

**WYROK**

z dnia 3 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Beata Konik**

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie 30 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 października 2023 roku przez odwołującego **TPI Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Politechnikę Poznańską z siedzibą w Poznaniu**, przy udziale wykonawcy **NaviGate spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w pozostałym zakresie oddala odwołanie.
  2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
    - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą, **726 zł 00 gr** (słownie: siedemset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu dojazdu oraz **34 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
    - 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **19 360 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, zastępstwa przed Izbą, dojazdu i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (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.

Przewodnicząca: .....

**UZASADNIENIE**

Politechnika Poznańska z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn.: „Dostawa bezzałogowych statków powietrznych BSP, urządzeń pomiarowych, kamer, systemów wizyjnych, sensorów, oprogramowania z podziałem na 6 części”, nr postępowania: AN/ZP/81/23.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 16 czerwca 2023 r., nr 2023/S 115-359615.

W postępowaniu tym TPI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 16 października złożyła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części nr 1 postępowania oraz wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez nierówne potraktowanie wykonawców biorących udział w przetargu oraz brak przejrzystości prowadzonego postępowania, a w konsekwencji dokonanie nieprawidłowej oceny oferty firmy NaviGate Sp. z o.o. i jej wybór jako najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty Odwołującego;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego – TPI Sp. z o.o., pomimo że spełniała ona wszystkie warunki zamówienia;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty NaviGate Sp. z o.o., która nie spełniała wszystkich

warunków zamówienia;

- 4)art. 239 ust. 1 upzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty firmy NaviGate Sp. z o.o., pomimo że oferta Odwołującego była korzystniejsza (z uwagi na cenę niższą o ponad 60 tys. zł), ewentualnie poprzez dokonanie wyboru oferty NaviGate Sp. z o.o. w sytuacji, gdy powinna ona zostać odrzucona.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienie oceny ofert i wyboru oferty NaviGate Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w Części 1 Drony Wielowirnikowe;
- 2)unieważnienie odrzucenia oferty TPI Sp. z o.o. w Części 1 Drony Wielowirnikowe;
- 3)powtórzenie oceny i wyboru ofert w Części 1 Drony Wielowirnikowe.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że 06.10.2023 r. Zamawiający dokonał w ramach Postępowania o udzielenie zamówienia wyboru ofert w Części 1. Drony wielowirnikowe. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający poinformował, że odrzucił ofertę Odwołującego, a ocena ta wynikała z rzekomego braku zgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, pomimo że była o ponad 60 tys. zł tańsza. Odwołujący wskazał, że podstawą prawną odrzucenia był przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a także wskazał na uzasadnienie faktyczne tej czynności. W ocenie Odwołującego podane przez Zamawiającego uzasadnienie jest błędne i nie odpowiada zarówno wymaganiom dla oferowanych urządzeń określonych w SWZ, jak i faktycznym właściwościom deklarowanym przez producenta dla urządzeń oferowanych przez każdego z wykonawców, tj. NaviGate Sp. z o.o. oraz TPI Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że dla weryfikacji zaskarżonej czynności istotna jest treść załącznika nr 5 do SWZ, tj. Opisu przedmiotu zamówienia (dalej jako: OPZ) oraz to co i jak zostało w nim przedstawione jako wymagania Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią OPZ w Części 1 Zamawiający oczekiwał dostawy trzech różnych modeli dronów:

- model 1 w 5 egzemplarzach różniących się między sobą wyposażeniem dodatkowym typu radar, spadochron itd.;
- model 2 w 2 egzemplarzach różniących się między sobą rodzajem sensorów (kamer);
- model 3 w 2 egzemplarzach.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że istotny w niniejszej sprawie model 1 stanowił we wszystkich pięciu egzemplarzach identyczną platformę (identyczny model bezzałogowego statku powietrznego), przy czym poszczególne egzemplarze miały się różnić wyposażeniem dodatkowym, a nie parametrami ogólnymi typu odporność na wiatr.

