ekranu ze strony internetowej oficjalnego dystrybutora sprzętu Autel Robotics, na której znalazła się informacja: „*It supports adaptive frequency hopping transmission in four frequency bands, automatically selecting the optimal channel based on electromagnetic interference conditions, demonstrating strong anti-interference capabilities*”, co zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przetłumaczył jako: „*Automatycznie obsługuje adaptacyjną transmisję przeskoku częstotliwości w czterech pasmach częstotliwości, automatycznie wybierając optymalny kanał na podstawie warunków zakłóceń elektromagnetycznych, wykazujące silne możliwości przeciwwzakłóceniewe*”.

Jak wynikało z powyższej informacji, wybór spośród czterech częstotliwości odbywa się automatycznie, zaś zamawiający wymagał, aby istniała możliwość manualnego (ręcznego) wyboru częstotliwości przez pilota.

Odwolujący w odwołaniu podniósł, że w zaoferowanym przez niego urządzeniu istnieje możliwość ustawienia częstotliwości manualnie, czyli z pozycji pilota, a nie tylko automatycznie. Do odwołania załączył zrzut ekranu, który według jego oświadczenia pochodził z oprogramowania urządzenia – zrzut z kontrolera.

W trakcie posiedzenia izby odwołujący dodatkowo złożył dowód nr 9 – korespondencję mejlową z 25 listopada 2024 r. prowadzoną przez przedstawicieli odwołującego z panem Bryanem Yu – kierownikiem ds. przedsprzedaży z firmy Autel Robotics, który odpowiadając na prośbę przedstawicieli odwołującego o potwierdzenie zgodności w wymogami 2.6 ppkt 1 i 2.6. ppkt 2 OPZ oświadczył, że „*w przypadku wersji policyjnej obsługuje ręczny wybór częstotliwości dla statku powietrznego i RC, jak pokazano na poniższym rysunku*”. Po czym do korespondencji wklejono zrzut ekranu z oprogramowania – zrzut z kontrolera, analogiczny do załączonego do odwołania.

Dodatkowo w trakcie rozprawy izba na wniosek odwołującego przeprowadziła dowód z oględzin okazanego przez odwołującego drona. Na okazanym izbie dronie brak było informacji jednoznacznie identyfikujących urządzenie. W trakcie oględzin odwołujący włączył urządzenie, które uruchomiło się. Następnie odwołujący ukazał stację naziemną w postaci kontrolera. Pokazał aplikację, która według jego oświadczenia służy do kontrolowania drona. Pokazał po prawej stronie przycisk „*Więcej*” po naciśnięciu którego pojawiła się opcja wejścia w *Ustawienia*. Następnie kliknął przycisk *Ustawienia* i pojawiło się pole „*Ustawienie parametru kontroli lotu*”. Następnie kliknął po prawej stronie przycisk *Transmisja* i pojawił się ekran *Ustawienia transmisji obrazu*. W polu *pasmo częstotliwości transmisji* po kliknięciu w słowo *Auto* otworzyła się lista możliwych do wyboru pasm częstotliwości transmisji obejmująca: 2.4G, 5,2G, 5,8G, 900M, Auto. Odwołujący oświadczył, że ten zrzut ekranu jest tożsamy ze zrzutem załączonym do odwołania.

W trakcie rozprawy pełnomocnik odwołującego oświadczył dodatkowo, że wersja cywilna i wersja policyjna urządzenia różnią się oprogramowaniem .

Zamawiający w trakcie rozprawy odnosząc się do dowodów zaoferowanych przez odwołującego zwrócił uwagę, że odwołujący w formularzu ofertowym, w jego kolumnie zatytułowanej: *Oferowany asortyment, ukończenie zgodnie z wymaganiami Producent, Model, Typ (pozwalający na identyfikację przedmiotu oferty)* wskazał jedynie, że oferuje *Autel Robotics, EVO MAX 4T*.

Odnosząc się do całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie podkreślenia wymagało, że zamawiający we wzorze formularza ofertowego wymagał od wykonawców wskazania *Oferowany asortyment, ukończenie zgodnie z wymaganiami Producent, Model, Typ (pozwalający na identyfikację przedmiotu oferty)*. Wymóg ten nakładał na wykonawców obowiązek podania takich informacji co do oferowanego asortymentu i jego ukończenia, który pozwalałby na identyfikację przedmiotu oferty.

