Sygn. akt: KIO 3323/23

WYROK
z dnia 21 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 162A (02-342 Warszawa) oraz KTA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Izabelinie-Dziekanówku przy ul. Środkowej 5c (05-092 Izabelin-Dziekanówek) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Główną Policji z siedzibą w Warszawie przy ul. Puławskiej 148/150 (02-624 Warszawa)

przy udziale wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Jutrzenki 116 (02-230 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Warszawie oraz KTA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Izabelinie-Dziekanówku i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 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 3323/23

U z a s a d n i e n i e

Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, 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: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Dostawa systemu kamer nasobnych dla jednostek organizacyjnych Policji*, o numerze referencyjnym: 49/Cut/23/DG/PMP, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2023 r. pod numerem: 2023/S 103-323599.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 6 listopada 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz KTA Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie-Dziekanówku (zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania
o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy postępowanie nie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zaskarżonej czynności zamawiającego zarzucił naruszenie art. 255 pkt 6) Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy postępowanie nie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z uwagi na powyższy zarzut odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;

- ewentualnie – ponownego badania i oceny ofert, powtórzenia testów F.2.6, F.2.8, F.2.11 oraz F.2.16 dla rozwiązania odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę i w dalszym ciągu zachowuje możliwość uzyskania zamówienia, co pozwoli mu na osiągnięcie zakładanego przychodu i zysku z realizacji zamówienia. Jego zdaniem niewniesienie odwołania
i utrzymanie w mocy czynności unieważnienia postępowania spowoduje poniesienie przez niego szkody. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, miało stanowić potencjalną szkodę odwołującego, uzasadniającą złożenie odwołania. Odwołujący stwierdził zatem, że niewątpliwie posiada interes we wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności podkreślił, że z chwilą zakończenia testów uzyskał pozytywne wyniki z nich wszystkich. Pośrednio potwierdzają to cztery testy, z których odwołujący uzyskał pierwotnie negatywne wyniki (testy D.4, E.5, F.1.2 oraz F.3.8) i natychmiast skorzystał z uprawnienia do ich powtórzenia, co zakończyło się uzyskaniem pozytywnych wyników. Zdaniem odwołującego racjonalnym jest, że gdyby
w trakcie trwania testów uzyskał w jeszcze innym teście wynik negatywny to również wniósłby o jego powtórzenie. Jedynym wytłumaczeniem braku takiego wniosku był fakt, że
w momencie zakończenia testów wszystkie wyniki były pozytywne. Potwierdzeniem tego są również szczegółowe zasady przeprowadzania testów zawarte w OPZ. Zgodnie z nimi
w przypadku, gdy trzy (3) testy zakończą się wynikiem negatywnym, proces testowania ulega zakończeniu. Oznacza to, że żadne rozwiązanie nie może otrzymać więcej niż trzech negatywnych ocen, gdyż trzy takie oceny skutkują zakończeniem testu. Odwołujący nie mógł więc, zgodnie z zasadami OPZ, otrzymać w trakcie testu czterech wyników negatywnych. Miało to potwierdzać to, że w chwili zakończenia testu odwołujący uzyskał same pozytywne wyniki, a późniejsze zmiany dokonane w sprawozdaniu z testów (dokonane już bez testowanego sprzętu, bez obecności wykonawcy) nie mogą mieć wpływu na te wyniki, czy szerzej – na przebieg postępowania. Przebieg testów został określony przez zamawiającego i w chwili zakończenia wszystkie z nich zakończyły się pozytywnie. Zamawiający nie przewidywał żadnych późniejszych weryfikacji wyników. Byłoby to zresztą absurdalne – wszystkie testy zostały przewidziane w taki sposób, by ich wyniki można było ocenić przy przedstawicielach wykonawcy i ewentualnie powtórzyć (a więc „w obecności" testowanego sprzętu). Brak jest jakichkolwiek logicznych wytłumaczeń, dla których wyniki testów miałyby zostać zmienione, gdy testowane rozwiązanie nie znajdowało się już nawet w posiadaniu Instytutu. Z tego względu odwołujący uznał, że całościowo jego test zakończył się pozytywnie, a następcze uwagi Instytutu należy uznać za niewiążące (ale także nietrafne)
i tym samym nie wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

