Sygn. akt: KIO 5829/25

WYROK
z dnia 18 lutego 2026 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska
Protokolant: Karina Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 lutego 2026 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15 grudnia 2025 roku** przez wykonawcę **KETEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Stołeczne Warszawa oraz Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Transportu Miejskiego z siedzibą**
w Warszawie
przy udziale **Przystępującego** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego: GÜLERMAK Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp;
2.kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa oraz Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Transportu Miejskiego z siedzibą**
w Warszawie w następujący sposób**:**

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej, oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2.zasądza od **Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa oraz Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,**
w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Transportu Miejskiego z siedzibą w Warszawie na rzecz **Odwołującego - KETEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:
……

KIO 5829/25

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa oraz Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Zarząd Transportu Miejskiego z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") pn. *„Modernizacja systemu radiołączności na I linii metra".* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 września 2025 r. pod nr publikacji ogłoszenia 614545-2025, nr wydania Dz.U. S: 180/2025.

Dnia 23 grudnia 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca KETEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Powiadomienie o czynności stanowiącej podstawę do złożenia odwołania zostało opublikowane w dniu 16 grudnia 2025 roku (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej), zatem odwołanie złożono z zachowaniem ustawowego

terminu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości.

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1)zaniechaniu odrzucenia oferty GÜLERMAK Spółka Akcyjna z siedzibą

w Warszawie, dalej „Gulermak", której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

2)zaniechaniu odrzucenia oferty Gulermak, który nie złożył wymaganego przedmiotowego środka dowodowego,

3)wyborze oferty Gulermak jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Gulermak, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Gulermak zaoferował radiotelefon przenośny po zakończeniu produkcji, posiadający status „end of life". Radiotelefon przenośny oferowany przez Gulermak jest objęty informacją o zakończeniu produkcji oraz wsparcia ze strony producenta, a co za tym idzie nie spełnia wymagań określonych w Rozdziale II pkt 4 ppkt 4) lit. o) Specyfikacji Technicznej;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Gulermak, który złożył przedmiotowy środek dowodowy, tj. deklarację zgodności wystawioną przez Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o. o. dotyczącą radiotelefonu przenośnego, który nie spełnia warunków zamówienia - objęty jest informacją o zakończeniu produkcji („end of life") oraz wsparcia ze strony producenta, a co za tym idzie nie spełnia wymagań określonych w Rozdziale II pkt 4 ppkt 4) lit. o) Specyfikacji Technicznej;

3)art. 239 Pzp – poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Gulermak, która powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wnosił o:

1)uwzględnienie odwołania,

2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3)nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Gulermak,

4)nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert.

Odwołujący wnosił ponadto o dopuszczenie dowodu z dokumentów:

1)Product Bulletin MTP 3000 Series Technical Update,

2)Product Bulletin MTP 3000 Series Technical Update (tłumaczenie),

- na fakt: radiotelefon przenośny oferowany przez Gulermak jest objęty informacją o zakończeniu produkcji oraz wsparcia ze strony producenta

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, złożył w postępowaniu ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu rankingu, chociaż powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał tym samym uszczerbku i szkody w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, w konsekwencji zysku z tytułu jego wykonania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych i towarzyszących im dostaw w ramach modernizacji systemu radiołączności na I linii metra.

Zamawiający, zgodnie z pkt 16.3.1 ppkt 2 SWZ, wymagał złożenia wraz z ofertą Wykazu podstawowych urządzeń i aplikacji zarządzających zgodnie z załącznikiem 3c do SWZ stanowiącym integralną część Formularza Oferty (dalej: „Wykaz").

Zamawiający ponadto zastrzegł, że wykaz stanowi integralną część oferty Wykonawcy i nie może być uzupełniony w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku, gdy Wykonawca nie złoży wskazanego dokumentu wraz z ofertą, Zamawiający odrzuci jego ofertę jako niezgodną z warunkami zamówienia na podstawie przesłanki, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

W ramach poz. 7 Wykazu, wykonawcy musieli tym samym skonkretyzować oferowany radiotelefon przenośny. Należało podać producenta i oferowany typ/model urządzenia. Zamawiający wymagał dołączenia do Wykazu przedmiotowych środków dowodowych, takich jak:

1.deklaracja zgodności (Declaration of Conformity – DoC) potwierdzająca zgodność oferowanego urządzenia z obowiązującymi na terenie Unii Europejskiej normami w zakresie kompatybilności elektromagnetycznej (Electromagnetic Compatybility – EMC), w tym w szczególności z normami EMC stosowanymi w kolejnictwie. Deklaracja powinna być wydana przez producenta lub upoważnionego przedstawiciela;

2.oświadczenie, że zaoferowane urządzenie spełnia wymagania opisane w projekcie wykonawczym Systemu łączności radiowej TETRA dla I linii metra Warszawskiego, STWIOR TOM 23 pkt 3.2.4 oraz 3.2.3.3.

