

Sygn. akt: KIO 3456/23

WYROK
z dnia 5 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie** przy udziale wykonawcy **T-Mobile Polska S.A w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Orange Polska S.A w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00** gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Orange Polska S.A w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3456/23

Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie, zwane 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 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest dostawa aparatów telefonicznych wraz ze świadczeniem usług w zakresie telefonii GSM dla jednostek organizacyjnych PGW WP na okres 36 miesięcy”; znak sprawy: KZGW/KI/207/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 czerwca 2023 r., nr 2023/S 124-390838.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 20 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Orange Polska S.A w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 i z art. 16 pkt 1 Pzp przez bezpodstawne, bez zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania odrzucenie jego oferty z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, co w ocenie Zamawiającego ma wynikać z tego, że oferowane urządzenie Hammer Blade 3 nie obsługuje częstotliwości 1900 MHz i nie obsługuje technologii VoWifi (Wifi Calling) w standardzie, podczas gdy urządzenia zaoferowane przez niego spełniają wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, w tym wymagania określone w uzasadnieniu odrzucenia oferty dotyczące obsługi wskazanych funkcjonalności.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia, dotyczącymi zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy. Przykładowo zamawiający określa w dokumentach zamówienia wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – poza ogólnym oświadczeniem o zgodności oferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia – podania konkretnych parametrów (np. nazwy, modelu, producenta) pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty, porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia jest podstawą do

stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności. Dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi przez niego warunkami zamówienia, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Odwołujący wskazał także, że zachowuje aktualność zasada, że niejasne, pozwalające na różną interpretację postanowienia dotyczące warunków zamówienia, nie mogą skutkować negatywnie dla wykonawcy, bowiem to zamawiający jest ich autorem i to on powinien zadbać o ich właściwy opis, jak również zasada, że specyfikacja warunków zamówienia, zawierająca m.in. opis przedmiotu zamówienia, nie może być zmieniana po terminie składania ofert.

Odwołujący argumentował, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający stwierdził, iż w toku badania i oceny ofert stwierdził, że odwołujący:

1) w Standardzie IV zaoferował aparat telefoniczny, który nie obsługuje jednej z wymaganych częstotliwości w technologii UMTS, tj. 1900 MHz. W ocenie Zamawiającego zaoferowany aparat telefoniczny nie spełnia więc wymogu w zakresie działania UMTS;

2) w Standardzie IV zaoferował aparat telefoniczny, który nie obsługuje technologii VoWifi/ WifiCalling w standardzie.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie przedstawił przy tym powodów dokonania powyższej oceny i nie uzasadnił z jakich przyczyn w jego ocenie zaoferowany telefon nie obsługuje częstotliwości UMTS 1900 MHz i nie obsługuje technologii VoWifi/WifiCalling w standardzie. Zamawiający przywołał jedynie na wymaganie zawarte w pkt 2.12 opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”), zgodnie z którym Zamawiający wymaga dostarczenia aparatów z wgranym standardowym oprogramowaniem producenta urządzenia, bez jakichkolwiek dodatków operatora w postaci aplikacji, nakładek programowych, skrótów czy też reklam produktów własnych lub przedmiotów współpracujących z operatorem.

Zdaniem odwołującego, w konsekwencji podstawą do odrzucenia jego oferty, której treść była niezgodna z warunkami zamówienia, były nieuzasadnione rzekome niezgodności z wymaganiami określonymi w OPZ wynikające z przyczyn, o których wiedzę ma tylko Zamawiający. Odwołujący podniósł, że wbrew twierdzeniu Zamawiającego zaoferowany telefon komórkowy Hammer Blade 3 posiada oprogramowanie i elementy sprzętowe, które zapewnia obsługę częstotliwości 1900 MHz w technologii UMTS. Oprogramowanie to i sprzęt instalowane są w telefonie przez producenta na etapie produkcji. Fakt ten potwierdza przedstawiciel producenta telefonu. Odwołujący podniósł także, że zaoferował telefon komórkowy Hammer Blade 3 ze standardową wersją oprogramowania z włączoną usługą VoWiFi. Fakt ten potwierdza przedstawiciel producenta telefonu. Odwołujący podkreślał także, że z dokumentów zamówienia, w szczególności z OPZ, nie wynika brak możliwości aktualizacji standardowego oprogramowania jako działania, którego nie dopuszcza Zamawiający.