[test F.2.8 – ustawiany czas przechowywania nagrań na dysku]
Z ostrożności odwołujący wskazał, że uwagi dopisane przy czterech testach, których wyniki już po zakończeniu zostały zmienione z pozytywnych na negatywne, były niezasadne. Uwagi te nie mogły prowadzić do zmiany oceny, ponieważ nie wskazywały, by rozwiązanie nie osiągnęło oczekiwanego rezultatu testu. W ramach testu F.2.8 sprawdzano czy oprogramowanie umożliwia ustawienie czasu przechowywania nagrań na dysku, a także czy po upływie czasu przechowywania nagranie wraz z metadanymi zostały automatycznie skasowane (o ile możliwe jest ustawienie dostatecznie krótkiego czasu przechowywania nagrań). Ubocznie odwołujący zwrócił uwagę, że dla sprawdzenia tych funkcjonalności nie jest potrzebny upływ czasu, który mógłby ewentualnie uzasadniać późniejszą zmianę wyniku testu. Jak widać, gdyby nie było możliwe ustawienie dostatecznie krótkiego czasu przechowywania, by sprawdzić w ramach testu czy nagranie usuwa się automatycznie – nie było to przedmiotem testu. Widać więc, że testy zostały skonstruowane w taki sposób, by można było ocenić je bez upływu czasu, od razu, w obecności wykonawców. Brak jest więc jakichkolwiek argumentów na późniejsze zmiany ocen. Niezależnie od tego należy wskazać, że wszystkie wymagane funkcjonalności dla rozwiązania zostały wymienione w ramach trzech punktów na str. 13-14 OPZ. Badana testem F.2.8 funkcjonalność została wymieniona w pkt. 3 lit. j). Zdaniem odwołującego wszystkie funkcjonalności wymienione w pkt. 1 i 2 muszą być realizowane przez oprogramowanie do obsługi kamer i nagrań, natomiast dla wymagań wskazanych w pkt 3 takie ograniczenie nie zostało postawione przez zamawiającego. W konsekwencji, skoro nie było takiego ograniczenia, to od wykonawcy zależało w jaki sposób ta funkcjonalność będzie realizowana. W przypadku rozwiązania odwołującego wymaganie możliwości zmiany czasu przechowywania nagrań zostało przewidziane w kodzie źródłowym programu lub opcjonalnie w pliku parametrów konfiguracyjnych umieszczonym na serwerze, co potwierdza uwaga dopisana przez Instytut. W ocenie odwołującego zaproponowane przez niego rozwiązanie spełniało więc wymaganą funkcjonalność, zgodnie z warunkami określonymi w OPZ. Dodatkowo odwołujący wskazał, że w tabeli z funkcjonalnością wskazano, że czas przechowywania nagrań ma być ustawiany bez korzystania z

zewnętrznych narzędzi informatycznych, ale w żadnym przypadku kod źródłowy programu czy pliki parametrów konfiguracyjnych na serwerze nie mogą być uznawane za zewnętrzne narzędzia. Niezależnie więc od tego, że w chwili zakończenia testów odwołujący zaliczył pozytywnie wszystkie testy, to późniejsza uwaga Instytutu
w żaden sposób nie wpływała na spełnianie funkcjonalności przez rozwiązanie odwołującego.

[test F.2.6 – automatyczna archiwizacja dowodów]

W ocenie odwołującego analogiczna sytuacja wystąpiła w przypadku testu F.2.6. W ramach tego testu badana była funkcjonalność automatycznej archiwizacji nagrań oznaczonych jako dowód. Test miał na celu sprawdzenie czy oprogramowanie ma funkcję takiej archiwizacji,
a ponadto czy można określić czas przechowywania nagrania, w tym czy system pozwala na zarchiwizowanie nagrania bez ograniczenia czasu przechowywania. Funkcjonalność ta również została opisana w pkt. 3 na str. 14 OPZ (pkt 3 lit. g), a więc również ten wymóg nie podlegał ograniczeniu spełniania przez oprogramowanie do obsługi kamer i nagrań.
W uwadze do testu Instytut wskazał na brak możliwości zmiany ustawienia czasu przechowywania nagrań. Oznacza to, że Instytut nie negował, że rozwiązanie odwołującego posiadało funkcję automatycznej archiwizacji nagrań, a jedynie brak możliwości zmiany ustawienia czasu przechowywania. Stało to w oczywistej sprzeczności z uwagą sporządzoną przez Instytut dla testu F.2.8, gdzie wskazano – istnieje możliwość zmiany czasu przechowywania nagrań w kodzie źródłowym programu lub w pliku parametrów konfiguracyjnych umieszczonym na serwerze. Skoro więc rozwiązanie oferuje możliwość zmiany czasu przechowywania nagrań (co potwierdził sam Instytut), a dla tego wymagania brak jest ograniczenia w jaki sposób jest ono spełniane, to test należy uznać za zakończony z wynikiem pozytywnym.

