

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r. przez wykonawcę MAXTO Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczce w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sąd Okręgowy w Białymstoku przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Centrum Informatyki "ZETO" Spółka akcyjna z siedzibą w Białymstoku

orzeka:

uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów nr 1, 3, 8 i 9 i nakazuje zamawiającemu Sąd Okręgowy w Białymstoku: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Centrum Informatyki "ZETO" Spółka akcyjna z siedzibą w Białymstoku, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawcę MAXTO Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczce w części 1/2 i zamawiającego Sąd Okręgowy w Białymstoku w części 1/2 i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MAXTO Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczce tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę MAXTO Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczce tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

zasądza od zamawiającego Sąd Okręgowy w Białymstoku na rzecz wykonawcy MAXTO Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczce kwotę 6 800 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy) tytułem proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania oraz kosztów 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 2505/24

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w Białymstoku (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Wymiana i rozbudowa systemu CCTV z wymianą kamer analogowych na kamery IP, okablowania, serwerów i macierzy w budynku Sądu Rejonowego w Białymstoku” (znak postępowania: ZP.261.2.2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 kwietnia 2024 r. pod numerem **2024/BZP 00309048**.

W dniu 15 lipca 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca MAXTO Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczce (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od:

- czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
- czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Centrum Informatyki "ZETO" Spółka akcyjna z siedzibą w Białymstoku (dalej: „ZETO”),
- zaniechania odrzucenia oferty ZETO,
- czynności poprawienia omyłki w ofercie ZETO,
- zaniechania wezwania ZETO do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów,
- zaniechania wezwania ZETO do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZETO pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZETO pomimo, że Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych i przedmiotowych

środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń;

3) art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i dokonanie poprawienia innej omyłki w zakresie oznaczenia nazwy producenta wskazanego przez ZETO w FORMULARZU CENOWYM OFERTY – zał. nr 4 do SW podczas, gdy brak było podstaw do poprawy tej omyłki (pismo z 3.07.2024r.);

4) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZETO pomimo, że oferta tego Wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”;

5) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ZETO do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej z rozdz. XVII ust. 1 pkt 4 lit. a) SWZ (str. 11), pomimo, że dokumenty podmiotowe złożone przez tego Wykonawcę są niekompletne i nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

6) art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ZETO do złożenia wyjaśnień w zakresie treści podmiotowych środków dowodowych;

7) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ZETO do złożenia wyjaśnień treści oferty i innych dokumentów i oświadczeń;

8) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty ZETO pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza;

9) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nieprzejrzysty.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ZETO.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę oraz zajmuje drugie miejsce w rankingu ofert. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego. Szkada ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 10 lipca 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 15 lipca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego:

W zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że Zamawiający w formularzu cenowym oferty wymagał podania informacji na temat oferowanych urządzeń. ZETO w złożonym formularzu cenowym oferty wskazał w pkt 3), że oferuje: „Kamera stacjonarna kopułowa, wewnętrzna, rozdzielczość 3MPix (2048x1536) – 105 szt.: Producent: SCHNEIDER ELECTRIC Model: IME338-1IRS 3. Zamawiający uznał, że ZETO zaoferował w rzeczywistości kamerę innej producenta - nie: „SCHNEIDER ELECTRIC” – jak ZETO literalnie wpisał w swojej ofercie, lecz producenta PELC (Pelco Corporate). Zamawiający uznał, że jest to inna omyłka, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp i dokonał jej poprawienia. ZETO zgodę na to poprawienie omyłki. Niezależnie od dopuszczalności poprawienia tej omyłki, poprawienie omyłki i uznanie, że przedmiotem oferty ZETO jest urządzenie producenta PELCO (Pelco Corporate) Model IME338-1IRS powoduje, że zaoferowana kamera nie spełnia wymagania: „obiektyw zmienneogniskowy o ogniskowych, zapewniający horyzontalne pole widzenia: w zakresie minimum 106° - 38° , dla najmniejszej ogniskowej, wielkości i rozdzielczości przetwornika”. W ocenie Odwołującego model zaproponowany przez ZETO posiada tylko obiektyw zmienneogniskowy zapewniający horyzontalne pole widzenia w zakresie 38,2-106 stopni dlatego nie spełnia tego wymagania (brakuje 0,2 stopnia dla dolnej granicy).

W świetle powyższego oferta ZETO podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (zarzut nr 1). Z ostrożności, Odwołujący podniósł zarzut art. 128 ust. 4 i 223

ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie (zarzut nr 7), jeśli jednak Izba uzna za zasadne wezwanie do wyjaśnień przed odrzuceniem oferty ZETO z tego powodu.

W zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że ZETO w złożonym wykazie zamówień nie potwierdził spełnienia warunków dotyczących doświadczenia wymaganego w XVII ust. 1 pkt 4 lit. a) SWZ, ponieważ:

1. w zakresie poz. 1 wykazu zamówień:

- a) wskazano ogólnie rodzaj i zakres zamówienia bez doprecyzowania, że były one wykonywane „w budynku”. Tymczasem zakres tych prac obejmował przede wszystkim prace innego rodzaju (nie w budynku), niż wskazane w warunku. Z treści listu referencyjnego wynika wprost, że montaż dotyczył kamer zewnętrznych i wewnętrznych (choć nie wskazuje się ile których - wskazano jedynie łączną liczbę wszystkich kamer – 210 szt). Zatem wykonany przez ZETO w ramach tego zamówienia wizyjny system bezpieczeństwa VSS (CCTV) w części został wykonany nie w budynku. Na potrzeby wykazania spełnienia warunku ZETO powinno podać informacje dotyczące systemu jedynie w budynku,
- b) tym samym podana w wykazie zamówień wartość prac dotyczy także prac wykraczających poza te wskazane w warunku (nie w budynku).
- c) nie potwierdzono, że zamówienie to polegało na montażu, instalacji i uruchomieniu systemu telewizji dozorowej VSS (CCTV). ZETO oprócz nazwy zadania inwestycyjnego podało jedynie „w ramach którego C.I. „ZETO” S.A. wykonał wizyjny system bezpieczeństwa VSS (CCTV) obsługujący łącznie 210 szt. kamer”. W treści listu referencyjnego mowa co prawda o montażu kamer, ale sam montaż kamer nie stanowi o montażu systemu. Wartość prac wymaganych w postępowaniu to 1 mln. zł brutto, a wykazana wartość prac w złożonej referencji to niecałe 1,148 mln zł brutto. Oczywiście jest, że wartość prac związanych z wykonaniem instalacji poza budynkiem, jest większa niż 148 tys. zł w przypadku kompleksu typu centrum logistyczne,
- d) w konsekwencji, skoro jak wskazano powyżej zamówienie to dotyczyło także systemu nie w budynku i obejmowało także kamery zewnętrzne, to nie wiadomo ile kamer składało się na system w budynku.

2) w zakresie poz. 2 wykazu zamówień:

- a) wskazano prace bez doprecyzowania, że były one wykonywane w budynku, tymczasem zakres tych prac obejmował przede wszystkim prace innego rodzaju (nie w budynku). Prace były wykonywane na przejściu granicznym, co przy specyfice takiego typu obiektów jednoznacznie sugeruje, że system monitoringu obejmuje kamery w zdecydowanej większości nie w budynku,
- b) tym samym podana w wykazie zamówień wartość prac dotyczy także prac wykraczających poza te wskazane w warunku (nie w budynku),
- c) nie potwierdzono, że zamówienie to polegało na montażu, instalacji i uruchomieniu systemu telewizji dozorowej VSS (CCTV). w treści listu referencyjnego mowa wprost o wdrożeniu nowego systemu CCTV obsługującego łącznie 154 kamery, w tym 26 punktów kamerowych projektowanych i 126 punktów kamerowych istniejących zintegrowanych do nowego systemu. Zatem w zakresie tych punktów kamerowych istniejących zintegrowanych ZETO nie dokonywało montażu i instalacji systemu, a mogło co najwyżej w tym zakresie system uruchamiać. To tłumaczy dlaczego nie potwierdzono montażu i instalacji systemu dla wymaganej w warunku liczby kamer. Tym samym ZETO nie montowało i nie instalowało systemu telewizji dozorowej VSS (CCTV) w budynku i obsługującego minimum 100 kamer, ale jedynie co najwyżej 26 kamer (punkty kamerowe projektowane). A z takim systemem jedynie zintegrowało 126 istniejących punktów kamerowych (czyli dla takiej łącznej liczby kamer uruchomiło system). Bo instalacja i montaż systemu obsługującego co najmniej 100 kamer wymaga zainstalowania co najmniej 100 kamer – bo one są jedną z podstawowych części systemu (bez kamer nie ma systemu CCTV). Argumentacja przeciwna prowadziła by do niedorzecznego wniosku, że można zamontować/zainstalować system CCTV bez montażu ani jednej kamery.
- d) w konsekwencji, skoro jak wskazano powyżej zamówienie to dotyczyło także systemu nie w budynku i obejmowało także, a można założyć, że przede wszystkim kamery zewnętrzne, to nie wiadomo ile kamer składało się na system w budynku – te 26 projektowanych punktów kamerowych też nie musiało być w budynku (choć można uznać, że jest to bez znaczenia, bo ta liczba jest i tak poniżej 100 szt. wymaganych w warunku). Zgodnie z treścią warunku system ten miał być systemem w budynku oraz obsługiwać co najmniej 100 kamer. W wykazie zamówień i liście referencyjnym wskazano, że zamówienie obejmowało łącznie 154 szt. kamer. Nie wiadomo zatem ile kamer składało się na system w budynku.