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 T-Mobile Polska S.A. w Warszawie. 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, informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, pisma przystępującego kierowane do zamawiającego dotyczące oferty odwołującego wraz z załącznikami, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 7 ustawy Pzp stanowi, że *Ileokroć w niniejszej ustawie jest mowa o:*

29) warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

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 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa aparatów telefonicznych wraz ze świadczeniem usług w zakresie telefonii GSM dla jednostek organizacyjnych PGW WP. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik Nr 1 do SWZ. (por. pkt 4.1. specyfikacji warunków zamówienia – SWZ w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) zamawiający przewidział m.in.:

2. Dostawa sprzętu niezbędnego do korzystania z usług.

2.1 Zamawiający wymaga aparatów telefonicznych w 4 standardach, których wymogi zostały określone w tabeli w pkt.

2.2

2.2 Zamawiający wymaga zaoferowania aparatów telefonicznych, spełniających poniżej wskazane minimalne parametry:

Lp.	Parametr, funkcja	Standard IV
3	Zakres działania UMTS	850, 900, 1900, 2100
5	VoWifi (Wifi Calling)	Tak

2.12. Zamawiający wymaga dostarczenia aparatów z wgranym standardowym oprogramowaniem producenta urządzenia, bez jakichkolwiek dodatków operatora w postaci aplikacji, nakładek programowych, skrótów czy też reklam produktów własnych lub przedmiotów współpracujących z operatorem.

Kolejno ustalono, że w dniu 6 września 2023 r., w odpowiedzi na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ o treści:

PYTANIE 63

Dotyczy Tabeli 4 z punktu 2.2. OPZ – Standard IV – Zakres działania UMTS. – Wnosimy, by Zamawiający zgodził się zrezygnować z wymagania obsługi pasm 850 i 1900 MHz w UMTS. Technologia UMTS (3G) jest technologią przestarzałą, którą operatorzy komórkowi w Polsce stopniowo wygaszają (całkowite wyłączenie nastąpi w najbliższych latach). Uwolnione pasma częstotliwości operatorzy wykorzystują do rozwoju sieci 4G (LTE) i 5G, które gwarantują większe prędkości transmisji danych oraz lepszą jakość połączeń głosowych (np. dzięki VoLTE). Z tego powodu zgoda na wykreślenie wymagania wspomnianych pasm w UMTS nie wpłynie w żaden sposób na obniżenie komfortu korzystania z urządzenia i prawdopodobnie będzie całkowicie niezauważalna dla Zamawiającego.

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści SWZ we wnioskowanym zakresie.

(por. wyjaśnienia z dnia 6 września 2023 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta odwołującego.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że odwołujący zaoferował zamawiającemu, w ramach standardu IV, m.in. telefon Myphone Hammer Blade 3.

(por. pkt 1c oferty odwołującego, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że przystępujący złożył do zamawiającego pismo z 3 października 2023 r., w którym domagał się odrzucenia oferty odwołującego. W piśmie tym wskazał m.in., co następuje:

Z informacji wskazanych w specyfikacji technicznej tego urządzenia dostępnej na stronie internetowej producenta Myphone (<https://www.myphone.pl/wydruk/77442/>) wynika, że urządzenie Myphone Hammer Blade 3 dla pasma 3G (czyli UMTS) nie oferuje częstotliwości 1900 MHz.

Takie same parametry wskazano również w Skróconej instrukcji obsługi tego urządzenia dostępnej pod adresem [https://www.myphone.pl/support/hammer-blade-3/\(w załączeniu – str. 8\).](https://www.myphone.pl/support/hammer-blade-3/(w załączeniu – str. 8).)