[test F.2.11 – anonimizacja przetwarzanych nagrań]

Jak wyjaśnił odwołujący test F.2.11 sprawdzał czy rozwiązanie umożliwia anonimizację przetwarzanych danych. Dla spełnienia wymogu konieczne było, aby po wykonaniu anonimizacji dwóch nagrań twarz i tablica rejestracyjna były zasłonięte (rozmyte), bez wpływu na widoczność innych obiektów, aby tego nagrania nie można było przywrócić do stanu pierwotnego oraz, żeby czas anonimizacji nie przekroczył godziny. Odwołujący wskazał, że Instytut dopisując swoją uwagę nie zakwestionował tego, że rozwiązanie zaproponowane przez niego dokonuje tej anonimizacji. Instytut wskazał – *Za pomocą zewnętrznego oprogramowania Movavi dostarczonego z systemem. Anonimizacja nie realizowana poprzez oprogramowanie do obsługi kamer*. Według odwołującego uwaga ta nie mogła mieć wpływu na wynik testu. Test F.2.11 weryfikował czy zaproponowane rozwiązanie prawidłowo obsługuje proces anonimizacji i to zostało potwierdzone wprost przez Instytut. Odwołujący nie zaprzeczał, że funkcjonalność ta jest realizowana za pomocą oprogramowania Movavi, ale oprogramowanie to jest częścią zaoferowanego systemu oprogramowania kamer i nagrań (podobnie jak przeglądarka internetowa czy też narzędzia do odtwarzania w niej nagrań, co do których nie sformułowano analogicznych zarzutów). Według odwołującego podkreślenia wymagało, że dokumentacja postępowania nie rozróżnia pojęć zewnętrznego czy też wewnętrznego oprogramowania, a wymaga jedynie, by wymóg anonimizacji był realizowany za pomogą oprogramowania do obsługi kamer i nagrań. Movavi jest częścią takiego oprogramowania i tym samym należy uznać, że test został zaliczony pozytywnie. Ubocznie odwołujący wskazał, że z własnego doświadczenia posiada wiedzę, że zamawiający realizuje proces anonimizacji z wykorzystaniem oprogramowania Movavi, które zostało zaoferowane w rozwiązaniu odwołującego.

[test F.2.16 – dostęp do logów]

Odwołujący wyjaśnił, że w ramach testu F.2.16 sprawdzano czy system generuje logi zawierające co najmniej datę, czas i dane identyfikujące użytkownika, w których odnotowywane są wszelkie czynności związane z nagraniami (kopiowanie, eksport, nagranie na płytę lub inny nośnik zewnętrzny, kasowanie i modyfikacja). W uwadze wpisanej przez Instytut wskazano, że *istnieje możliwość zapisania/eksportu nagrań w sposób, który nie jest widoczny w logu. Zapisywany jest w logu moment naciśnięcia przycisku z etykietą „Pobierz", a nie sam moment zapisania nagrania. Po naciśnięciu przycisku „Pobierz" można zrezygnować z pobierania, jednak w logu będzie widniał wpis o eksporcie nagrania, który faktycznie nie miał miejsca*. Odwołujący wskazał, że uwaga Instytutu i w konsekwencji zmiana wyniku testu po raz kolejny nie uwzględniała postanowienia OPZ, zgodnie z którym wszystkie wymagania opisane w pkt 1 i pkt 2 muszą być realizowane przez oprogramowanie do obsługi kamer i nagrań. Nie zostanie zaakceptowane rozwiązanie, w którym jakakolwiek
z powyższych czynności wymagać będzie skorzystania przez użytkownika z narzędzi systemu operacyjnego lub innego oprogramowania nie będącego częścią systemu oprogramowania kamer i nagrań. Badana testem F.2.16 funkcjonalność została wskazana
w pkt. 3 lit. q), a więc mogła być realizowana w sposób odmienny niż przez oprogramowanie do obsługi kamer i nagrań. W rozwiązaniu odwołującego logi gromadzone są w czterech miejscach – systemie operacyjnym, na serwerze, w bazie danych oraz oprogramowaniu na stacji roboczej. Uwaga dotyczy jedynie funkcjonowania zapisywania logów na ostatnim
z nich. Tylko to podlegało testowaniu przez Instytut, albowiem niemożliwość zgrania jakiegokolwiek pliku (nagrania) bez pozostawienia informacji w logach systemu operacyjnego jest oczywista dla przeciętnej osoby z branży IT. W logach