Odwołujący wskazał, że dla Części 1 Drony wielowirnikowe OPZ w swojej pierwotnej wersji przedstawiał wymagania Zamawiającego o charakterze ogólnym dla BSP Model 1 – 5 szt., w tym m.in. „maksymalny dopuszczalny wiatr w czasie lotu przynajmniej 14 m/s”. Odwołujący wskazał, że Zamawiający dodatkowo rozpiął parametry szczegółowe dla poszczególnych egzemplarzy, przy czym tylko dla egzemplarza 1/5 (1 szt.) pojawił się dodatkowy parametr związany z prędkością wiatru w brzmieniu „Bezpieczny lot przy minimalnej prędkości wiatru 13 m/s”. Odwołujący w tym zakresie odesłał do załączonego do odwołania Załącznika nr 5 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w wersji pierwotnej – wydruk str. 1-9.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku zapytania jednego z wykonawców z dniem 10.07.2023 r. OPZ w opisanym powyżej zakresie uległ zmianie. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie: „OPZ – załącznik nr 5 str. 1. BSP model 1 W związku z Opiszem drona „model 1” Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę parametrów urządzenia, tj. odporność na wiatr. Czy Zamawiający dopuści rozwiązania które posiadają odporność na wiatr do 12 m/s? Pozwoli to na uzyskanie większej konkurencyjności wśród Wykonawców”, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający zmienia wymagania w odniesieniu do Część 1 Drony wielowirnikowe, BSP model 1, i wymaga dostarczenia statku powietrznego, który może być eksploatowany przy maksymalnym dopuszczalnym wietrze w czasie lotu przynajmniej 12 m/s.”

Odwołujący podkreślił, że przy przyjętej przez Zamawiającego konstrukcji OPZ zmiana istotnego parametru w części ogólnej nie mogła pociągać za sobą sprzeczności z częścią szczegółową. Wynika z tego, że brak dostosowania zapisów części szczegółowej do części ogólnej wynikał tylko i wyłącznie z przeoczenia Zamawiającego a właściwą intencją było dopuszczenie ofert wszystkich wykonawców gotowych zaproponować drony, które mogą być bezpiecznie eksploatowane przy wietrze o prędkości do 12 m/s. Odwołujący wskazał, że powyższy zapis OPZ nie uległ zmianie również w ostatniej wersji tego dokumentu – zmodyfikowanego i opublikowanego przez Zamawiającego w dniu 25.07.2023 r. Odwołujący w celu wykazania powyższego odwołała się do załączonego do odwołania Załącznika nr 5 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w wersji na dzień 25.07.2023 r. – wydruk str. 1-9.

Odwołujący podniósł, że obecnie pozostawiony w części szczegółowej zapis OPZ, który jest sprzeczny ze stanowiskiem samego Zamawiającego z 10.07.2023 r. posłużył instrumentalnie do odrzucenia oferty Odwołującego.

W świetle przedstawionego problemu najistotniejsze zdaniem Odwołującego są kwestie, które w szczególności decydują o zasadności odwołania:

1. Wbrew twierdzeniom zamawiającego zarówno model zaoferowany przez NaviGate Sp. z o.o. (DJI Matrice 300 RTK), jak i przez TPI Sp. z o.o. (DJI Matrice 350 RTK) cechuje taka sama odporność na wiatr z maksymalnym dopuszczalnym wiatrem w czasie lotu o prędkości 12 m/s. Innymi słowy oba modele są takie same pod kątem wymaganych przez Zamawiającego kryteriów i wobec tego o wyborze oferty powinna decydować cena (niższa w przypadku oferty Odwołującego).

Odwołujący potwierdził, że zgodnie ze specyfikacją producenta oferowany dron DJI Matrice 350 RTK cechuje się maksymalną odpornością na wiatr o prędkości 12 m/s. Problem w tym, że dron oferowany przez NaviGate Sp. z o.o., tj. DJI Matrice 300 RTK, również w swojej specyfikacji ma taki parametr. Błąd Zamawiającego w tym zakresie wynika z posłużenia się nieaktualną dokumentacją techniczną producenta.

Odwołujący podniósł, że wskazany w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego link do instrukcji urządzenia DJI Matrice 300 RTK można wyszukać tylko poprzez wyszukiwarkę internetową, np. Google. Jest to dokument w wersji v1.0 datowany na 2020.05 (maj 2020 roku). Dokument ten nie jest dostępny na stronie producenta w dokumentach do pobrania dla tego modelu pod adresem: .

W celu wykazania powyższych twierdzeń Odwołujący wskazał na fragment instrukcji dla dronów DJI Matrice 300 RTK w wersji v1.0 – wydruk wraz z tłumaczeniem na język polski oraz na stronę <https://enterprise.dji.com/matrice-300/downloads> - wydruk wraz z tłumaczeniem na język polski.