Odwolujący w formularzu oferty złożył oświadczenie, że oferuje urządzenie Autel Robotics, EVO MAX 4T. Odwołujący nie sprecyzował, że oferuje zamawiającemu urządzenie w tzw. wersji policyjnej, z innym oprogramowaniem, niż oprogramowanie standardowe, którego cechy wynikały z powszechnie dostępnych informacji figurujących na stronie producenta, na jakie powołał się zamawiający. W tej sytuacji zamawiający, badając zgodność oferty odwołującego z wymaganiami SWZ, miał prawo wziąć pod uwagę cechy oprogramowania powszechnie dostępnej, cywilnej wersji urządzenia, które zostały ujawnione na stronie internetowej producenta. Jeżeli zamiarem odwołującego było zaoferowanie zamawiającemu wersji niestandardowej, tzw. „wersji policyjnej”, o której mowa w dowodzie nr 9, to realizując nałożony na niego obowiązek identyfikacji przedmiotu oferty i jego ukończenia, powinien ten fakt ujawnić w formularzu ofertowym, czego jednak nie uczynił. Zgodnie z art. 223 Pzp, po upływie terminu składania ofert, niedopuszczalne jest co do zasady, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany treści oferty. Z dowodu nr 9 złożonego przez odwołującego jednoznacznie wynikało, że tylko w przypadku wersji policyjnej obsługuje ręczny wybór częstotliwości dla statku powietrznego i RC. Dodatkowo w trakcie rozprawy pełnomocnik odwołującego wyraźnie oświadczył, że wersja cywilna i wersja policyjna drona różnią się oprogramowaniem.

Kierując się powyższymi rozważaniami, izba stwierdziła, że zarzut dotyczący bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności z wymaganiami z pkt 2.6. ppkt 1 OPZ oraz pkt 2.6. ppkt 2 OPZ okazał się chybiony.

Chybiony okazał się zarzut dotyczący bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności z wymaganiami z pkt 2.2. ppkt 4 OPZ

W wymaganiu z pkt 2.2. ppkt 4 OPZ zamawiający wskazał *-min. zakres temperatury pracy od -10 st. C do 40 st. C dla wszystkich podzespołów BSP (akumulatory, ładowarki, BSP, kontroler).*

Jak wynikało z treści ww. wymagania, zamawiający oczekiwał, aby całe urządzenie, jak i wszystkie jego podzespoły pracowały w temperaturze od - 10 st. C do 40 st. C. Co istotne, wśród tych podzespołów zamawiający wymieniał m.in. także wprost ładowarkę i akumulator.

Zamawiający celem wykazania zasadności swego stanowiska załączył do odpowiedzi na odwołanie zrzut ekranu ze strony pl.autelpilot.eu, z której wynikało, że temperatura ładowania akumulatora została określona jako +5 do +45 st. C.

Odwołujący złożył dowód nr 8 - oświadczenie przedstawiciela Autel Robotics pana Brayna Yu, który oświadczył, że *Jeśli chodzi o temperaturę pracy akumulatora EVO Max, ma on zaawansowaną zdolność samonagrzewania, umożliwiając niezawodną pracę w trudnych warunkach temperaturowych od -20°C do 50°C. Gdy temperatura otoczenia spadnie poniżej 5°C, akumulator automatycznie rozpocznie proces samonagrzewania, podgrzewając się do 5°C przed wznowieniem normalnego ładowania. Poza tym, ładowarka EVO Max obsługuje temperatury pracy od -10C do 40C. Ta funkcjonalność zapewnia dobrą wydajność i długowieczność, umożliwiając naszym dronom skuteczne działanie w różnych środowiskach i zapewniając naszym klientom pewność bezpiecznego latania.*

Dodatkowo odwołujący złożył na posiedzeniu izby dowód nr 9 – korespondencję mejlową z 25 listopada 2024 r. prowadzoną przez przedstawicieli odwołującego z panem Bryanem Yu – kierownikiem ds. sprzedaży z firmy Autel Robotics. Pan B.Y. odpowiadając na prośbę przedstawicieli odwołującego o potwierdzenie zgodności w wymogiem z pkt 2.2. ppkt 4 OPZ oświadczył, że *W tym momencie ładowanie baterii w temperaturze od +5 do +45 stopni C jest ograniczeniem sprzętowym, ale nie oznacza to, że nie obsługuje temperatury roboczej od -10 st. C do 40 st. C, wystarczy czas, aby akumulatory się samonagrzewały. Dlatego możemy powiedzieć, że temperatura pracy akumulatorów wynosi od -20 st. C do 50 st. C.”.*