systemowych zapisywane są wszystkie czynności, które z łatwością mogą zostać przeanalizowane przez docelowego użytkownika rozwiązania. To samo dotyczy logów z bazy danych. Dla odwołującego oczywistym było, że jego rozwiązanie spełnia wymaganą funkcjonalność, którą było generowanie logów odnotowujących wszelkie czynności związane z nagraniami. Dodatkowo odwołujący wskazał, że zamawiający wymagał, że w logach zapisywały się wszystkie czynności związane z nagraniami. Za jedną z czynności można uznać próbę zapisania nagrania, nie sposób więc traktować jako błędu faktu, że rozwiązanie odwołującego faktycznie rejestruje wszystkie czynności.
W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że na stronie 21 OPZ potwierdzono, iż proces przeprowadzania testów podlegać będzie rejestracji obrazu i dźwięku. W związku
z powyższym odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z nagrań dźwięku i głosu
z testów F.2.6, F.2.8, F.2.11 oraz F.2.16, które potwierdzą, że po ich zakończeniu odwołujący został poinformowany o ich pozytywnym wyniku oraz, że testy te
w rzeczywistości zostały zaliczone. Potwierdzałoby to, że w chwili zakończenia testu odwołujący zdał wszystkie testy i brak jest przesłanek dla unieważnienia postępowania. Ponadto odwołujący wniósł o przesłuchanie w charakterze świadków wszystkich członków komisji Instytutu Łączności, którzy przeprowadzali testy rozwiązania odwołującego i podpisali się pod sprawozdaniem z tych testów, dla wykazania, że w chwili zakończenia testów rozwiązanie to uzyskało same pozytywne rezultaty. Ten sam fakt miał potwierdzić przesłuchanie świadka L. O., pracownika odwołującego, obecnego przez cały czas trwania testów.
W podsumowaniu odwołujący stwierdził, że w pierwszej kolejności wyraźnie należy podkreślić, że po zakończeniu testów jego rozwiązanie odwołującego uzyskało same pozytywne wyniki. W konsekwencji odwołujący zaliczył testy i jego oferta powinna podlegać ocenie wraz z innymi ofertami, które uzyskały pozytywny wynik końcowy z testu. Późniejsze uwagi dopisane przez Instytut (już po zakończeniu testów, bez obecności przedstawicieli odwołującego) były bezpodstawne i nie mogły mieć wpływu na zmianę wyniku testu, a także w ostateczności – na przebieg postępowania. Należy więc uznać, że nie zaistniała przesłanka, na którą powołał się zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania
i należy unieważnić tę czynność. Z ostrożności odwołujący wskazał, że oprócz bezpodstawności, uwagi Instytutu były nietrafne i nie mogły powodować uzyskania negatywnego testu przez jego rozwiązanie, co zostało szczegółowo opisane
w poszczególnych częściach dotyczących każdego z testów powyżej.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 17 listopada 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Tym samym Izba oddaliła opozycję zgłoszoną przez odwołującego przeciw przystąpieniu wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą
w Warszawie. Odwołujący podniósł, że oferta ww. wykonawcy została ostatecznie odrzucona w przedmiotowym postepowaniu. Tym samym nie posiadał on statusu wykonawcy
w rozumieniu art. 7 pkt 30 Pzp.
Skład orzekający ustalił, że oferta zgłaszającego przystąpienie nie została odrzucona
w postępowaniu. Co prawda podczas procesu testowania oferta ww. wykonawcy uzyskała dwukrotnie ocenę negatywną w zakresie co najmniej trzech testów, to jednak formalnie nie została odrzucona. Zamawiający przyznał, że nie zakończył procesu badania i oceny ofert
w postępowaniu oraz nie odrzucił oferty wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji
Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako niezgodnej z warunkami zamówienia.
Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołujący nie uprawdopodobnił, iż wykonawca Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie ma interesu
w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Po pierwsze oferta ww. wykonawcy nie została formalnie odrzucona, przez co nie można było uznać, że utracił on status wykonawcy w postępowaniu. Po drugie, jak wynika z

ugruntowanego orzecznictwa Izby, interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony ma szerszy charakter od interesu
w uzyskaniu zamówienia. W okolicznościach przedmiotowej sprawy interes zgłaszającego przystąpienie przejawiał się także w dążeniu do unieważnienia postępowania. Okoliczność ta została podniesiona przez wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.
z siedzibą w Warszawie w piśmie zawierającej zgłoszenie przystąpienia. Tym samym ww. wykonawca wykazał, że posiada interes, o którym mowa w art. 525 Pzp.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Tym samym Izba oddaliła wniosek zgłoszony przez przystępującego wskazujący na konieczność odrzucenia odwołania jako wniesionego po upływie terminu określonego
w ustawie. Przystępujący wyjaśnił, że z zarzutów i treści odwołania wynikało, iż argumentacja odwołującego dotyczyła w istocie decyzji zamawiającego o uznaniu wyników testów prowadzonych na oferowanym przez odwołującego rozwiązaniu za negatywne,
o której odwołujący dowiedział się już w dniu 2 października 2023 r. Tym samym niezależnie od tego, czy prowadzone postępowanie zakończyłoby się unieważnieniem lub odrzuceniem oferty odwołującego – już w momencie poinformowania o wynikach negatywnych części testów, odwołujący miał wiedzę o tym, że jego oferta nie będzie mogła zostać wybrana,
a więc utracił on szansę na uzyskanie zamówienia. W konsekwencji, to od tego momentu bieg rozpoczął 10-dniowy termin na wniesienie odwołania od nieprawidłowej (jak twierdził odwołujący) i naruszającej jego interes decyzji zamawiającego. Skoro kwestionowana przez odwołującego była ocena testów przez zamawiającego jako zakończonych wynikiem negatywnym, to dzień powiadomienia o niej przez zamawiającego stanowił dzień, w którym powzięto wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę dla wniesienia odwołania
w rozumieniu art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp. Zdaniem przystępującego, odwołanie wniesione dopiero od samej formalnej czynności unieważnienia postępowania, powinno zostać uznane za spóźnione w sytuacji, w której podstawą dla kwestionowania tej czynności była ocena dotycząca przeprowadzonych testów, o której odwołujący został poinformowany przez zamawiającego już w dniu 2 października 2023 r.