W świetle powyższego Zamawiający winien był wezwać ZETO (zarzut nr 6) w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i (zarzut nr 5) w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia wykazu zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Dalej Odwołujący wskazywał (zarzut nr 4) ZETO, że informacje zawarte w wykazie zamówień ZETO oraz w oświadczeniu zawartym w załączniku nr 5 do SWZ są nieprawdziwe. ZETO oświadczył, że spełnia warunki udziału w

postępowaniu, a nie spełnia. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że w tym przypadku ZETO w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Okoliczności sprawy pozwalają także uznać, że wykonawca ten który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć i miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz który zataił te informacje. Niewątpliwie, ZETO dopuścił się przynajmniej rażącego niedbalstwa, przy przedstawianiu informacji na temat własnego doświadczenia. Działanie ZETO było oczywiście działaniem celowym. Opisane działanie ZETO są zaprzeczeniem uczciwości, rzetelności, zaufania, lojalności, szczerości, fachowości, prywatności, poszanowania interesów drugiej strony i jako takie wyczerpują znamiona także art. 3 ust. 1 uznk. ZETO przystąpiło do Postępowania, nie spełniając warunków, ale poprzez umiejętne przygotowanie dokumentów podmiotowych w zakresie warunku doświadczenia doprowadziło do wyboru jego oferty. ZETO starało się wykorzystać przestrzeń jaką stwarza brak przewidzenia przez Zamawiającego fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. W świetle powyższego oferta ZETO podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk.

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał m. in., że Zamawiający uznał, że ZETO zaoferował w rzeczywistości urządzenia innego producenta - nie: „SCHNEIDER ELECTRIC” – jak ZETO literalnie wpisał w swojej ofercie, lecz producenta PELCO (Pelco Corporate). Zamawiający uznał, że jest to inna omyłka, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dokonał jej poprawienia, co należy uznać za niedopuszczalne, ponieważ nie ma możliwości ustalenia, czy ZETO błędnie podał nazwę producenta czy też oznaczenie modelu. Jak również nie ma możliwości ustalenia, w których pozycjach błędnie podano producenta, a w których to model został nieprawidłowo oznaczony. Zamawiający kwestię tę zupełnie pominął w uzasadnieniu poprawienia omyłki, a przecież mamy do czynienia z dwiema, a nawet trzema równoprawnymi wariantami poprawienia omyłki, a tym samym nie sposób odkodować jaka była rzeczywista intencja i treść oferty ZETO. Poprawienie tej omyłki w jakikolwiek sposób to negocjowanie treści oferty. Nie można zakładać, że ZETO chciało wszędzie zaoferować produkty tego samego producenta. Zamawiający tak przyjął na potrzeby poprawy omyłki, ale nie miał ku temu żadnych podstaw, bo można było oferować produkty różnych producentów. Bo wbrew temu co twierdzi Zamawiający, owszem Schneider Electric jest również producentem kamer – produkuje tego rodzaju asortyment. Istniała zatem możliwość zaoferowania także kamer Schneider Electric, przynajmniej w części pozycji. Wreszcie nie można też zakładać, że ZETO prawidłowo dobrał asortyment. Wręcz przeciwnie – przepisanie w formularzu cenowym oferty wymagań Zamawiającego nie pozwala zakładać żadnej szerszej i rzetelnej analizy. Ale też nie pozwala na identyfikację żadnego konkretnego urządzenia, bo nie podano parametrów rzeczywistych, a ZETO jedynie przepisał parametry minimalne (użycie słów „minimum” itd.).

W konsekwencji powyższych zarzutów doszło do naruszenia także (zarzut nr 8) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty ZETO pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza oraz (zarzut nr 9) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nieprzejrzysty (zarzuty wynikowe).