Ponadto, zgodnie z pkt 12.1 SWZ, wykonawcy musieli złożyć wraz z ofertą wymienione w Wykazie przedmiotowe środki dowodowe, które potwierdzić miały, że oferowane radiotelefony przenośne odpowiadają wymaganiom

Zamawiającego.

W pkt 4.1 SWZ Zamawiający z kolei doprecyzował, które dokumenty składają się na opis przedmiotu zamówienia:

4.1. Przedmiotem Zamówienia jest wykonanie robót budowlanych i towarzyszących im dostaw, „modernizacja systemu radiołączności na I linii metra" na warunkach wskazanych w:

4.1.1 Specyfikacji Technicznej wraz z załącznikami (zwanej dalej: „ST" – załącznik nr 1 do SWZ), w szczególności zgodnie z załączonymi do ST:

1)projektem wykonawczym (Przedmiot zamówienia obejmuje wszystkie prace opisane w projekcie wykonawczym z wyłączeniem etapów 3 i 4, tzn. bez modernizacji systemu VHFm i VHFp),

2)Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót (zwanej dalej: „STWIOR")

4.1.2 Wzorze Umowy (załącznik nr 2 do SWZ),

stanowiącymi łącznie opis Przedmiotu Zamówienia i będącymi integralną częścią niniejszej SWZ.

Zamawiający, w Rozdziale II pkt 4 ppkt 4) lit. o) Specyfikacji Technicznej, określił m. in. następujący wymóg dotyczący radiotelefonów przenośnych:

o) w ramach realizacji etapu I na potrzeby metra należy dostarczyć wymaganą w projekcie wykonawczym ilość radiotelefonów systemu TETRA$_m$. Opisane w projekcie wykonawczym radiotelefony MTP są radiotelefonami referencyjnymi. Zamawiający dopuszcza dostarczenie innego typu radiotelefonów, które muszą współpracować z wybudowanym systemem TETRA o parametrach nie gorszych niż w STWIOR pkt 3.2.4. wraz z wyposażeniem dodatkowym opisanym w pkt 3.7 oraz świadectwem dopuszczenia do eksploatacji typu, wydanym przez UT. Wraz z każdym radiotelefonem dostarczyć należy odpowiednią deklarację zgodności z typem. Dodatkowo, wszystkie dostarczone radiotelefony oraz akumulatory muszą pochodzić z aktualnej produkcji na dzień dostawy, nie mogą być zapasami magazynowymi po zakończeniu produkcji, ani posiadać statusu „end of life", co oznacza, że nie mogą być objęte informacją o zakończeniu produkcji ani wsparcia ze strony producenta.

Z ST wynika tym samym jednoznacznie, że oferowane radiotelefony przenośne: *„(…) nie mogą być zapasami magazynowymi po zakończeniu produkcji, ani posiadać statusu „end of life", co oznacza, że nie mogą być objęte informacją o zakończeniu produkcji ani wsparcia ze strony producenta".*

Gulermak, zgodnie z oświadczeniem zawartym w załączonym do oferty Wykazie, zaoferował natomiast radiotelefon przenośny *Motorola Solutions MTP3550 TETRA Portable Radio*załączył ponadto do oferty wymagany przedmiotowy środek dowodowy dotyczący zaoferowanego radiotelefonu przenośnego, tj. deklarację zgodności wystawioną przez Motorola Solutions Systems Polska Sp. z o. o., z której wynika, że*„Motorla Solutions niniejszym oświadcza, że radiotelefon przenośny TETRA MTP3550 (121TWB6141, MDH63PCH6TZ8AN, PTBP952HE) pomyśl przeszedł badania kompatybilności elektromagnetycznej (EMC) zgodnie z normą PN-EN 50121-4:2017 (Zastosowanie kolejowe – Komaptybilność elektromagnetyczna – Część 4:Emisja i odporność urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz telekomunikacji)".*

Przedłożony dokument precyzuje tym samym, że Gulermak zaoferował radiotelefon przenośny TETRA MTP3550 (121TWB6141, MDH63PCH6TZ8AN, PTBP952HE), czyli model którego produkcja zakończyła się przed terminer składania ofert w postępowaniu („end of life").