Zamawiający zakwestionował dowody nr 8 i nr 9 wskazując, że nie wiadomo, czy p.B. jest uprawniony do składania oświadczeń w imieniu Autel Robotics. Izba uznała ww. zastrzeżenia za niezasadne. Oświadczenie z dowodu nr 8 zostało opatrzone nie tylko podpisem pana B.Y., ale także okrągłą, czerwoną pieczęcią z nazwą firmy Autel Robotics. Celem wykazania znaczenia ww. pieczęci w prawie chińskim odwołujący złożył dowód nr 6 - wydruk ze strony internetowej rphd.pl, zawierający artykuł A.D., *Prawo chińskie, cz.1, Pieczęć zamiast podpisu?* w którym wskazano: *W CHRL bardzo istotną rolę odgrywają pieczęcie, dlatego też często spotkamy się z pieczęcią zamiast podpisu. Pieczęć imienna tzw. seal często zastępuje fizyczny podpis i jest równoważna (a niekiedy ważniejsza) z podpisem. Pieczęć taką posiada obowiązkowo legal representative spółki. Przedstawia ona jego podpis. Pieczęcie te nie są możliwe do wyrobienia bez przedstawienia business licence Spółki. Spółka posiada również swoją własną pieczęć. Posiadanie tej pieczęci jest obowiązkowe. Musi ona być w okrągłym kształcie i z czerwonym tuszem zawierająca chińską nazwę spółki.*

Dodatkowo odwołujący złożył dowód nr 7 – wydruk ze strony internetowej stamper.pl, zatytułowany *Chińskie pieczętki - tradycja, która zachwyca i inspiruje*, w którym wskazano m.in.: *W prawie chińskim każdy podmiot, który jest legalnie zarejestrowany w Chinach musi posiadać pieczęć urzędową firmy i kilka dodatkowych, pełniących określone funkcje. Wykonanie takiej pieczętki zleca się specjalistycznym firmom i rejestruje w Biurze Bezpieczeństwa Publicznego. Chińskie pieczętki są oficjalnym dowodem tożsamości, podobnie jak w kulturze Zachodu podpis odręczny. Wykorzystuje się je do różnych operacji takich jak otwieranie kont bankowych, wystawianie faktur czy płacenie podatków. Z tego powodu są pilnie strzeżone przez ich właścicieli.*

Kierując się powyższymi ustaleniami izba nie znalazła dostatecznych podstaw aby odmówić wiarygodności oświadczeniu pana B.Y., zawartemu w dowodzie nr 8 i nr 9.

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy izba stwierdziła, że wymaganiem zamawiającego było to, aby cały sprzęt, a w tym w szczególności wymienione w wymaganiu enumeratywnie podzespoły, w tym ładowarka i akumulator pracowały w zakresie temperatur od -10 st. C do 40 st. C. Wymóg pracy w zakresie tych temperatur dotyczył zatem także ładowarki, której zadaniem, jak wynika z jej nazwy, jest ładowanie akumulatora.

Z całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynikało jednak, że w zaoferowanym urządzeniu istnieje ograniczenie sprzętowe, zgodnie z którym *ładowanie baterii odbywa się tylko w temperaturze od +5 do +45 stopni C*. Gdy temperatura spadnie poniżej 5 stopni, proces ładowania akumulatora przez ładowarkę się nie odbywa. Tymczasem, jak wskazano wcześniej, zamawiający oczekiwał, że w zakresie temperatur od -10 do 40 stopni działać będzie także ładowarka, której zadaniem, jak sama nazwa wskazuje, jest ładowanie akumulatora. Poniżej 5 stopni C ładowarka, z uwagi na ograniczenie sprzętowe, nie będzie ładowała akumulatora. W tej sytuacji bowiem włączy się samonagrzewanie akumulatora. Dopiero po nagraniu się akumulatora do 5 stopni C ładowarka podejmie pracę w postaci ładowania akumulatora. Powyższe oznaczać będzie opóźnienie w rozpoczęciu ładowania, dopóki akumulator nie osiągnie temperatury 5 stopni C.