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 2 sierpnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko ZETO:

Pismem z dnia 2 sierpnia 2024 r. ZETO wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosił ZETO. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez ZETO po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, załączone do odpowiedzi na

odwołanie i pisma procesowego ZETO, przekazane przez Odwołującego drogą elektroniczną w dniu 4 sierpnia 2024 r. (które zostały przedłożone również przez Odwołującego na posiedzeniu) oraz przedłożone przez Zamawiającego i Przystępującego na posiedzeniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie, tj. w zakresie zarzutu nr 1 oraz zarzutu nr 3, a konsekwencji ich uwzględnienia, również w zakresie zarzutów nr 8 i nr 9, natomiast w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Po dokonanych zmianach treści SWZ przez Zamawiającego, w ostatecznie ustalonej wersji Formularza Cenowego Oferty (załącznik nr 4 do SWZ), dla urządzenia z poz. 3 „Kamera stacjonarna kopułowa, wewnętrzna, rozdzielczość 3MPix (2048x1536) – 105 szt”, Zamawiający wymagał podania producenta oraz modelu urządzenia, a także określił wymagane parametry urządzenia (dopuszczalne parametry korzystniejsze dla Zamawiającego). Jednym z tych parametrów było wymaganie, aby urządzenie wyposażone było w „obiektyw zmiennoogniskowy o ogniskowych, zapewniający horyzontalne pole widzenia: w zakresie minimum 106⁰-38⁰, dla najmniejszej ogniskowej, wielkości i rozdzielczości przetwornika”.

Jednocześnie, na mocy zmian treści SWZ dokonanych w ramach wyjaśnień treści SWZ, Zamawiający dokonał zmian postanowień SWZ dotyczących między innymi opisu ww. urządzenia z poz. 3 Formularza Cenowego Oferty, zawartych w pkt. SST 2.5.1 STWiOR do PT VSS PSIM SR Białystok, nadając w ostatecznym brzmieniu wymaganie: „obiektyw zmiennoogniskowy o ogniskowych, zapewniający horyzontalne pole widzenia: w zakresie minimum 106⁰-38⁰, dla najmniejszej ogniskowej, wielkości i rozdzielczości przetwornika” (tj. analogiczny parametr jak w Formularzu Cenowym Oferty).

W pkt 1.4) lit. a) rozdziału XVII SWZ, Zamawiający postawił następujący warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej: „warunek ten zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał minimum dwa zamówienia polegające na montażu, instalacji i uruchomieniu systemu telewizji dozorowej VSS (CCTV) o wartości minimum 1 000 000 zł brutto w budynku, obsługującego minimum 100 kamer”.

W Formularzu Cenowym Oferty złożonym przez ZETO w poz. 3 wskazał jako producenta urządzenia „SCHNEIDER ELECTRIC”, a jako model urządzenia „IME338-1IRS”. Natomiast jako jeden z parametrów oferowanego urządzenia (Lp 4) wskazał: „obiektyw zmiennoogniskowy o ogniskowych, zapewniający horyzontalne pole widzenia: w zakresie minimum 106⁰-38⁰, dla najmniejszej ogniskowej, wielkości i rozdzielczości przetwornika”.

Pismem z dnia 3 lipca 2024 r. Zamawiający powiadomił ZETO o zmianie podanego przez ZETO w Formularzu Cenowym Oferty producenta urządzeń firmy SCHNEIDER ELECTRIC, na firmę będącą rzeczywistym producentem urządzeń PELCO (Pelco Corporate). Zmiana dotyczyła urządzeń z poz. 1-17, 24 i 25 Formularza Cenowego Oferty, kwalifikując tę poprawę jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. ZETO w piśmie z dnia 4 lipca 2024 r. wyraził zgodę na poprawienie omyłki.

W przedłożonym przez ZETO wykazie zamówień, potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia, o którym mowa w pkt XVII.1.4) lit. a) SWZ (załącznik nr 7 do SWZ), wskazał następujące zamówienia:

1. „Budowa centrum logistycznego wraz z budynkiem biurowym, halą magazynową i obiektami towarzyszącymi oraz infrastruktury własnej na nieruchomości, a także infrastruktury zewnętrznej w Wiskitkach przy ul. Błońskiej” w ramach którego C.I. „ZETO” S.A. wykonała wizyjny system bezpieczeństwa VSS (CCTV) obsługujący łącznie 210 szt. kamer, o wartości 1 147 844,87 zł,
2. „Przebudowa wjazdu i wyjazdu na drogowym przejściu granicznym Kuźnica Białostocka – Bruzgi wraz z niezbędną infrastrukturą” w ramach którego C.I. „ZETO” S.A. wykonała wdrożenie nowego systemu telewizji dozorowej (CCTV) na istniejącym międzynarodowym drogowym przejściu granicznym, obsługujący łącznie 154 kamery, o wartości 2 880 679,36 zł.