Jak ustalił skład orzekający z *petitum* odwołania wprost wynikało, że odwołanie zostało wniesione od czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w sytuacji, gdy postępowanie nie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zarzut podniesiony w odwołaniu dotyczył naruszenia art. 255 pkt 6 Pzp,
a żądania odnosiły się do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Czynność unieważnienia postępowania nastąpiła 25 października 2023 r., zatem termin na kwestionowanie tej czynności minął 6 listopada 2023 r. Jak wynikało z powyżej poczynionych ustaleń, zarzut oraz żądania podniesione w odwołaniu odnosiły się czynności unieważnienia postępowania, zatem odwołanie wniesione w dniu 6 listopada 2023 r., Izba uznała za wniesione w terminie. Okoliczności na które uwagę zwracał przystępujący wiązały się
z koniecznością merytorycznego rozpoznania zarzutu oraz odniesienia się do argumentacji zawartej w uzasadnieniu odwołania. To z kolei skutkowało koniecznością skierowania odwołania na rozprawę, co siłą rzeczy musiało prowadzić do oddalenia wniosku
o odrzucenie odwołania w związku z zaistnieniem przesłanki wymienionej w art. 528 pkt 3 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 17 listopada 2023 r., w tym w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej jako: „SWZ”), w tym przede wszystkim załącznik nr 2 tj. specyfikację techniczną systemu kamer nasobnych;
- protokół z testów podpisany w dniu 2 października 2023 r.;
- wniosek z dnia 2 października 2023 r. o powtórzenie testów, skierowany od odwołującego do zamawiającego
- zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 25 października 2023 r.
Izba nie zaliczyła na poczet materiału dowodowego lub odmówiła przeprowadzenia wniosków dowodowych złożonych

przez odwołującego:
- nagrań dźwięku i głosu z testów F.2.6, F.2.8, F.2.11 oraz F.2.16 przeprowadzanych na rozwiązaniu odwołującego;
- przesłuchania świadków: pana Z. K., pana J. K., pana S. N. oraz pana T. S.;
- przesłuchania świadka pana L. O.

Skład orzekający ustalił, że stan faktyczny sprawy był bezsporny. W związku z tym Izba mając na uwadze dyspozycję zawartą w art. 541 Pzp odmówiła przeprowadzenia wnioskowanych powyżej dowodów uznając, że fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami, a ponadto w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zostały one powołane jedynie dla zwłoki.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale VII ust. 2 SWZ zamawiający wskazał –*Przedmiotowy środek dowodowy nie podlega uzupełnieniu w toku badania i oceny ofert, a jego brak skutkował będzie odrzuceniem oferty.*

W rozdziale XII SWZ zamawiający stwierdził –***W celu potwierdzenia, zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający przeprowadzi testy. Procedura testowania wzoru zostanie przeprowadzona wobec wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.***

Wymagania w zakresie testów zostały przedstawione w załączniku nr 2 do SWZ (ust. 7, str. 18-21). W warunkach ogólnych ww. wymagań zamawiający wskazał m. in.:

W terminie 3 dni od wezwania przez Zamawiającego Wykonawcy zdeponują w Instytucie Łączności komplet urządzeń do testów w zaplombowanych (np. taśmą klejącą Wykonawcy) opakowaniach transportowych. Spis zawartości przekazywanych opakowań sporządzi Wykonawca i dostarczy go w dniu deponowania. Paczki pozostaną zaplombowane do czasu przeprowadzenia testów.

Testy te mają na celu sprawdzenie wybranych funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego dla kamer nasobnych wraz z systemem ładowania, zgrywania, archiwizacji, przeglądania i zarządzania nagraniami. Testy zostaną przeprowadzone przez wskazaną przez Zamawiającego instytucję badawczą, posiadającą niezbędną wiedzę i sprzęt do przeprowadzenia tego typu badań, według zasad określonych w SWZ.

(…)

W testach mogą uczestniczyć członkowie komisji przetargowej. Wynik testów zostanie zawarty w protokole testów.