Do ww. pisma przystępujący załączył jako załącznik nr 1 - Skróconą instrukcję obsługi Myphone Hammer Blade 3. Na stronie 8 tej instrukcji znajduje się m.in. zapis:

6. Parametry techniczne (...)

UMTS: 850/900/2100 Mhz

(por. pismo przystępującego z 3.10.2023 r. z załącznikiem, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że przystępujący złożył do zamawiającego pismo z 13 października 2023 r., w którym domagał się odrzucenia oferty odwołującego. W piśmie tym wskazał m.in., co następuje:

Zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie internetowej Orange (<https://www.orange.pl/poradnik/siec->

komorkowa/dzwonienie-przez-wi-fi-poznaj-wi-fi-calling/) „Wi-Fi calling jest usługą, która pozwala dzwonić i odbierać połączenia telefoniczne po zalogowaniu do dowolnej sieci Wi-Fi. Co ważne – jeśli chcesz korzystać z tej usługi, nie musisz instalować oddzielnych aplikacji, które zajmują miejsce na telefonie i mogą spowalniać jego pracę, tak jak niektóre komunikatory. Aby zadzwonić przez Wi-Fi, wystarczy aktywować usługę na telefonie i wybrać numer z listy kontaktów. Osoba, do której dzwonisz, zobaczy Twój standardowy numer telefonu, a połączenie zostanie dopisane do historii.” (...)

Na stronie internetowej Orange wskazano również „Lista telefonów, które umożliwiają dzwonienie przez Wi-Fi calling, może się różnić w zależności od operatora. (...) Pełne zestawie telefonów z Wi-Fi calling w Orange znajdziesz tutaj.” (...)

Lista telefonów z WiFi calling w Orange znajduje się pod linkiem https://www.orange.pl/medias/omni/lp/b2c/inne/wykorzystaj-siec/Telefony_VoLTE_Wificalling.pdf. Z listy tej wynika, że aparat telefoniczny Hammer Blade 3 nie posiada funkcji WiFi Calling. Zgodnie z informacją zawartą na wskazanej stronie, lista ta była aktualizowana 4 października 2023 r. (...)

Informacja o braku funkcji WiFi Calling znajduje się również na stronie internetowej Orange dot. tego konkretnego modelu aparatu telefonicznego - <https://www.orange.pl/esklep/smartfony/hammer/hammer-blade-3-esim> (wersja na dzień 13.10.2023 r.) oraz stronach branżowych np. <https://antyweb.pl/wifi-calling-sms-volte-roaming-orange> czy <https://gsmonline.pl/artykuly/vilte-w-orange-juz-dziala-prawie-dla-wszystkich-jest-nowa-lista-smartfonow>

Do ww. pisma przystępujący załączył, jako załącznik nr 1 - Lista telefonów z WiFi calling w Orange (ze strony https://www.orange.pl/medias/omni/lp/b2c/inne/wykorzystaj-siec/Telefony_VoLTE_Wificalling.pdf).

(por. pismo przystępującego z 13.10.2023 r. z załącznikiem, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że przystępujący złożył do zamawiającego pismo z 17 października 2023 r., do którego załączył korespondencję mailową z mPTECH sp. z o.o. – producentem urządzeń Hammer.

W odpowiedzi na maila z dnia 12.10.2023 r. o treści: Szukam na Państwa stronach informacji czy telefony Hammer Blade 3 i Hammer Blade 4 posiadają funkcjonalność wifi calling. Proszę o udzielenie informacji w dniu 13 października 2023 r. pani Aneta Jurczyk, st. Specjalista z firmy mPTech sp. z o.o. udzieliła odpowiedzi „na chwilę obecną WIFI calling obsługuje BLADE 4.

Na kolejnego maila z dnia 13.10.2023 r. o treści: Czyli dobrze rozumiem, że BLADE 3 nie obsługuje WIFI calling? w dniu 16.10.2023 r. pani Aneta Jurczyk, st. Specjalista z firmy mPTech sp. z o.o. udzieliła odpowiedzi: Blade 3 nie obsługuje WIFI Calling.