Odwołujący argumentował, że Można tam pobrać wyłącznie instrukcje dla DJI Matrice 300 RTK w wersjach v3.4 oraz v4.0 – obie datowane 2023.05 (maj 2023 roku). W obu wersjach wskazano parametr drona „Max Wind Resistance” (Maksymalna Odporność Na Wiatr) 12 m/s.

Odwołujący powołał się też na fragmenty instrukcji dla dronów DJI Matrice 300 RTK w wersjach v3.4 oraz v4.0 – wydruk wraz z tłumaczeniem na język polski. Odwołujący wskazał, że Powyższe potwierdza również oficjalna strona producenta DJI ENTERPRISE, na której można zapoznać się ze specyfikacją drona oferowanego przez NaviGate Sp. z o.o.:

Ponadto Odwołujący powołał się na stronę <https://enterprise.dji.com/matrice-300/specs> - wydruk wraz z tłumaczeniem na język polski. Odwołujący wskazał, że nie jest dla niego jasne dlaczego Zamawiający organizując przetarg w 2023 roku, przy weryfikowaniu oferty NaviGate Sp. z o.o. posłużył się materiałami archiwalnymi, które mają ponad 3 lata oraz które to dokumentacje nie są dostępne bezpośrednio na stronie producenta. Miarodajne są aktualne materiały i dokumentacje zamieszczone na stronie producenta lub dystrybuowane przez producenta i takimi właśnie aktualnymi materiałami posługuje się TPI Sp. z o.o.

Zdaniem Odwołującego jeżeli pomimo powyższego oferta NaviGate Sp. z o.o. nie została odrzucona, oznacza to, że oferta Odwołującego w takim samym stopniu spełnia warunki zamówienia w zakresie przedstawionym w OPZ, nie powinna zatem zostać odrzucona i powinna podlegać ocenie przez Zamawiającego zgodnie z przyjętymi kryteriami. W konsekwencji, z uwagi na niższą cenę ofertową, Zamawiający musiałby wybrać ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą.

2. Zamawiający dopuścił w ramach OPZ modele o odporności na wiatr z maksymalnym dopuszczalnym wiatrem w czasie lotu o prędkości 12 m/s.

3. Wymóg o treści „Bezpieczny lot przy minimalnej prędkości wiatru 13 m/s” dla BSP model 1 – egzemplarz 1/5 jeżeli ma być rozumiany jako „maksymalna odporność na wiatr” nie mógł obowiązywać w świetle wyraźnej zmiany wymogów ogólnych przez Zamawiającego w dniu 10.07.2023 r.

W ocenie Odwołującego, zmiana OPZ z 10.07.2023 r. ma kluczowe znaczenie. Wobec podzielenia przez Zamawiającego wymagań na „ogólne” i „szczegółowe” Odwołujący stwierdził, że:

W wersji pierwotnej wymóg ogólny dla odporności na wiatr wynosił 14 m/s zaś w części szczegółowej dla egzemplarza 1/5 wynosił 13 m/s. W ocenie Odwołującego musiało to oznaczać modyfikację zapisu ogólnego i „obniżenie” wymagań dla jednego egzemplarza.

W ocenie Odwołującego wobec zmiany z dniem 10.07.2023 r. wymogu ogólnego odporności na wiatr do wartości 12 m/s należy uznać, że dotyczył on wszystkich pięciu egzemplarzy - zapis przy modyfikacji OPZ str. 1 BSP model 1 5szt. Pozostawienie w części szczegółowej dla egzemplarza 1/5 wartości 13 m/s musiało stanowić przeoczenie Zamawiającego. Zgodnie ze swoją decyzją Zamawiający obniżył wymagania do 12 m/s. Adekwatnie wprowadził zmianę w części ogólnej, która miała zastosowanie do każdego z egzemplarzy dronów, w tym egzemplarza 1/5. Pomiędzy postanowieniami OPZ nie może zachodzić wzajemna sprzeczność, gdyż naruszałoby to ogólne reguły upzp.

4. Nawet przyjmując, że wymóg o treści „Bezpieczny lot przy minimalnej prędkości wiatru 13 m/s” dla BSP model 1 – egzemplarz 1/5 dalej obowiązuje, to albo należy uznać, że nie jest spełniony również przez drona

oferowanego przez NaviGate Sp. z o.o., albo też należy dokonać jego wykładni językowej i dojść do wniosku, że jest to zupełnie innego rodzaju warunek, którego nie spełnia żadne z zaoferowanych w przetargu urządzeń.