Z oficjalnego biuletynu produktowego Motorola Solutions wynika bowiem, że seria radiotelefonów oferowanych przez Gulermak przeszła w 2022 r. modernizację konstrukcji oraz komponentów elektronicznych. Z tego dokumentu ponadto wynika, że nowe modele sprzedażowe, wprowadzone w październiku 2022 r., nadal będą nosić oznaczenia MTP3550 oraz MTP3500, ale zmienią sufiksy z „AN" na „BN":

Oryginalny tekst:

Tłumaczenie:

Z oferty Gulermak wynika tym samym jednoznacznie, iż zaoferowany radiotelefon przenośny jest urządzeniem wycofanym z produkcji (EON, czyli „end of life"), tj. modelem MDH63PCH6TZ8AN, na co wprost wskazuje oznaczenie sufiksem „AN".

Gulermak, aby zaoferować urządzenie zgodne z warunkami zamówienia, powinien zatem zaoferować oraz złożyć dokumenty przedmiotowe dotyczące modelu TETRA MTP3550 MDH63PCH6TZ8BN (oznaczenie modelu sufiksem „BN").

Odwołujący ponadto wskazał, iż nie zachodzi przesłanka uzasadniająca wezwanie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego. Przepis art. 107 ust. 2 Pzp nie znajduje bowiem zastosowania do informacji stanowiących treść oferty.

Gulermak dokonał konkretyzacji modelu oferowanego radiotelefonu w przedmiotowym środku dowodowym, który w związku z tym pełni również funkcję identyfikującą treść oferty. Powtórne złożenie przedmiotowego środka dowodowego — odnoszącego się tym razem do modelu oznaczonego sufiksem „BN" — prowadziłoby w konsekwencji do niedopuszczalnej zmiany treści oferty.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej konsekwentnie podkreśla się, iż konkretyzacja przedmiotu oferty musi nastąpić w chwili jej złożenia, zaś jej doprecyzowanie po upływie terminu składania ofert stanowi niedopuszczalną modyfikację treści oferty. Przyjęcie poglądu, iż po upływie terminu składania ofert wykonawca uprawniony byłby do uzupełnienia treści oferty o informacje identyfikujące przedmiot oferty godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych i mogłoby prowadzić do manipulacji treścią ofert w zależności od okoliczności ujawnionych po otwarciu ofert, dając wykonawcy nieuprawnioną przewagę nad innymi wykonawcami i jednocześnie powodując niepewność Zamawiającego co do tego, jaki produkt jest oferowany (wyrok KIO z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1162/23).

Nadto, Izba zważa, że to z oferty Wykonawcy musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania Wykonawca oferuje, tak aby Zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SWZ. Niedopuszczalne jest zatem doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu składania ofert (wyrok KIO z dnia 3 października 2022 r., sygn. akt KIO 2400/22).

Wobec powyższego oferta wykonawcy GÜLERMAK powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stroni Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał interes we wniesieniu odwołania i możliwość poniesienia szkody w postaci utraty zamówienia i osiągnięcia zysku. Odwołujący złożył
w postępowaniu ofertę, natomiast Zamawiający nie dokonał jej wyboru oraz zaniechał odrzucenia oferty wybranej jako oferty Wykonawcy, który nie wykazał, że jego oferta odpowiada wymaganiom SWZ. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał badania
i oceny ofert, a więc także wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Działania te oznaczają, że Odwołujący nie uzyska zamówienia i nie osiągnie zysku z jego realizacji.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca GÜLERMAK Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący złożył pisemne stanowisko procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie go jako bezzasadnego.

Izba biorąc pod uwagę stanowiska i poczynione ustalenia, uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości.