Przechodząc w tym miejscu do oceny poszczególnych zarzutów odwołania, to w odniesieniu do zarzutu nr 1, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZETO pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w ocenie Izby zarzut ten był zasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oferta nie może być niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29) ustawy Pzp, która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki,

które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91–98 ustawy Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Analiza niniejszej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Przykładowo podaje się, że okolicznością, której wystąpienie skutkowało powinno odrzuceniem oferty na tej podstawie, dotyczyć może zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, przedłożenie dokumentów przedmiotowych (próbek), które nie potwierdzają, że produkt spełnia określone przez zamawiającego wymogi, przedłożenie dokumentów przedmiotowych do innych urządzeń niż zaoferowane przez wykonawcę, przedstawienie w ofercie wstępnej odmiennego urządzenia niż oczekiwane przez zamawiającego, co mogło być dopiero przedmiotem negocjacji) (za: red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Wydanie II, Urząd Zamówień Publicznych).

W nawiązaniu do zaistniałego stanu faktycznego, w oparciu o przedstawione dowody i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, w ocenie Izby urządzenie PELCO (Pelco Corporate) model IME338-1IRS nie spełniał parametru „obiektyw zmiennoogniskowy o ogniskowych, zapewniający horyzontalne pole widzenia: w zakresie minimum 106° - 38° , dla najmniejszej ogniskowej, wielkości i rozdzielczości przetwornika” dla urządzenia z poz. 3 „Kamera stacjonarna kopułowa, wewnętrzna, rozdzielczość 3MPix (2048x1536) – 105 szt”.

Należy wskazać po pierwsze, że bezspornym w sprawie jest to, jakim zakresem szerokości pola widzenia dysponuje urządzenie PELCO (Pelco Corporate) model IME338-1IRS. Świadczą o tym dowody przedstawione zarówno przez Odwołującego, jak i ZETO, a w szczególności przedłożone karty katalogowe tego urządzenia, a także wyjaśnienia producenta z załączonej korespondencji prowadzonej przez ZETO. Stąd też nie było w sprawie wątpliwości, iż zakres ten wynosił 106° - $38,2^{\circ}$. Odmierna dla stron i uczestnika była natomiast interpretacja wymaganego parametru i spór dotyczył tego, czy urządzenie o takim zakresie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

Idąc dalej, wbrew twierdzeniom ZETO (zarówno w treści pisma procesowego, jak i na rozprawie), zapisy dokumentacji postępowania w tym zakresie były jednolite i wobec zmian treści SWZ w toku prowadzonego postępowania (w szczególności dokonanej w dniu 28 maja 2024 r.), ostateczna treść tego parametru w Formularzu Cenowym Oferty była tożsama ze zmienionymi w tym zakresie postanowieniami opisu urządzenia (kamery) zawartymi w pkt SST 2.5.1 (Lp. 3) STWiOR do PT VSS PSIM SR Białystok, mając następujące brzmienie: „obiektyw zmiennoogniskowy o ogniskowych zapewniający horyzontalne pole widzenia: w zakresie minimum 106° - 38° , dla najmniejszej ogniskowej, wielkości i rozdzielczości przetwornika”. Należy więc pokrótce tylko wskazać, że odpowiedzi udzielane przez zamawiającego w ramach wyjaśnień SWZ, zmiany brzmienia pierwotnych zapisów, są bezwzględnie wiążące dla wykonawców. W pierwotnym brzmieniu pkt SST 2.5.1 (Lp. 3) STWiOR (podobnie jak w pierwotnym brzmieniu Formularza Cenowego Oferty) kwestionowany parametr w takiej wersji nie istniał, gdyż mowa była jedynie o „obiektywie zmiennoogniskowym o ogniskowych od 2.8mm do 8mm”. Na taką też treść pkt SST 2.5.1 (Lp. 3) STWiOR powoływał się w swoim stanowisku pisemnym ZETO. Stąd też nie można przyznać takiej argumentacji racji, skoro odwołuje się ona do nieistniejącej w dacie składania ofert treści SWZ. Tym samym jako nieprzekonujące dla Izby były wszelkie argumenty podnoszone przez ZETO, iż wymagany parametr dotyczył szerokości pola widzenia jedynie dla najmniejszej ogniskowej (jak wskazał ZETO w piśmie procesowym - jest to 2,8 mm, czyli 106°), a nie było wymogu wskazywania szerokości pola widzenia dla największej ogniskowej 8 mm. ZETO wywodzi więc wnioski w oparciu o nieistniejące założenia dokumentacji postępowania, gdyż ostateczne brzmienie STWiOR nie odnosi się do konkretnych wartości ogniskowych - zgodnie z pkt SST 2.5.1 (Lp. 3) wymagane jest, aby obiekt był zmiennoogniskowy, a dla najmniejszej ogniskowej zapewniał horyzontalne pole widzenia w zakresie minimum 106° - 38° (tak samo w Formularzu Cenowym Oferty).