Odwolujący poniósł ponadto, że trzeba sięgnąć do wykładni językowej i zastanowić się, czy wymóg i parametr z części ogólnej o treści:

*„maksymalny dopuszczalny wiatr w czasie lotu przynajmniej 14 m/s”*

a po zmianie z 10.07.2023 r.

*„maksymalny dopuszczalny wiatr w czasie lotu przynajmniej 12 m/s”*

jest tożsamy z wymogiem i parametrem z części szczegółowej dla BSP model 1 – egzemplarz 1/5 o treści:

*„Bezpieczny lot przy minimalnej prędkości wiatru 13 m/s”*

i czy różni je tylko wartość – wskazana prędkość wiatru.

Odwolujący wskazał, że wykładnia językowa wskazuje, że wymóg z części szczegółowej oznacza, że oczekiwany przez Zamawiającego bezałogowy statek powietrzny może prowadzić bezpieczny lot dopiero gdy prędkość wiatru wynosi minimum 13 m/s.

Odwolujący argumentował, że Zamawiający zdaje się tego nie dostrzegać i dokonuje wykładni zależnie od swoich potrzeb. I tak właśnie w informacji z 06.10.2023 r. podał – ponownie cyt.:

*„Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 10.07.2023 r. Zamawiający zmniejszył wymóg dla Część 1 Drony wielowirnikowe, BSP model 1*

*do max. wiatr 12 m/s*

*ale dla*

*Część 1 Drony wielowirnikowe, BSP model 1, egzemplarz 1/5*

*w wymaganiach szczegółowych pozostał wymóg max. wiatru co najmniej 13 m/s Zamawiający określając odporność na wiatr wziął pod uwagę informacje z instrukcji udostępnianych przez producenta (...)”*

Odwolujący zauważył, że Zamawiający odnosząc się do tego wymogu pisze o maksymalnej sile wiatru, gdy tymczasem mówi on o minimalnej sile wiatru i to nie przy której można latać, ale niezbędnej dla prowadzenia bezpiecznego lotu. W ocenie Odwołującego należy stwierdzić, że określony przez Zamawiającego wymóg już pierwotnie (z chwilą ogłoszenia przetargu) był pozbawiony sensu i logiki oraz nie odpowiadał sposobowi opisu zamawianych urządzeń. Po zmianie OPZ z 10.07.2023 r. taka ocena tylko nabrała dodatkowego uzasadnienia i w zasadzie została przez Zamawiającego potwierdzona. Odwołujący wskazał, że odpowiedź Zamawiającego była jednoznaczna:

*„Zamawiający zmienia wymagania w odniesieniu do Część 1 Drony wielowirnikowe, BSP model 1, i wymaga dostarczenia statku powietrznego, który może być eksploatowany przy maksymalnym dopuszczalnym wietrze w czasie lotu przynajmniej 12 m/s.”*

Ponadto Odwołujący wskazał, że należy dodatkowo podać w wątpliwość logikę działania Zamawiającego, gdyż dron DJI Matrice 350 RTK oferowany przez TPI Sp. z o.o. jest modelem nowszym i ulepszonym w stosunku do zaoferowanego przez NaviGate Sp. z o.o. Dodatkowo Odwołujący poniósł, że wybrany przez Zamawiającego model 300 nie jest już produkowany i nie można go zakupić u producenta. Zamawiający ponosi zatem duże ryzyko kupując urządzenie technologicznie starsze, bez dalszego wsparcia producenta a zaoferowane w kwocie o ponad 60 tys. zł wyższej. Wybór sprzętu, który nie jest już produkowany zaburza też zasadę uczciwej konkurencji (brak dostępności) i może prowadzić do oceny działania Zamawiającego jako niegospodarności. Ostatecznie zaś wybór modelu 300 wynika (jak zostało wykazane) z oparcia się przez Zamawiającego na materiałach archiwalnych – nie przedstawiających rzeczywistej, zaktualizowanej przez producenta specyfikacji tego urządzenia.

Zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego wręcz wskazuje, że starał się on wybrać „na siłę” ofertę NaviGate Sp. z o.o. i z przyczyn zupełnie innych niż wynikające z SWZ i OPZ dążył do wyboru w Części 1 BSP Model 1 urządzenia DJI Matrice 300 RTK, nieprodukowanego i droższego.

W złożonej pismem z 25 października 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołani podając swoje stanowisko w tym zakresie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

Odwolującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca NaviGate spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej: „Przystępujący”).

Odwolanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego

zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołanie jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

### **Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

Jak wynika z treści opisu przedmiotu zamówienia załącznik 5 wraz z formularzem parametrów w wersji uwzględniającej wprowadzone przez Zamawiającego zmiany, w zakresie części 1 zamówienia „Drony wielowirnikowe”, Zamawiający przyjął taką konstrukcję opisu, zgodnie z którą zawarł wymagania odnoszące się do wszystkich 5 szt. BSP model 1, a następnie w dalszej części opisu wskazał „wymagania indywidualne i akcesoria do poszczególnych egzemplarzy BSP model 1”.

W części dotyczącej wymagań odnoszących się do wszystkich 5 szt. BSP model 1, Zamawiający wskazał m.in. (okoliczność, której dotyczy spór): „Bezzałogowy wielowirnikowy statek powietrzny spełniający wymienionej poniżej funkcjonalności i parametry. Bezzałogowy wielowirnikowy statek powietrzny musi charakteryzować się następującymi wymaganiami eksploatacyjnymi: (...)”

•Maksymalny dopuszczalny wiatr w czasie lotu przynajmniej 12 m/s (...)”.

Natomiast jak wynika z części odnoszącej się do wymagań indywidualnych i akcesoriów do BSP model 1 – egzemplarz 1/5 (1szt.), Zamawiający wskazał m.in.:

„Wymagania:

•Maksymalna masa własna z 2 bateriami na pokładzie nie większa niż 6.4 kg

Podwójne mocowanie (port) gimbała:

•możliwość podłączenia dwóch kamer jednocześnie

•posiada 2 porty do podłączenia kamer (do aparatury pokładowej wielowirnikowca umożliwiającej zdalne sterowanie ładunkiem portów przez operatora)

•wodoszczelny

•stopień ochrony IP44

•możliwość demontażu

Moduł rozbudowy SDK: (...)”

System spadochronowy charakteryzującego się:

•System przerwania lotu typu plug&play

•Autonomiczny wyzwalacz spadochronu

•Masa całkowita nie przekraczająca 1 kg

•Aktywacja systemu w mniej niż 25 ms

•Maksymalny czas otwarcia czaszy do 1,5 s

•Maksymalna wysokość bezpiecznego otwarcia spadochronu nie większa niż 60m

•Bezpieczny lot przy minimalnej prędkości wiatru 13 m/s” – parametr, którego dotyczy spór.

Następnie Izba ustaliła, że w wyniku udzielonych pismem z 10 lipca 2023 r. wyjaśnień do treści SWZ, zamawiający w odpowiedzi na Pytanie 1: „OPZ – załącznik nr 5 str. 1. BSP model 1 W związku z Opisem drona „model 1” Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę parametrów urządzenia, tj. odporność na wiatr. Czy Zamawiający dopuści rozwiązania które posiadają odporność na wiatr do 12 m/s? Pozwoli to na uzyskanie większej konkurencyjności wśród Wykonawców”, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający zmienia wymagania w odniesieniu do Część 1 Drony wielowirnikowe, BSP model 1, i wymaga dostarczenia statku powietrznego, który może być eksploatowany przy maksymalnym dopuszczalnym wietrze w czasie lotu przynajmniej 12 m/s.”

W wyniku powyższego Zamawiający dokonał następującej modyfikacji OPZ:

Było: „maksymalny dopuszczalny wiatr w czasie lotu przynajmniej 14 m/s”

Jest: „maksymalny dopuszczalny wiatr w czasie lotu przynajmniej 12 m/s”

Izba ustaliła również, że do upływu terminu składania ofert, w zakresie części 1 wpłynęły dwie oferty, tj. złożone Odwołującego i Przystępującego. Jak wynika z treści formularza cenowego Odwołującego, zaoferował on:

BSP model 1 – egzemplarz 1/5: producent DJI, typ/model/wersja: MATRICE 350RTK. Sprzęt takiego samego producenta oraz taki sam typ/model/wersja został zaoferowany w ramach BSP model 1 – egzemplarz 2/5, 3/5, 4/5 i 5/5.

Natomiast jak wynika z treści oferty Przystępującego, w formularzu cenowym zaoferował on BSP model 1 – egzemplarz 1/5 producent DJI, typ/model/wersja Matrice 300 RTK, natomiast w poz. BSP model 1 – egzemplarz 2/5, 3/5, 4/5, 5/5 Przystępujący zaoferował producent DJI, typ/model/wersja: MATRICE 350RTK.