Niewątpliwie Zamawiający wymagał podania w Wykazie podstawowych urządzeń
i aplikacji producenta oferowanego radiotelefonu oraz typu/modelu urządzenia. Jednocześnie Zamawiający nie wyjaśnił, co rozumie pod pojęciami typ i model. Nie wyjaśniono również
w SWZ, czy wystarczającym będzie podanie tylko typu, tylko modelu, czy konieczne jest wskazanie obu elementów albo czy pojęcia te Zamawiający traktuje zamiennie. Do Wykazu należało załączyć także wskazane przedmiotowe środki dowodowe w postaci wyszczególnionych deklaracji zgodności. Zdaniem Izby, jeśli Zamawiający nie uczynił żadnych wyjaśnień czy wyłączeń, to koniecznym było podanie w Wykazie obu elementów, a więc typu i modelu produktu. Między oznaczeniem zawartym w Wykazie nie ma żadnej alternatywny, możliwości wyboru dla wykonawcy. Oznaczenie „typ/model" zobowiązuje, w ocenie składu orzekającego Izby do podania zarówno typu, jak też modelu oferowanego radiotelefonu. Oznaczenia typu i modelu dla danego produktu są powszechnie używane w obrocie gospodarczym, nie są to pojęcia obce dla podmiotów działających w danej branży. Łatwo zidentyfikować takie oznaczenia na każdym produkcie, również w przypadku radiotelefonu, co unaoczniło okazanie urządzenia na rozprawie przed Izbą.

Opis przedmiotu zamówienia zamieszczony został w Specyfikacji Techniczne (ST) oraz w STWIOR. Z Rozdziału II pkt 4 ppkt 4) lit. o) Specyfikacji Technicznej wynikało, że radiotelefony MTP są radiotelefonami referencyjnymi.

Przystępujący w Wykazie oznaczył oferowany produkt jako Motorola Solutions MTP3550 TETRA Portable Radio natomiast ze złożonego przedmiotowego środka dowodowego wynika, że oferowane będą radiotelefony przenośne TETRA MTP3550 (121TWB6141, MDH63PCH6TZ8AN, PTBP952HE). Wbrew twierdzeniom Zamawiającego
z odpowiedzi na odwołanie oznaczenie MDH63PCH6TZ8AN nie stanowi serii oferowanego urządzenia. Nie potwierdzają tej teorii ani zapisy przywoływanych biuletynów produktowych, ani dowód z oględzin radiotelefonów dokonany przez Izbę na rozprawie, przy udziale Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego. Na obudowie urządzenia wyraźnie podano,

że numer ten odnosi się do modelu. Ze złożonych w poczet materiału dowodowego dokumentów wynika, że pojęcie „serii" używane jest przez producenta zamiennie w stosunku do pojęcia „typu" (vide biuletyny produktowe), zaś samo oznaczenie „model" jednoznacznie odnosi się do MDH63PCH6TZ8AN.

Izba uważa, że w Wykazie złożonym przez Przystępującego wskazano na typ danego radiotelefonu, natomiast nie podano jego modelu. Dopełnienie oznaczenia modelu znajduje się w złożonej deklaracji zgodności. Zgodzić należy się z Przystępującym, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie określonego modelu telefonu. Zamawiający wskazał na typ MTP 3550, natomiast obowiązkiem Wykonawcy było uszczegółowienie oznaczenia oferowanego urządzenia przez podanie jego dokładanego modelu. Model ten
w przypadku oferty Przystępującego został przywołany w przedmiotowych środkach dowodowych. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia opisał radiotelefony przez podanie typu jako oznaczenia głównego, następnie zaś podał jakie cechy szczegółowe musi spełniać dany produkt. W ocenie Izby właśnie wskazanie w Wykazie modelu urządzenia przez Wykonawcę pozwalało Zamawiającemu na ocenę, czy oferowane produkty spełniają opisane wymagania. Oznaczenie typu jako kategorii nadrzędnej miało umożliwić wykonawcom zaoferowanie takiego konkretnego modelu z typu telefonów referencyjnych, które będą spełniały pozostałe wymagania znajdujące się w opisie przedmiotu zamówienia.