Izba nie zgadza się z Zamawiającym co do interpretacji podanego przez Zamawiającego zakresu horyzontalnego pola widzenia, a mianowicie co do tego, że „Ze względu na przyjęty sposób zapisu („minimum 106° - 38° ”) zawierający

wyłącznie liczbę całkowitą, bez cyfr po przecinku, aby porównać wartość parametru zawartego w karcie katalogowej (38,2⁰) należy dokonać stosownego zaokrąglenia i porównywać z wymaganym parametrem". W tym kontekście Zamawiający podnosił, iż takie reguły zaokrąglenia są powszechnie, podobnie jak choćby „stosowanie polskiego alfabetu”. Otóż podany przez Zamawiającego na wzmocnienie argumentacji przykład wynika akurat wprost z ustawy Pzp (zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim), natomiast wywodzone reguły zaokrąglenia nie wynikają ani z obowiązujących przepisów ustawy Pzp ani tym bardziej z treści dokumentacji przedmiotowego postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego opiera się na zasadach gwarantujących między innymi zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, ale również przejrzystość. Zasada przejrzystości oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania o udzielenie zamówienia powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie umożliwi zamawiającemu ocenę bez niedozwolonej uznaniowości, czy oferty odpowiadają wymaganiom określonym w postępowaniu. Dlatego też nie można uznać za właściwe kierowanie się przez Zamawiającego zasadami, które nie zostały wprowadzone do treści dokumentacji postępowania. Jednocześnie sam Zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie, że: „W przypadku, gdyby Zamawiający wymagał kąta widzenia minimum 38,0⁰ (trzy cyfry znaczące) zarzut Odwołującego zasługiwałby na uwzględnienie”. Skoro więc, jak wywiodła wyżej Izba, Zamawiający niestłusznie oparł się na regułach zaokrąglenia, w wyniku czego przyjął błędne założenia, gdyż prawidłowa interpretacja sformułowania „w zakresie minimum 106⁰-38⁰” oznacza, iż chodzi o pełne wartości, to znaczy o zakres minimum 106,0⁰-38,0⁰, a nie przykładowo 106,0⁰-38,2⁰, to przy takim rozumieniu zarzut jest zasadny również w ocenie Zamawiającego.

Zarazem nie sposób przyjąć argumentacji Zamawiającego, sprowadzającej się do wniosku, że sformułowanie ww. parametru bez wymagania określenia kąta widzenia dla największej ogniskowej powoduje, że wymagany parametr kąta widzenia, niezależnie czy opisany jako 38⁰ czy też 38,2⁰, został spełniony przez urządzenie zaoferowane przez ZETO. Nie można jednak zignorować całej treści SWZ dotyczącej omawianego parametru, w którym mowa jest o konkretnie sprecyzowanym zakresie horyzontalnego pola widzenia, który wynosić miał zgodnie z treścią SWZ minimum 106⁰-38⁰. Stąd też trudno Izbie zrozumieć Zamawiającego, który twierdzi, iż parametr jest spełniony, w każdym przypadku, gdy kąt widzenia dla najmniejszej ogniskowej jest, jak się wydaje, mniejszy niż 106⁰. Za przekonujące przyjęła Izba stanowisko prezentowane przez Odwołującego, który podnosił, iż chodzi tu o minimalny zakres, a nie pojedynczą wartość mieszczącą się w tym zakresie.

Z powyższych względów zarzut nr 1 podlegał uwzględnieniu.

Z powodu uwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1, zarzut nr 7 w postaci naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ZETO do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania parametru „obiektyw zmienneogniskowy o ogniskowych, zapewniający horyzontalne pole widzenia: w zakresie minimum 106⁰-38⁰, dla najmniejszej ogniskowej, wielkości i rozdzielczości przetwornika” jako że został podniesiony przez Odwołującego z ostrożności, na wypadek, gdyby Izba uznała za zasadne wezwanie do wyjaśnień przed odrzuceniem oferty ZETO z tego powodu, nie wchodził więc w zakres rozpoznania z uwagi na swój ewentualny charakter wobec zarzutu nr 1.