Następnie ustalono, że 9 listopada 2023 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz o wyborze oferty wykonawcy T-Mobile Polska S.A. w Warszawie jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający w Opisie przedmiotu zamówienia — Załącznik Nr 1 do SWZ, określił minimalne wymagania jakie mają spełniać zaoferowane aparaty telefoniczne w czterech standardach.

W Tabeli 4., w pozycji 3. „Zakres działania UMTS”, Zamawiający wymagał dla aparatu w Standardzie IV obsługi częstotliwości 850, 900, 1900, 2100 [MHz]. W toku badania i oceny ofert Zamawiający, stwierdził, że Wykonawca w Standardzie IV zaoferował aparat telefoniczny, który nie obsługuje jednej z wymaganych częstotliwości w technologii UMTS, tj. 1900 MHz. Zaoferowany aparat telefoniczny nie spełnia więc wymogu w zakresie działania UMTS, co jest niezgodne z warunkami zamówienia, a w szczególności z wymaganiami zawartymi w Opisie przedmiotu zamówienia.

W Tabeli 4., w pozycji 5. „VoWifi (Wifi Calling)”, Zamawiający wymagał dla aparatu w Standardzie IV obsługi technologii VoWifi / Wifi Calling. Ponadto Zamawiający w pkt 2.12 Opisu przedmiotu zamówienia wymagał dostarczenia aparatów z wgranym standardowym oprogramowaniem producenta urządzenia, bez jakichkolwiek dodatków operatora w postaci aplikacji, nakładek programowych, skrótów czy też reklam produktów własnych lub przedmiotów współpracujących z operatorem. Zamawiający wymagał więc dostarczenia aparatu telefonicznego obsługującego technologię VoWifi / Wifi Calling w standardzie. W toku badania i oceny ofert Zamawiający, stwierdził, że Wykonawca w Standardzie IV zaoferował aparat telefoniczny, który nie obsługuje technologii VoWifi / Wifi Calling. Zaoferowany aparat telefoniczny nie spełnia więc wymogu w zakresie obsługi technologii VoWifi / Wifi Calling, co jest niezgodne z warunkami zamówienia, a w szczególności z wymaganiami zawartymi w Opisie przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodna z warunkami zamówienia.

(por. informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Do odwołania odwołujący załączył oświadczenie Piotra Spsychalskiego – dyrektora sprzedaży mPTech sp. z o.o. w

Warszawie z dnia 15 listopada 2023 r., w którym wskazano:

Oświadczamy, że w modelu HAMMER Blade 3 istnieje możliwość aktywacji pracy w standardzie UMTS na częstotliwość 1900 MHz. Modele dostępne na polskim rynku tą transmisję w tym standardzie mają nieaktywną. Proces aktywacji tej transmisji następuje na etapie produkcji, zarówno pod względem sprzętu (HW), jak i oprogramowania (SW).

Technologia VoWiFi jest aktywna w wybranych softwarach tego modelu. Wspomniany model posiada kilka wersji oprogramowania. Część z tych wersji dostępnych na polskim rynku ma włączoną usługę VoWiFi. Usługę tą możemy uruchomić zdalnie poprzez aktualizacje oprogramowania (OTA).

(por. załącznik do odwołania).

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z pkt 2.2. OPZ Zamawiający wymagał zaoferowania aparatów telefonicznych, spełniających poniżej wskazane minimalne parametry:

Lp.	Parametr, funkcja	Standard IV
3	Zakres działania UMTS	850, 900, 1900, 2100
5	VoWifi (Wifi Calling)	Tak

Dodatkowo zamawiający w pkt 2.12 OPZ postanowił: *Zamawiający wymaga dostarczenia aparatów z wgranym standardowym oprogramowaniem producenta urządzenia, bez jakichkolwiek dodatków operatora w postaci aplikacji, nakładek programowych, skrótów czy też reklam produktów własnych lub przedmiotów współpracujących z operatorem.*

Na uwagę zasługiwał także fakt, że we wzorze formularza ofertowego zamawiający wymagał od wykonawców podania informacji na temat producenta i modelu oferowanego telefonu.