Pismem z 7 sierpnia 2023 r., Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do wyjaśnienia treści złożonej oferty m.in. w zakresie zaoferowanego produktu BSP model 1 – egzemplarz 1/5: „Część 1 BSP model I, egzemplarz 1/5 Zamawiający wymagał w OPZ następujących parametrów. „Bezpieczny lot przy minimalnej prędkości wiatru 13 m/s ”

Wykonawca w formularzu cenowym wskazał produkt DJI Matrice M350 RTK, z informacji uzyskanych przez Zamawiającego na podstawie [http://dl.dji.com/downloads/matrice 350 rtwMatrice 350 RTK User Manual VI.O en .pdf](http://dl.dji.com/downloads/matrice%20350%20rtk/Matrice%20350%20RTK%20User%20Manual%20VI.O%20en.pdf) wynika, iż produkt DJI Matrice M350 RTK oferuje Max Wind Resistance: 12 m/s co oznacza, iż oferowane urządzenie nie spełnia powyższych zapisów SWZ. W związku z powyższym proszę o potwierdzenie iż deklarowany przez Państwa

przedmiot spełnia parametry opisane przez Zamawiającego.” Odwołujący wyjaśnił: „Należy wskazać, że w ramach wyjaśnień w trakcie trwania postępowania pismem datowanym na 10.07.2024 Zamawiający w odpowiedzi na pytanie cytując:

„Pytanie 1:

OPZ – załącznik nr 5 str. 1. BSP model 1

W związku z Opisem drona „model 1” Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę parametrów urządzenia, tj. odporność na wiatr. Czy Zamawiający dopuści rozwiązania które posiadają odporność na wiatr do 12 m/s? Pozwoli to na uzyskanie większej konkurencyjności wśród Wykonawców. Odpowiedź: Zamawiający zmienia wymagania w odniesieniu do Część 1 Drony wielowirnikowe, BSP model 1, i wymaga dostarczenia statku powietrznego, który może być eksploatowany przy maksymalnym dopuszczalnym wietrze w czasie lotu przynajmniej 12 m/s.

Było: „maksymalny dopuszczalny wiatr w czasie lotu przynajmniej 14 m/s”

Jest: „maksymalny dopuszczalny wiatr w czasie lotu przynajmniej 12 m/s”

uznał jednoznacznie, iż Zamawiający wymaga do przedmiotowego modelu dostarczenia statku, który może być eksploatowany przy wietrze 12 m/s. w świetle czego Wykonawca wskazał prawidłowo produkt spełniający zapisy OPZ i w tej mierze biorąc pod uwagę całokształt korespondencji potwierdził funkcjonalność.

W tym punkcie wskazać dodatkowo należy, iż Wykonawca zaproponował Zamawiającemu produkt będący w ciągłej produkcji i sprzedaży ze wsparciem producenta. Z oficjalnej informacji producenta firmy DJI wynika, o czym wiedzą wszyscy autoryzowani sprzedawcy, iż produkt model niższy tj. Matrice 300RTK jest już towarem wycofanym z produkcji. Mając to na uwadze zaproponowaliśmy Zamawiającemu najlepsze możliwe rozwiązanie dodatkowo spełniające zapisy OPZ.

Dron DJI Matrice 350 RTK jest zmodernizowaną wersją drona DJI Matrice 300 RTK. Z głównych różnic to:

- Ulepszona kamera FPV (zmiana rozdzielczości z 960p na 1080p oraz tryb nocny-noktowizja), co wpływa na bezpieczeństwo wykonywania lotów po zmroku.
- Wyższa stopień ochrony IP (zmiana z IP45 na IP55), co pozwala na wykonywania nalotów w trudniejszych warunkach atmosferycznych.
- Dodane częstotliwości GNSS (L5 dla konstelacji GPS oraz B3 dla konstelacji BeiDou), co pozytywnie wpływa na stabilność połączenia GNSS RTK.
- System powiadamiający o niepoprawnym dokręceniu ramion, co wpływa na bezpieczeństwo wykonywania lotów.
- Ulepszony system transmisji (zmiana z OcuSync 2.0 na 3.0), co wpływa na stabilność i zasięg połączenia aparatury sterującej z BSP.
- Większy ekran aparatury sterującej (DJI RC Plus zamiast DJI Smart Controller Enterprise), co wpływa na komfort planowania nalotów fotogrametrycznych i LiDARowych oraz wykonywanie inspekcji termowizyjnych.”