Przechodząc do analizy zarzutu nr 2, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZETO pomimo, że ZETO ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń, to mając na względzie argumentację podnoszoną przez Odwołującego oraz stanowiska procesowe Zamawiającego oraz ZETO, w ocenie Izby istota sporu w zakresie zarzutu nr 2 sprowadzała się przede wszystkim do kwestii interpretacji treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.4) lit. a) rozdziału XVII SWZ. Jak zresztą przyznał ZETO w trakcie rozprawy, gdyby przyjmować rozumienie prezentowane przez Odwołującego, wykazane przez ZETO zamówienia nie potwierdzałyby spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, stąd też dowody przedłożone w tym zakresie przez Odwołującego z punktu widzenia oceny zarzutu okazały się zbędne, wobec takiego oświadczenia ZETO. Zatem dalsze rozważania Izby będą sprowadzały się do ustalenia, czy interpretacja Odwołującego co do postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu była właściwa.

Zgodnie z przepisem art. 112 ustawy Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Nadto, według art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie

jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Należy zarazem zaznaczyć, że treść warunków udziału w postępowaniu podlega ścisłej wykładni literalnej. Ocena zdolności wykonawców do wykonania zamówienia w kontekście postawionych warunków przez zamawiającego musi być obiektywna i zgodna z zasadą równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Nie jest zatem dopuszczalnym formułowanie przez zamawiającego, na etapie badania i oceny ofert czy też w trakcie postępowania odwoławczego, oczekiwań, które nie zostały literalnie ujęte w treści SWZ. Wszelkie próby interpretacyjne zmierzające do zaostrzenia wymagań względem ustalonego w SWZ brzmienia warunku udziału w postępowaniu prowadziłyby więc do nieuprawnionych zmian SWZ. Zamawiający powinien zatem formułować treść SWZ, w tym treść warunków udziału w postępowaniu, w sposób nierodzący po stronie wykonawców wątpliwości co do oczekiwań zamawiającego. Natomiast ewentualne niepewności interpretacyjne i wieloznaczności powinny być przedmiotem wyjaśnień treści SWZ przed upływem terminu składania ofert. Tym samym wykonawcy powinni mieć gwarancję, że ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego nastąpi w odniesieniu do literalnego brzmienia zapisów, a nie poprzez niedopuszczalne próby interpretacyjne podjęte dopiero na etapie badania i oceny ofert.

W ocenie Izby przedstawiona przez Odwołującego interpretacja warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 1.4) lit. a) rozdziału XVII SWZ była błędna. Wykładnia tego zapisu opisywana przez Odwołującego sprowadzała się do tego, że aby spełnić ten warunek wykonawca musiał wykazać się posiadaniem doświadczenia w realizacji minimum dwóch zamówień polegających na montażu, instalacji i uruchomieniu systemu telewizji dozorowej VSS (CCTV), przy czym znaczenie miało to, aby minimum 100 kamer zostało zainstalowanych w budynku, a wartość zadania zrealizowanego stricte w budynku opiewała na minimum 1 000 000 zł brutto.

Zdaniem Izby, Odwołujący w stosunku do ww. warunku udziału w postępowaniu wywiódł wnioski, które nie wynikały z literalnego brzmienia tego warunku udziału w postępowaniu. Nie sposób bowiem w ocenie Izby stwierdzić, iż poprzez sformułowanie, że Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem minimum dwóch zamówień polegających na: „montażu, instalacji i uruchomieniu systemu telewizji dozorowej VSS (CCTV) o wartości minimum 1 000 000 zł brutto w budynku, obsługującego minimum 100 kamer”, niezbędnym było aby minimum 100 kamer zostało zainstalowanych w budynku, a wartość zadania zrealizowanego stricte w budynku opiewała na minimum 1 000 000 zł brutto. Izba przyznaje przy tym rację stanowiskom co do rozumienia wymagań pozwalających na potwierdzenie ww. warunku udziału w postępowaniu, wyrażonym przez Zamawiającego oraz ZETO. Jak trafnie zdaniem Izby ujął to ZETO w swoim stanowisku pisemnym: *„Przedmiotowy warunek dotyczy zatem systemu:*

- 1) *wykonanego w budynku,*
- 2) *o wartości minimum 1 000 000 zł brutto oraz*
- 3) *obsługującego minimum 100 kamer.*

Zamawiający nie wymagał zatem, aby zamówienie objęte przedstawianymi referencjami, potwierdzające spełnienie warunku w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczyło wykonania/zainstalowania 100 kamer wewnątrz budynku. Wymóg, jasno i konkretnie określony przez Zamawiającego dotyczy wykonania w budynku systemu o wartości min. 1 000 000 zł brutto, który obsługuje co najmniej 100 kamer”.