Zdaniem Izby zestawienie wszystkich przywołanych postanowień SWZ prowadziło do wniosku, że zamawiający oczekiwał, aby oferowany mu telefon wspierał częstotliwość 1900 Mhz w zakresie działania UMTS, czyli 3G, po drugie zaś musiał wspierać funkcjonalność VoWifi. Co istotne, z pkt 2.12 OPZ wynikał dodatkowy wymóg, aby ww. funkcjonalności były zapewniane przez standardowe oprogramowanie producenta telefonu. Niedopuszczalna była zatem sytuacja, aby sporne funkcjonalności były uzyskane przez oprogramowanie niestandardowe. Wreszcie zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym danych indywidualizujących przedmiot oferty w postaci producenta i modelu oferowanego telefonu.

Na uwagę zasługiwał także fakt, że wymóg wspierania częstotliwości 1900 MHz w sieci 3G był dla zamawiającego niezwykle istotny. Pomimo wniosku jednego z wykonawców o wykreślenie tego wymogu, zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 63 z dnia 6 września 2023 r. nie wyraził na to bowiem zgody.

Podkreślenia wymagało również, że postanowienia SWZ, po upływie terminu składania ofert stały się ostateczne i wiązały nie tylko wykonawców, ale także zamawiającego. Odstąpienie od ich egzekwowania na etapie badania i oceny ofert było zatem niedopuszczalne, gdyż oznaczałoby naruszenie jednej z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych, to jest zasady równego traktowania wykonawców, wynikającej z art. 16 pkt 1 Pzp.

Z uwagi na wymaganie, aby sporne funkcjonalności były zapewnione przez standardowe oprogramowanie producenta telefonu, zamawiający posiadając informację o producencie i modelu oferowanego mu telefonu, miał prawo w pierwszej kolejności sprawdzić na podstawie powszechnie dostępnych instrukcji obsługi telefonu, stron internetowych producenta, portali branżowych czy stron internetowych wykonawców, czy faktycznie standardowe oprogramowanie telefonu Myphone Hammer Blade 3, oferowanego przez odwołującego, zapewnia wspieranie obu funkcjonalności.

Zdaniem Izby, w świetle całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie zamawiający prawidłowo ustalił, że zaoferowany mu przez odwołującego w formularzu ofertowym telefon Hammer Blade 3, z wgranym standardowym oprogramowaniem, nie zapewnia obu spornych funkcjonalności. Powyższe wynikało z szeregu dowodów, załączonych przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie i pisma procesowego przystępującego, a także dowodów złożonych przez przystępującego na posiedzeniu Izby.

Odnosnie braku wspierania częstotliwości 1900 MHz w zakresie UMTS przez telefon Myphone Hammer Blade 3 informacja o tym wynikała po pierwsze z załącznika nr 3 do odpowiedzi na odwołanie (specyfikacja aparatu telefonicznego Myphone Hammer Blade 3 dostępna w dniu upływu terminu składania ofert na stronie internetowej producenta telefonu <https://www.myphone.pl/?p=77442>). Dostrzeżenia wymagało bowiem, że na stronie 3 tego załącznika, w części dotyczącej sieci znajdował się bowiem zapis: 3G [MHz] - 850/900/2100.

Powyższe wynikało także z załącznika nr 4 do odpowiedzi na odwołanie - skróconej instrukcji obsługi, pochodzącej od samego producenta. Na stronie 8 tego dowodu znajdował się bowiem zapis: UMTS: 850/900/2100 Mhz.

Informacja na temat braku wspierania częstotliwości 1900 Mhz w zakresie UMTS przez telefon Myphone Hammer Blade 3 wynikała także z załącznika nr 5 do odpowiedzi na odwołanie - karty badania współczynnika absorpcji swoistej (SAR).