Izba podziela twierdzenia Przystępującego, że deklaracja zgodności wymagana była od Wykonawców na potwierdzenie zgodności oferowanego urządzenia z obowiązującymi na terenie UE normami w zakresie kompatybilności elektromagnetycznej, w tym w szczególności z normami stosowanymi w kolejnictwie. Przystępujący zapomina jednak lub celowo pomija okoliczność, że ze złożonego Wykazu nie wynika model oferowanego urządzenia. Informacja ta znajduje się dopiero w złożonej deklaracji zgodności. Zatem to sam Przystępujący przez wskazanie modelu w przedmiotowym środku dowodowym uczynił go treścią oferty, istotną
z punktu oceny zgodności treści oferty z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.
Jeżeli Zamawiający miał ocenić, czy zaoferowany radiotelefon spełnia wszystkie wymagania, to musiał brać również pod uwagę oznaczenia modelu znajdujące się w deklaracji zgodności. Zgodzić można się, że przedmiotowe środki dowodowe nie powinny być postrzegane jako treść oferty wykonawcy, lecz jako potwierdzenie tego, co już w ofercie wykonawcy jest zawarte. Jednak oferta Przystępującego w swej treści nie określała modelu oferowanego radiotelefonu. To formularz identyfikował oferowane urządzenia, a ten został przez Przystępującego wypełniony w sposób nieprawidłowy. Brak zawarcia jednoznacznych deklaracji co do wszystkich elementów oferowanego świadczenia powoduje, że mamy do czynienia z ofertą nie wypełniającą wymagań Zamawiającego i opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie może dokonać wyboru oferty, która zawiera w sobie w odniesieniu do niektórych pozycji dwa możliwe warianty wykonania zamówienia, z których jeden jest niezgodny z warunkami zamówienia. W orzecznictwie wskazuje się, że niedopuszczalne jest doprecyzowanie po upływie terminu składania ofert, jakie produkty i rozwiązania zaoferował wykonawca w swojej ofercie (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 lutego 2017 roku, sygn. akt KIO 265/17).

W kolejnym kroku ocenić należało zatem, czy odpowiednio zdefiniowany przez podanie typu/modelu produkt spełnia wszystkie wymagania SWZ.

Jak wynika z informacji przedstawionych przez Odwołującego radiotelefon przenośny typ TETRA MTP3550 model MDH63PCH6TZ8AN jest urządzeniem wycofanym z produkcji. Na marginesie tylko przy omawianiu tej kwesti dostrzeżenia wymaga, iż wszystkie Strony odnoszą się do informacji znajdujących się w biuletynach produktowych, ale poza Odwołującym, nie zauważają, że modele produktu oznaczone są właśnie w sposób, który opisano w odwołaniu. Zamawiający powołując się na biuletyny produktowe w odpowiedzi na odwołanie nie ma wątpliwości, że powinien sprawdzić określony model telefonu. Zamawiający uważa, że z informacji powszechnie dostępnych na stronie producenta wynika, że radiotelefon Motorola Solutions MTP 3550 TETRA nadal znajduje się w aktualnej ofercie producenta i nie został wycofany. Owszem, typ telefonów o tym oznaczeniu nadal jest w sprzedaży,
ale Zamawiający pomija dalsze okoliczności wynikające z biuletynów produktowych. Mianowicie, że określone modele danego typu zostały z tej sprzedaży wycofane (dokładnie: „poddane modyfikacji"), ponieważ ich komponenty osiągnęły status końca okresu eksploatacji. Następnie podano najbardziej istotną informację z punktu toczącego się przed Izbą sporu, czyli że nowe modele będą miały inne oznaczenia w postaci zmiany sufiksu AN na BN. Podana informacja zdaniem Izby jest klarowna i jasna, wynika z niej, że model z sufiksem AN został zastąpiony przez model BN, natomiast typ radiotelefonu pozostaje ten sam. Odwołujący wykazał także przed Izbą, że dla zmienionych modeli producent dysponuje nową deklaracją zgodności, inną niż złożył z ofertą Przystępujący.

Kolejno zauważyć należy, iż z opisu przedmiotu zamówienia wynikało, że radiotelefony muszą pochodzić z aktualnej produkcji na dzień dostawy, nie mogą być zapasami magazynowymi, ani posiadać statusu „end of life", czyli nie mogą być objęte informacją
o zakończeniu produkcji ani wsparcia ze trony producenta. Chociaż rzeczywiście zapis ten odnosi się do etapu dostawy, na co słusznie zwracali uwagę Zamawiający i Przystępujący,

to Izbie trudno sobie wyobrazić sytuację, w której za najkorzystniejszą zostaje uznana oferta, z której już w momencie jej złożenia wynika, że oferowane urządzenia nie są wspierane przez producenta. Owszem, Zamawiający, dopuścił na etapie dostawy zmianę urządzenia na inne, ale w ocenie Izby powyższa możliwość odnosi się do sytuacji nadzwyczajnych, które mogą wydarzyć między okresem złożenia oferty a dniem dostawy urządzeń. W odmiennej sytuacji można byłoby zaoferować jakiekolwiek urządzenie, uzyskać zamówienie a następnie dokonać istotnej zmiany przedmiotowej. Jeżeli więc oferowany w ofercie jest radiotelefon, który już
w momencie jej złożenia jest wycofany, to status ten będzie tym bardziej posiadał w dniu dostawy.