Tymczasem zamawiający, opisując wymagania co do zakresu pracy całego urządzenia i jego podzespołów, w tym ładowarki i akumulatora, miał prawo oczekiwać, że otrzyma rozwiązanie, w którym od razu, również przy temperaturze – 10 st. C ładowarka będzie pracowała, rozpocznie od razu proces ładowania akumulatora i nie będzie to uzależnione od wcześniejszego podgrzania się akumulatora do 5 stopni, co wiąże się z opóźnieniem.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że omawiany zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień w przedmiocie oferty odwołującego w zakresie związanym z wątpliwościami, które legły u podstaw czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp, zamawiający nie ma obowiązku wyjaśniać kwestii, które nie budzą jego wątpliwości. Odwołujący oświadczył zamawiającemu w formularzu oferty, że oferuje urządzenie Autel Robotics, EVO MAX 4T. Jak już wskazywano wcześniej, odwołujący, pomimo, iż spoczywał na nim obowiązek opisanego zaoferowanego asortymentu i jego ukończenia w sposób pozwalający na identyfikację przedmiotu oferty, nie wskazał, że oferuje niedostępną powszechnie, tzw. policyjną wersję urządzenia Autel Robotics, EVO MAX 4T. W tej sytuacji zamawiający miał prawo badać zgodność oferowanego urządzenia z wymaganiami SWZ również poprzez analizę powszechnie dostępnej dokumentacji technicznej urządzenia Autel Robotics, EVO MAX 4T. Skoro zamawiający odnalazł w tej dokumentacji jednoznaczne potwierdzenie niezgodności urządzenia Autel Robotics, EVO MAX 4T z wymaganiami SWZ, to nie miał obowiązku wzywania odwołującego do składania wyjaśnień w tym zakresie. Zarzut okazał się zatem chybiony.

Izba przy wyrokowaniu nie brała pod uwagę następujących dowodów złożonych na posiedzeniu przez odwołującego:

- 1) dowód nr 1 - referencje Komendy Głównej Policji z 8 stycznia 2024 r. wystawione odwołującemu z tytułu realizacji umowy z dnia 10 listopada 2023 r. na dostawę 5 sztuk bezzałogowych statków powietrznych z optyką wraz z formularzem ofertowym złożonym przez odwołującego w tym postępowaniu,
- 2) dowód nr 2 - referencje wystawione odwołującemu przez komendanta Nadbużańskiego Oddziału Straży Granicznej dotyczące należytego wykonania umowy nr 29/2023 na dostawę zestawów bezzałogowych statków powietrznych wraz z protokołem odbioru w ramach tego zamówienia,
- 3) dowód nr 3 - referencje Jednostki Wojskowej nr 2305 z 15 listopada 2024 r. wystawione odwołującemu z tytułu należytego wykonania zamówienia na dostawę zestawów bezzałogowych statków powietrznych, umowa nr 106/ZLT/2024 z 23 października 2024 r.
- 4) dowód nr 4 - referencje Bieszczadzkiego Oddziału Straży Granicznej z 10 października 2023 r. wystawione odwołującemu z tytułu należytej realizacji umowy nr 61/WŁII/2023 z dnia 8 sierpnia 2023 r.

W oparciu o ww. dowody można było ustalić jedynie fakt należytego wykonania zamówień polegających na dostawie dronów przez odwołującego dla ww. zamawiających. Fakt ten nie miał jednak żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia Izby co do zasadności bądź niezasadności zarzutów odwołania, odnoszących się do niezgodności oferty odwołującego z konkretnymi wymaganiami wskazanymi w SWZ.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu

rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego z powodu niezgodności z wymaganiem z pkt 2.1 ppkt 6 OPZ nie miało i nie może mieć wpływu na wynik postępowania w części 1 zamówienia. Jednocześnie bowiem izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego z powodu jej niezgodności z wymaganiami z pkt 2.6. ppkt 1 OPZ, pkt 2.6. ppkt 2 OPZ oraz pkt 2.2. ppkt 4 OPZ.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnicy postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....