Kolejno, informacja taka wynikała także z danych technicznych o telefonie dostępnych na dwóch wiodących portalach internetowych tj. www.telepolis.pl oraz www.mgsm.pl, gdzie również brak było informacji o obsłudze częstotliwości 1900 MHz w standardzie UMTS:

<https://www.telepolis.pl/telefony/myphone/hammer-blade-3>

<https://www.mgsm.pl/pl/katalog/hammer/blade3/>.

Wydruki z ww. stron zostały przez zamawiającego złożone jako załączniki nr 6 i 7 do odpowiedzi na odwołanie.

Kolejno Izba stwierdziła, że informacja na temat braku wspierania częstotliwości 1900 MHz w zakresie UMTS przez telefon Myphone Hammer Blade 3 wynikała także z dowodu nr 1 złożonego przez przystępującego na rozprawie. Przystępujący złożył korespondencję mailową z 27 lutego 2023 r. (wraz z wyciągiem z załącznika) w której pan Sylwester Tarawski - Business Unit Manager z mPTech Sp. z o.o. w Warszawie - producenta telefonu Hammer Blade 3, oświadczył, że urządzenie nie obsługuje pasma 1900 MHz w technologii UMTS.

Zdaniem Izby wszystkie powyższe dowody świadczyły o tym, że standardowo urządzenie zaoferowane przez odwołującego nie obsługuje częstotliwości 1900 MHz w sieci UMTS.

Odwołujący w toku postępowania odwoławczego powołał się natomiast na dowód przeciwny. Załączył do odwołania oświadczenie Piotra Spychalskiego – dyrektora sprzedaży mPTech sp. z o.o. w Warszawie z dnia 15 listopada 2023 r., w którym wskazano:

Oświadczamy, że w modelu HAMMER Blade 3 istnieje możliwość aktywacji pracy w standardzie UMTS na częstotliwość 1900 MHz. Modele dostępne na polskim rynku tą transmisję w tym standardzie mają nieaktywną. Proces aktywacja tej transmisji następuje na etapie produkcji, zarówno pod względem sprzętu (HW), jak i oprogramowania (SW).

Dostrzeżenia wymagało, że w treści tego oświadczenia sam producent wspominał jedynie o „możliwości aktywacji pracy w standardzie UMTS na częstotliwości 1900 MHz”. Ponadto sam producent przyznał, że modele dostępne na rynku polskim „standardowo tę transmisję mają nieaktywną”. Powyższe oświadczenia okazały się spójne z resztą zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, na który powołał się zamawiający i przystępujący, w tym również z danymi pochodzącymi z instrukcji obsługi urządzenia przygotowanej przez samego producenta, oraz danymi figurującymi na jego stronie internetowej w świetle załącznika nr 3 do odpowiedzi na odwołanie.

Powyższe świadczyło o tym, że urządzenie zaoferowane przez odwołującego i dostępne na rynku polskim standardowo nie zapewniało spornej funkcjonalności, gdyż jej aktywacja wymagała ingerencji producenta nie tylko w oprogramowanie ale i sam sprzęt. Przypomnienia zaś wymagało, że zamawiający wymagał spełniania funkcjonalności przez standardowe oprogramowanie, co wynikało z pkt 2.12 OPZ. Ponadto na uwagę zasługiwał fakt, że ingerencja w sprzęt oznaczałaby zmianę jego specyfikacji technicznej.

Wreszcie, dostrzeżenia wymagało, że odwołujący na którym z mocy wzoru formularza ofertowego spoczywał ciężar podania danych identyfikujących oferowane urządzenie, ograniczył się do podania danych, które wskazywały na urządzenie standardowo dostępne na rynku polskim. W szczególności odwołujący nie sprecyzował, że oferuje urządzenie, które pod względem sprzętu i oprogramowania jest niedostępne standardowo na rynku polskim.