(…)

Zamawiający wymaga dostarczenia na testy urządzeń zaoferowanych przez Wykonawcę dla realizacji zamówienia:

- *zestawu urządzeń do ładowania i zarządzania kamerami oraz zgrywania, archiwizacji, przeglądania i zarządzania nagraniami w jednej lokalizacji, pozwalającego na sprawdzenie wymaganych funkcjonalności w infrastrukturze sieci lokalnej i rozległej oraz wydajności systemu, opisanych w Specyfikacji Technicznej, zawierający co najmniej dwie stacje dokujące z kompletem kamer nasobnych w ilości odpowiadającej liczbie gniazd w stacji dokującej, macierz dyskowa i dwa stanowiska robocze RAW.*
- *dwa zasilacze 230 V / 50 Hz pozwalające na zasilanie kamer w trakcie realizacji testów;*
- *dokumentacja niezbędna do weryfikacji zgodnie z opisem w tabelach poniżej*

(…)

Po rozpoczęciu procesu testowania, aż do jego zakończenia, Wykonawca nie może dokonywać żadnych modyfikacji, zarówno sprzętu jak i oprogramowania.

(…)

W przypadku, gdy test zakończy się wynikiem negatywnym, będzie on mógł być natychmiast powtórzony na wniosek Wykonawcy. Jeśli z powodu trwających innych testów natychmiastowe rozpoczęcie powtórnego testu nie będzie możliwe, musi ono nastąpić nie później niż w kolejnym dniu roboczym. Wynik powtórzonego testu będzie obligatoryjny.

Powtórzenie testu możliwe jest tylko w przypadku, gdy badana funkcjonalność istnieje, ale wynik jej sprawdzenia będzie inny niż opisany w rubryce „oczekiwany wynik testu". Jeśli urządzenie/system nie będzie posiadać wymaganej funkcjonalności, wynik testu będzie negatywny.

(…)

W przypadku, gdy trzy (3) testy zakończą się wynikiem negatywnym, proces testowania ulega zakończeniu. W przypadku testów o określonym czasie trwania, brak rezultatu testu
w tym czasie oznacza wynik negatywny testu.

Do momentu zakończenia testów sprzętu dostarczonego przez odwołującego, odwołujący nie otrzymał informacji, że jakikolwiek test zakończył się oceną negatywną. Co prawda w trakcie trwania testów rozwiązanie odwołującego otrzymało 4 wyniki negatywne (testy D.4, E.5, F.1.2 oraz F.3.8). Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do powtórzenia ww. testów, opisanego w SWZ i przytoczonego powyżej oraz natychmiast wniósł o ich

powtórzenie. Testy zostały powtórzone i odwołujący ostatecznie uzyskał pozytywne wyniki w tych testach. Po zakończonych testach odwołujący odebrał sprzęt podlegający testom.
W dniu 2 października 2023 r., przedstawiciele odwołującego mieli podpisać protokół z testów akceptacyjnych. W tym dniu, czyli już po zakończeniu testów, zostali poinformowani, że wyniki czterech testów (innych niż powyżej tj. F.2.6, F.2.8, F.2.11 oraz F.2.16) zostały ocenione „negatywnie", co skutkowało niezaliczeniem całości testów.
W protokole z testów, została wpisana uwaga wskazująca, że odwołujący wniósł
o powtórzenie testów. Ponadto tego samego dnia tj. 2 października 2023 r. odwołujący złożył pisemny wniosek o powtórzenie testów. We wniosku tym odwołujący wskazał:
W związku z otrzymaną w dniu dzisiejszym informacją o negatywnym wyniku testów
w przypadku 4 testów, zgodnie z zapisem zawartym na stronie 20 Załącznika nr 2 do SWZ Sprawa nr 49/Cut/23/DG/PMP: ***„W przypadku, gdy test zakończy się wynikiem negatywnym, będzie on mógł być natychmiast powtórzony na wniosek Wykonawcy"*** *zwracamy się z wnioskiem o powtórzenie wyżej wymienionych testów. Jednocześnie informujemy, iż zakwestionowane w dniu dzisiejszym przez Instytut Łączności testy były wykonywane na początku ubiegłego tygodnia i do dnia dzisiejszego nie byliśmy poinformowani o negatywnych wynikach. Ponadto zwracamy uwagę na następujące fakty:*
1. W trakie prowadzonych testów w dwóch innych punktach uzyskano wynik negatywny
a po zawnioskowaniu przez nas powtórzenia testów został uzyskany wynik pozytywny i testy te zostały zaliczone.
*2. Na stronie 21 Załącznika nr 2 do SWZ Sprawa nr 49/Cut/23/DG/PMP zawarty jest zapis****;W przypadku, gdy trzy (3) testy zakończą się wynikiem negatywnym, proces testowania ulega zakończeniu."*** *Zaoferowane przez nas rozwiązanie przeszło cały plan testów a w przypadku 3 negatywnych wyników testy powinny zostać przerwane.*
Odwołujący nie otrzymał odpowiedzi na ww. wniosek.
W dniu 25 października 2023 r. zamawiający dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W uzasadnieniu tej czynności zamawiający wskazał m. in.:
W trakcie procedury testowania rozwiązania zaoferowanego przez konsorcjum INTERTRADING SYSTEM TECHNOLOGY Sp. z o.o. i KTA Sp. z o.o., Wykonawca nie został skutecznie i natychmiast poinformowany o negatywnym wyniku testu i nie dostał szansy na powtórzenie testu.
Wykonawca otrzymał Protokół z wynikami testów po upływie 3 dni od przekazania informacji o zakończeniu testów. Powyższa sytuacja była przyczyną do uznania, że procedura testowania została przeprowadzona wadliwie.
(…)
W przedmiotowej sytuacji Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: INTERTRADING SYSTEM TECHNOLOGY Sp. z o.o. + KTA z o.o. nie został ostatecznie poinformowany o negatywnym wyniku testów. W piątek 29.09.2023 r. przedstawiciele Instytutu Łączności zakończyli testy i nie przekazali przedstawicielom firmy informacji o negatywnym wyniku 4 testów. Przypuszczalnie, Wykonawca założył, że pozytywnie zakończył wszystkie testy i pobrał sprzęt z Instytutu Łączności. W poniedziałek 02.10.2023 r. Wykonawca przyjechał na podpisanie Protokołu z testów i dowiedział się, że wynik 4 testów jest ostatecznie negatywny. Wykonawca zawnioskował o powtórzenie testów, ale po terminie określonym w SWZ. Ze względu na brak możliwości powtórzenia testów natychmiastowo lub w następnym dniu roboczym na wniosek Wykonawcy, a także ze względu na brak sprzętu do testowania, Zamawiający nie mógł powtórzyć testów. Stanowiłoby to złamanie procedury testowania i tym samym byłoby to działanie niezgodne z SWZ.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 255 pkt 6 Pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Skład orzekający stwierdził, że argumentacja odwołującego była niezasadna.