Przyjmując retorykę Przystępującego dotyczącą możliwości zastosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp czyli wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, dopuszczono by do sytuacji, w której Przystępujący musiałby w pierwszej kolejności uzupełnić Wykaz przez wskazanie konkretnego modelu radiotelefonu, a następnie złożyć dla tego modelu nową deklarację zgodności, nie było bowiem sporne, że ta przedstawiona wraz z ofertą dotyczy produktu wycofanego. W ocenie Izby prowadziłoby to po pierwsze do identyfikacji przedmiotu oferty po upływie terminu na składanie ofert, po drugie do niedozwolonej zmiany treści oferty, bowiem Przystępujący de facto od nowa określiłby przedmiot, który zamierza dostarczyć Zamawiającemu.

Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie,
o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.
W przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z żądną z powyższych alternatyw. Przystępujący złożył przedmiotowy środek dowodowy, identyfikujący przedmiot oferowany Zamawiającemu. Dokument ten był kompletny, odnosił się do typu radiotelefonu z oferty, identyfikował jego konkretny model. Zatem Przystępujący złożył wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy o określonej treści i formie. Nie mamy zatem do czynienia z sytuacją,
że wymagany środek nie został złożony. Nie można za taką sytuację uznać złożenia dokumentu, który swoją treścią nie odpowiada wymogom określonym w SWZ, bowiem przeczyłoby to istocie regulacji art. 107 ust. 2 ustawy Pzp i w zasadzie w każdej sytuacji umożliwiało uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych. Wystarczyłoby bowiem złożyć formalnie „jakiś dokument", co dopuszczałoby możliwość otrzymania wezwania do uzupełnienia już właściwego dokumentu. Dokument złożono dla modelu radiotelefonu niespełniającego wymogów SWZ, tym samym Zamawiający winien był negatywnie ocenić ofertę Przystępującego i dokonać jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Możliwość odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia może nastąpić tylko w sytuacji, gdy mamy do czynienia z ustaloną treścią oferty niezbicie niezgodną z konkretnymi postanowieniami SWZ lub OPZ lub innymi warunkami wykonania przedmiotu zamówienia, które wynikają z dokumentacji postępowania. Podkreślenia wymaga także, iż zaistniałe niezgodności muszą mieć charakter merytoryczny, a nie czysto formalny. Nie mogą odnosić się do elementów nieistotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Niezgodność musi mieć związek z zakresem, ilością, jakością, warunkami realizacji i innymi elementami istotnymi dla wykonania zamówienia.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi jej ostateczną eliminację z postępowania, stąd konieczne jest wskazanie konkretnej niezgodności między ofertą a warunkami zamówienia. Niezgodność ta nie może mieć charakteru dorozumianego, nie może odnosić się do elementów dokumentacji postępowania, które nie zawierają jednoznacznych wskazówek budowy treści oferty Wykonawcy. Postanowienia SWZ czy OPZ, niejasne, czy też warunkujące możliwość przyjęcia różnorodnej interpretacji odczytywać należy na korzyść Wykonawców.

W ocenie Izby postanowienia SWZ i OPZ w przedmiotowym postępowaniu były ustalone jednoznacznie, wymagania dla radiotelefonów określono w sposób przejrzysty zarówno co do cech identyfikujących dany produkt, jak też co do wymaganych dokumentów przedmiotowych i warunków dostawy. Odwołujący w odwołaniu przywołał konkretne postanowienia SWZ, OPZ, dokumentacji technicznej, z którymi treść oferty Przystępującego jest niezgodna.

Zamawiający nie może tłumaczyć się, że przygotowując opis przedmiotu zamówienia oparł się na dokumentacji (w tym projekcie wykonawczym), którego autorem jest sam Odwołujący. To Zamawiający odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nawet jeśli to Odwołujący przygotował opis przedmiotu zamówienia, to obowiązkiem Zamawiającego było sprawdzenie tych zapisów i dostosowanie do swoich potrzeb i wymagań.

Konkludując, Izba uznała, że potwierdziło się naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

W konsekwencji zasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp. Zarzut ten należy uznać za wynikowy w stosunku do zarzutów związanych z wyborem oferty nieprawidłowo zbadanej przez Zamawiającego, która nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodnicząca:

……..