Odwołujący złożył także w trakcie rozprawy dowód nr 1 w postaci wydruku ze strony internetowej producenta www.myphone.pl/?P=77442. Według oświadczenia odwołującego dowód ten został przez niego pobrany z ww. strony miesiąc temu. W dowodzie tym znajdowała się wzmianka o obsłudze częstotliwości 1900 MHz w sieci 3G przez urządzenie Hammer Blade 3. Dostrzeżenia wymagało jednak, że wydruk z tej samej strony internetowej złożył zamawiający jako załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie. Wg oświadczenia zamawiającego swój wydruk z tej strony pobrał on w dniu upływu terminu składania ofert. W wydruku zamawiającego brak było natomiast wzmianki o obsłudze ww. częstotliwości przez urządzenie Hammer Blade 3.

W tej sytuacji, na wniosek zamawiającego, Izba postanowiła o przeprowadzeniu dowodu z oględzin strony internetowej producenta o adresie www.myphone.pl/?P=77442. Po wpisaniu w przeglądarce ww. adresu nastąpiło przeniesienie do strony początkowej samego urządzenia. Izba stwierdziła zatem, że żaden z wydruków ze strony www.myphone.pl/?P=77442 (ani zamawiającego ani odwołującego) nie był na moment wyrokowania dostępny na tej stronie. Jednakże na stronie początkowej urządzenia, która otwierała się po wpisaniu ww. adresu, znajdował się link do

specyfikacji technicznej urządzenia Hammer Blade 3. Po kliknięciu na ten link nastąpiło otwarcie strony internetowej o adresie www.myphone.pl/wydruk/77442 na którym znajdowała się informacja o tym, że urządzenie Hammer Blade 3 w sieci 3G obsługuje jedynie częstotliwości 850/900/2100 MHz. Wobec powyższego Izba uznała dowód nr 1 złożony przez odwołującego jako niepotwierdzający jego stanowiska o tym, jakoby zgodnie z informacjami na stronie producenta telefon Hammer Blade 3 ze standardowym sprzętem i oprogramowaniem obsługuje częstotliwość 1900 MHz w sieci 3G. Obecnie bowiem na stronie internetowej producenta o adresie www.myphone.pl/wydruk/77442 figurowała informacja świadcząca o niespełnieniu spornego wymogu.

Zdaniem Izby, zamawiający prawidłowo także ustalił, że urządzenie Hammer Blade 3 zaoferowane przez odwołującego wraz z jego standardowym oprogramowaniem nie obsługuje funkcjonalności opisanej jako *VoWiFi (Wifi Calling)*.

Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie załączył, jako załącznik nr 9, wydruk ze strony internetowej samego odwołującego zatytułowany „*Lista telefonów wspierających funkcjonalności sieciowe*”, z aktualizacją na dzień 04.10.2023. Na liście tej, w wierszu listy dotyczącym telefonu Hammer Blade 3, w kolumnie dotyczącej funkcjonalności „*WiFi Calling*”, znajdowała się adnotacja „*NIE*”, świadcząca o niespełnieniu wymogu.

Zamawiający załączył także do odpowiedzi na odwołanie załącznik nr 10 – wydruk ze strony internetowej ze sklepu internetowego odwołującego dotyczący telefonu Hammer Blade 3. Z wydruku tego wynikało jednoznacznie, że urządzenie nie zapewnia komunikacji „*Wifi calling*”.

Ponadto, jak słusznie wskazał przystępujący w swym piśmie procesowym, informacja o niespełnieniu spornego wymogu wynikała także z danych dostępnych na portalach branżowych, m.in. <https://antyweb.pl/wifi-calling-sms-volte-roaming-orange-czy-https://gsmonline.pl/artykuly/vilte-w-orange-juz-dziala-prawie-dla-wszystkich-jest-nowa-lista-smartfonow>.