W pierwszej kolejności należało wskazać, że uzasadnienie czynności unieważnienia postepowania sporządzone przez zamawiającego koncentrowało się na wadliwości przeprowadzenia procedury testowej, która polegała na tym, że odwołujący nie został skutecznie i natychmiast poinformowany o negatywnym wyniku testu, przez co nie dostał szansy na powtórzenie testów ocenionych negatywnie. Tymczasem argumentacja odwołującego nie odnosiła się do analizy zasadności podstawy unieważnienia postępowania przedstawionej przez zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania, ale sprowadzała się do kwestionowania negatywnych ocen wyników czterech testów, które zgodnie z żądaniem odwołania – miałyby zostać uznane za pozytywne lub powtórzone. Argumentacja odwołującego zupełnie

rozminęła się z uzasadnieniem czynności zamawiającego, będącej przyczyną wniesienia odwołania. Tym samym w wyniku wniesienia przedmiotowego odwołania, odwołujący nie mógł żądać zmiany wyniku testów na pozytywne, a Izba nie miała możliwości rozpoznania zarzutów w kontekście uzyskania przez odwołującego oceny negatywnej w zakresie czterech testów. Kwestia zgodności oferty odwołującego z SWZ wykraczała poza zakres dokonanej przez zamawiającego czynności. Zamawiający na żadnym etapie postepowania nie uznał oferty odwołującego za niezgodną z SWZ i nie przedstawił w tym zakresie uzasadnienia, które mogłoby być kwestionowane. Nie było takiej możliwości, gdyż procedura testowa nie została zakończona (nie przeprowadzono powtórki testów negatywnych), nie mgło być więc mowy o odrzuceniu oferty na tym etapie postępowania.

Poza tym Izba uznała, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy argumentacja odwołującego okazała się również spóźniona. Jak ustalił skład orzekający odwołujący dowiedział się negatywnym wyniku przeprowadzonych testów już 2 października 2023 r. – jak wskazano w odwołaniu, w tym dniu odwołujący został poinformowany, że wyniki czterech testów zostały zmienione na „negatywne", co skutkowało niezaliczeniem całości testów.

W związku z tym od tego momentu odwołującemu przysługiwało prawo kwestionowania nieprawidłowej – jego zdaniem – oceny przeprowadzonych testów. W konsekwencji, to od tego momentu bieg rozpoczął 10-dniowy termin na wniesienie odwołania od nieprawidłowej (jak twierdził odwołujący) i naruszającej jego interes czynności zamawiającego polegającej na negatywnej ocenie czterech testów.