Następnie pismem z 6 października 2023 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, podając następujące uzasadnienie: „Ponadto Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę TPI sp. z o.o. (...) jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W toku weryfikacji oferty Zamawiający stwierdził, iż wskazany w formularzu ofertowym model BSP model 1, egzemplarz 1/5 zaferowano DJI Matrice M350 RTK, który nie spełnia wymagań SWZ, gdyż nie zapewnia bezpiecznego lotu przy wietrze 13 m/s. Po wstępnym sprawdzeniu oferty Zamawiający pismem z dnia 07.08.2023 r. Wezwał wykonawcę do złożenia w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp treści złożonego oświadczenia w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia. Wykonawca pismem z dnia 10.08.2023 r. odpowiedział na przedmiotowe pismo, jednakże Zamawiający stwierdził, iż oferowany przez Wykonawcę sprzęt nie spełnia parametrów wymaganych opisem przedmiotu zamówienia. Wykonawca w formularzu cenowym wskazał produkt DJI Matrice M350 RTK. Z informacji uzyskanych przez Zamawiającego na podstawie wyników, iż produkt DJI Matrice M350 RTK można eksploatować przy Wietrze nie przekraczającym 12 m/s, co oznacza, iż oferowane urządzenie nie spełnia powyższych zapisów SWZ.

Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dnia 10.07.2023 r. Zamawiający zmniejszył wymóg dla Części 1 Drony wielowirnikowe, BSP model 1, do max. wiatr 12 m/s ale dla Części 1 Drony wielowirnikowe, BSP model 1, egzemplarz 1/5 w wymaganiach szczegółowych pozostał wymóg max. wiatru co najmniej 13 m/s (...)

Reasumując oferta firmy TPI sp. z o.o. nie spełnia SWZ w przypadku „części 1, BSP model 1, egzemplarz 1/5”, gdyż oferowany M350 nie umożliwia wykonywania lotów przy wietrze 13 m/s. (...).”

#### **Izba zważyła co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą prawną zarzutów odwołania.

art. 16 ustawy Pzp

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 pkt 5 ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

art. 239 ust. 1 ustawy Pzp

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

Istotne dla rozstrzygnięcia okazało się ustalenie faktyczne w zakresie wymogu „Bezpieczny lot przy minimalnej prędkości wiatru 13 m/s”. Wymaganie to zostało sformułowane w części Załącznika nr 5 do SWZ odnoszącej się do wymagań indywidualnych i akcesoriów do poszczególnych egzemplarzy BSP model 1, BSP model 1 – egzemplarz 1/5 (1 szt.). Zgodnie jednak z literalnym brzmieniem tej części opisu, sporne postanowienie nie dotyczy samego statku/drona lecz odnosi się do akcesorium w postaci systemu spadochronowego. Całe postanowienie, w treści którego znajduje się sporny wymóg ma bowiem następujące brzmienie:

„System spadochronowy charakteryzującego się:

- System przerwania lotu typu plug&play
- Autonomiczny wyzwalacz spadochronu
- Masa całkowita nie przekraczająca 1 kg
- Aktywacja systemu w mniej niż 25 ms
- Maksymalny czas otwarcia czaszy do 1,5 s
- Maksymalna wysokość bezpiecznego otwarcia spadochronu nie większa niż 60m
- Bezpieczny lot przy minimalnej prędkości wiatru 13 m/s”.

Słuszne więc jest twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym wymóg „bezpieczny lot przy minimalnej prędkości wiatru 13 m/s” nie odnosi się do oferowanego drona BSP model 1 – egzemplarz 1/5. Jak wynika bowiem z konstrukcji załącznika nr 5 wymóg ten dotyczy systemu spadochronowego, tj. akcesorium do BSP model 1 - egzemplarz 1/5 (1szt.). Izba podziela też stanowisko Odwołującego wskazane na str. 9 i 10 uzasadnienia odwołania i podtrzymane na rozprawie, zgodnie z którym wymóg językowo nie został również trafnie sformułowany i budzi wątpliwości.

Zasadnie również twierdził Odwołujący, że sformułowany w części ogólnej wymóg „maksymalny dopuszczalny wiatr w czasie lotu przynajmniej 12 m/s” odnosi się również do BSP model 1, w tym do spornego egzemplarza 1/5. Wynika to z literalnej treści tego postanowienia, gdzie Zamawiający wprost wskazał: „Bezzałogowy wielowirnikowy statek powietrzny musi charakteryzować się następującymi wymaganiami eksploatacyjnymi: (...) maksymalny dopuszczalny wiatr w czasie lotu przynajmniej 12 m/s”.