W dalszej kolejności stwierdzono, że informację o braku spornej funkcjonalności potwierdził także sam producent w korespondencji mailowej załączonej do pisma przystępującego z dnia 17.10.2023 r. W odpowiedzi na maila z dnia 12.10.2023 r. o treści: *Szukam na Państwa stronach informacji czy telefony Hammer Blade 3 i Hammer Blade 4 posiadają funkcjonalność wifi calling. Proszę o udzielenie informacji* w dniu 13 października 2023 r. pani Aneta Jurczyk, st. Specjalista z firmy mPTech sp. z o.o. udzieliła odpowiedzi „*na chwilę obecną WIFI calling obsługuje BLADE 4*”.

Na kolejnego maila z dnia 13.10.2023 r. o treści: *Czyli dobrze rozumiem, że BLADE 3 nie obsługuje WIFI calling?* w dniu 16.10.2023 r. pani Aneta Jurczyk, st. Specjalista z firmy mPTech sp. z o.o. udzieliła odpowiedzi: *Blade 3 nie obsługuje WIFI Calling*.

Odwołujący w toku postępowania odwoławczego złożył dowód przeciwny. Załączył do odwołania oświadczenie Piotra Spychalskiego – dyrektora sprzedaży mPTech sp. z o.o. w Warszawie z dnia 15 listopada 2023 r., w którym wskazano: *Technologia VoWiFi jest aktywna w wybranych softwarach tego modelu. Wspomniany model posiada kilka wersji oprogramowania. Część z tych wersji dostępnych na polskim rynku ma włączoną usługę VoWiFi. Usługę tą możemy uruchomić zdalnie poprzez aktualizacje oprogramowania (OTA)*.

Zdaniem Izby, dowód ten nie potwierdzał stanowiska odwołującego. Z oświadczenia tego wynikało wprost, że istnieje kilka wersji oprogramowania. Odwołujący, na którym z mocy wzoru formularza ofertowego spoczywał ciężar indywidualizacji przedmiotu oferty, przez podanie producenta i modelu oferowanego urządzenia, nie sprecyzował którą wersję telefonu Hammer Blade 3 oferuje. Ponadto przypomnienia wymagało, że zgodnie z pkt 2.12 OPZ zamawiający wymagał spełnienia funkcjonalności *przez wgrane standardowe oprogramowanie producenta urządzenia, bez jakichkolwiek dodatków operatora*. Standardowe oprogramowanie producenta, w świetle pozostałego zgromadzonego w sprawie i przywołanego wyżej materiału dowodowego, nie wspierało zaś funkcji VoWiFi.

Ponadto przystępujący złożył w trakcie rozprawy dowód nr 3 - raport z testów modelu Hammer Blade 3 z włączoną funkcją VoWiFi wraz z tłumaczeniem błędów zawartym w korespondencji mailowej. W oparciu o dowód nr 3 Izba ustaliła, że na prośbę przystępującego producent urządzenia Hammer Blade 3 przesłał mu do testów ww. telefon z oprogramowaniem, które miało służyć do realizacji funkcji Wifi Calling. Z dowodu tego wynikało, że w trakcie testów przeprowadzonych przez przystępującego stwierdzono brak możliwości wysyłania i odbierania smsów i mmsów przy wykonywaniu funkcjonalności WiFi Calling. Ponadto na liście błędów znajdowała się również informacja o braku możliwości realizowania połączeń w niektórych sytuacjach (ustawienia). Ponadto z załączonego dowodu wynikało, że urządzenie Hammer Blade 3 z oprogramowaniem udostępnionym przez producenta do testowania nie zapewniało przekazania geolokalizacji urządzenia w przypadku kontaktów z numerami alarmowymi. Nie można było zgodzić się z twierdzeniami odwołującego, że sama obecność VoWiFi bez jej prawidłowego funkcjonowania oznacza spełnienie wymogu zamawiającego. Oczywistym było bowiem, że zamawiającemu chodziło o funkcjonalność działającą poprawnie.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo ustalił, że urządzenie zaofertowane przez odwołującego w standardzie nie zapewnia spornych funkcjonalności i odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodną z warunkami zamówienia. Odwołanie okazało się zatem niezasadne.

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 nie stwierdzono zarzucanych w odwołaniu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania.

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 uczestnik 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:.....