W ocenie składu orzekającego, mając powyższe na uwadze, rozstrzygniecie przedmiotowej sprawy sprowadzało się do ustalenia czy zamawiający miał możliwość powtórzenia testów, ocenionych negatywnie. Izba stwierdziła, że zakwestionowane w dniu 2 października 2023 r. testy nie mogły zostać powtórzone. Odwołujący po zakończeniu procesu testowania, odebrał od zamawiającego testowany sprzęt. Jak wynikało z opisu procesu testowania, zamieszczonego w załączniku nr 2 do SWZ testy, w których wykonawca uzyskał ocenę negatywną powinny być na jego wniosek właściwie natychmiast powtórzone oraz po rozpoczęciu procesu testowania, aż do jego zakończenia, wykonawca nie mógł dokonywać żadnych modyfikacji, zarówno sprzętu jak i oprogramowania. Na obecnym etapie powtórzenie testów ocenionych pierwotnie negatywnie, wymagałoby ponownego dostarczenia sprzętu przez odwołującego, do siedziby zamawiającego. W takiej sytuacji zamawiający nie będzie mógł mieć pewności czy ponownie dostarczony do testów sprzęt lub oprogramowanie, nie zostały modyfikowane w stosunku do sprzętu i oprogramowania pierwotnie testowanego.

W ocenie składu orzekającego powtórzenie procedury testowej, przy przyzwoleniu na ponowne dostarczenie testowanego sprzętu i oprogramowania do zamawiającego prowadziłoby do naruszenia zasad systemu zamówień publicznych określonych w art. 16 Pzp, o czym wspomniał zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania. Ponadto jak słusznie zwrócił uwagę przystępujący powtórzenie procesu testowania byłoby niemożliwe również z innych powodów proceduralnych, wynikających z Pzp. Otóż dostarczony przez wykonawcę sprzęt do testów należy uznać za próbkę, czyli ma charakter przedmiotowego środka dowodowego. Zgodnie z przepisami Pzp przedmiotowe środki dowodowe mogą zostać uzupełnione wyłącznie w sytuacji, w której zamawiający w treści SWZ przewidział taką możliwość. Tymczasem zamawiający w SWZ nie przewidział możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (rozdział VII ust. 2 SWZ).

Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył procedurę testową opisaną w SWZ, jednakże mając na uwadze stan sprawy procedura testowania nie mogła zostać powtórzona, zatem jedynym rozwiązaniem było w tej sytuacji unieważnienie postępowania.

W dalszej kolejności Izba zwróciła uwagę na przesłanki unieważnienia postępowania określone w art. 255 pkt 6 Pzp. Zastosowanie ww. przepisu wymaga ustalenia czy postępowanie jest obarczone wadą, która ma być niemożliwa do usunięcia oraz uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z wcześniejszej części uzasadnienia w postepowaniu niewątpliwie miała miejsce wada postępowania, która miała charakter nieusuwalny. W przypadku ostatniego elementu przesłanki unieważnienia postępowania, opisanego powyżej Izba stwierdziła, że w doktrynie zwraca się uwagę, iż element ten należy powiązać z dyspozycją art. 457 Pzp, który wymienia przesłanki unieważnienia umowy. Jednakże odwołujący w swojej argumentacji zaprezentowanej zarówno w odwołaniu jak i podczas rozprawy zupełnie nie odniósł się do tej części przepisu, która kwalifikuje stwierdzoną wadę jako uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie wskazał, ani nawet nie zwrócił uwagi na treść art. 457 Pzp. Stanowisko odwołującego odnosiło się do możliwości zmiany lub powtórzenia czynności zamawiającego dotyczącej ostatecznego wyniku testów, co wskazywało na to, że wada będąca podstawą unieważnienia postępowania w ocenie odwołującego była możliwa do usunięcia. Argumentacja odwołującego okazała się jednak chybiona.

W kontekście natomiast ostatniego elementu wchodzącego w skład przesłanki unieważnienia postępowania określonej w art. 255 pkt 6 Pzp Izba kierowała się zasadą kontradyktoryjności postępowania odwoławczego i uznała, że odwołujący przez nieodniesienie się do tego aspektu zrezygnował z jego kwestionowania, a jego rozpoznanie będzie stanowiło

naruszenie dyspozycji zawartej w art. 555 Pzp. Warto przy tym dodać, że dokładna relacja pomiędzy art. 255 pkt 6 Pzp, a art. 457 Pzp budzi pewne dyskusje na poziomie doktryny i orzecznictwa, szczególnie w kontekście treści ust. 1 i 5 art. 457 Pzp, tym samym zupełne pominięcie powyżej wskazanego elementu w argumentacji odwołującego, obciążało go jako stronę postępowania i nie mogło pozostawać w sferze domysłów składu orzekającego. Z tych względów jedyną możliwością pozwalającą na usunięcie stanu niezgodności z przepisami ustawy było podtrzymanie w mocy czynności zamawiającego
o unieważnieniu postępowania i tym samym oddalenie zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……