Izba wskazuje przy tym, że stanowisko Odwołującego w zakresie modyfikacji SWZ w wyniku odpowiedzi na pytanie do treści SWZ z 10 lipca 2023 r. nie jest prawidłowe. Niewątpliwie zmiana dotyczyła maksymalnego dopuszczalnego wiatru w czasie lotu z przynajmniej 14 m/s na 12 m/s, zatem nie dotyczyła wymagania „bezpieczny lot przy minimalnej prędkości wiatru 13 m/s”. Jednak jak Izba wskazała we wcześniejszej części uzasadnienia, z treści załącznika 5 w części odnoszącej się do opisu wymagań indywidualnych i akcesoriów do BSP model 1 – egzemplarz 1/5 (1szt.) wynika, że sporny wymóg odnosi się nie do drona lecz do systemu spadochronowego. Być może nie taka była intencja Zamawiającego (co pośrednio wynika ze stanowiska zawartego w rozstrzygnięciu postępowania w części 1, a wyrażającego się w odrzuceniu oferty Odwołującego), jednak na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne przypisywanie odmiennego znaczenia postanowieniom SWZ niż wynika to z ich treści. Nie można również obarczać wykonawcy negatywnymi skutkami niespełnienia błędnie sformułowanych wymagań SWZ, a z taką sytuacją mamy do czynienia w tym postępowaniu, gdzie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na niespełnienie wymagania, które (być może wbrew intencji Zamawiającego albo przez niestaranność) nie zostało sformułowane wobec statku/drona, lecz wobec systemu spadochronowego.

Rozpoznając zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, Izba miała na uwadze, że opierał się on na twierdzeniu, zgodnie z którym „nawet uznając, że wymóg BSP model 1 – egzemplarz 1/5 o treści „Bezpieczny lot przy minimalnej prędkości wiatru 13 m/s” dalej obowiązywał po dniu 10.07.2023 r. to wobec przedstawionych wyżej argumentów nie może być spełniony również przez drona zaoferowanego przez NaviGate sp. z o.o.” Izba uznała, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego za niezasadny, wobec ustalenia, że sporne wymaganie nie dotyczy drona lecz systemu spadochronowego, tj. akcesorium dodatkowego na wyposażeniu BSP model 1 – egzemplarz 1/5. Natomiast Odwołujący w treści odwołania w uzasadnieniu na str. 7 pkt 1 wprost twierdził, że oba drony, tj. ten zaoferowany przez Odwołującego i Przystępującego cechuje taka sama odporność na wiatr z maksymalnym dopuszczalnym wiatrem w czasie lotu o prędkości 12 m/s, a tym samym Odwołujący nie kwestionował spełnienia przez ofertę Przystępującego tego wymagania.

Mając na uwadze powyższe, wszystkie dowody złożone przez uczestników sporu zmierzające wykazania, że oferta złożona przez Przystępującego jest zgodna z SWZ albo jest niezgodna z SWZ w rozpoznawanym zakresie nie miały znaczenia wobec ustalenia że sporny wymóg „Bezpieczny lot przy minimalnej prędkości wiatru 13 m/s” nie dotyczy drona BSP model 1 egzemplarz 1/g lecz dotyczy systemu spadochronowego opisanego dla tego drona.

Wobec powyższego Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Izba nakazała również ponowne badanie i ocenę ofert, w ramach której Zamawiający powinien zbadać czy oferty jakie zostały mu złożone odpowiadają treści SWZ czy też nie. Izba wskazuje w tym miejscu, że zaniechała oceny okoliczności podniesionych przez Przystępującego wobec oferty Odwołującego ponieważ wykraczają one poza zakres zarzutów odwołania, a także dlatego że czynność badania i oceny ofert jest czynnością zamawiającego, a rolą Izby w sytuacji zaskarżenia tej czynności jest jedynie ocena jej prawidłowości. Nie jest natomiast rolą Izby wyrażanie zamawiającego w czynnościach.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp został oddalony ze względów wskazanych wyżej, jednak Izba uznała że Odwołujący wygrał spór w całości, ponieważ osiągnął cel odwołania jakim było przywrócenie jego oferty do postępowania. Ponadto Izba wzięła pod uwagę sposób sformułowania tego zarzutu, zgodnie z którym zarzut był oparty na założeniu, że Izba mogłaby uznać, że kwestionowanie postanowienie ma zastosowanie do spornego drona.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 5 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 1) i 2) lit a), b), d) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....