Ponadto, co do podnoszonej przez Odwołującego kwestii, iż w przedłożonym przez ZETO wykazie zamówień nie wskazano literalnie, iż referencyjne zamówienia polegały na montażu, instalacji i uruchomieniu systemu telewizji dozorowej VSS (CCTV), należy wskazać, iż w stosunku do referencyjnego zamówienia z poz. 1 wykazu zamówień złożonego przez ZETO (ZETO wskazał, że „wykonał” system) z przedłożonego przez ZETO dowodu w postaci umowy wraz załącznikami (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) wynikało, iż zakres tego zamówienia odpowiadał wymogom Zamawiającego. Natomiast w odniesieniu do referencyjnego zamówienia z poz. 2 wykazu zamówień złożonego przez ZETO (ZETO wskazał, że „wdrożył” system), Odwołujący swoje twierdzenia w tym zakresie ponownie oparł na niezasadnej (jak już wyżej stwierdziła Izba) interpretacji treści ww. warunku udziału w postępowaniu, że koniecznym było, aby zamówienie referencyjne dotyczyło zainstalowania co najmniej 100 kamer, co nie pozwalało Izbie na aprobatę stanowiska Odwołującego w tym aspekcie.

Tym samym, Izba nie znalazła podstaw, aby kwestionować zamówienia wykazane przez ZETO na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu zamówieniami, gdyż w ocenie Izby odpowiadały wymogom postawionym przez Zamawiającego.

Z uwagi na nieuwzględnienie zarzutu nr 2, oddaleniu podlegały również zarzuty nr 5 (naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ZETO do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących ww. warunku udziału w postępowaniu) i nr 6 (naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ZETO do złożenia wyjaśnień w zakresie treści podmiotowych środków dowodowych), jako, że

były oparte na tożsamej argumentacji, co zarzut nr 2.

W konsekwencji również oddaleniu podlegał zarzut nr 4 (naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZETO pomimo, że oferta tego ZETO została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 uзнk), bowiem jak ustaliła Izba, że nie potwierdziło się, aby ZETO nie spełniał ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a to stanowiło dla Odwołującego punkt wyjścia dla uzasadnienia zarzutu nr 4.

Przechodząc zaś do oceny zarzutu nr 3, tj. naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i dokonanie poprawienia innej omyłki w zakresie oznaczenia nazwy producenta wskazanego przez ZETO w Formularzu Cenowym Oferty, podczas, gdy brak było podstaw do poprawy tej omyłki, Izba uznała ten zarzut za zasługujący na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Przewidziana w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp instytucja poprawy innej omyłki stanowi odstępstwo od generalnej zasady niedopuszczalności zmian w treści oferty wykonawcy w toku badania i oceny ofert, o której mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Gwarancja niezmienności treści oferty po jej złożeniu jest również urzeczywistnieniem zasady wynikającej z art. 16 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Korekta treści oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy i nie może być stosowana z zachowaniem ostrożności. Za niedopuszczalne należy przy tym uznać prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp wskazuje wyraźnie, iż poprawieniu podlegają omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W ten sposób niniejsza instytucja referując do istotności zmian wyraża zasadę, że skoro to zamawiający ma dokonać weryfikacji oferty, to poprawki muszą mieścić się w ramach korekty możliwej dla zamawiającego. Zamawiający może dokonać poprawy oferty, lecz nie może wyręczać wykonawcy w jej sporządzaniu. Omawiana regulacja nie służy więc poprawianiu wszystkich braków czy też błędów wykonawcy.

Punktem wyjścia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest jej odniesienie do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiającej dokonanie poprawy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach (za: red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Wydanie II, Urząd Zamówień Publicznych).

Jak wielokrotnie podnoszono w orzecznictwie Izby, poprawienie innej omyłki przez zamawiającego co do zasady jest dopuszczalne, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę. Przykładowo, jak wskazywała Izba w wyroku z dnia 11 stycznia 2023 r. (sygn. akt: KIO 3458/22): „Innymi słowy, jako warunek dokonania poprawy uznaje się konieczność dokonania jej przez samego zamawiającego, w oparciu o dane dające się wyinterpretować z samej oferty”. Podobnie Izba w wyroku z dnia 28 lutego 2023 r. (sygn. akt: KIO 423/23) podnosiła, że: „sposób skorygowania omyłki wynikać musi z dokumentów zamówienia i oferty w taki sposób by umożliwić zamawiającemu korektę. Jednocześnie Zamawiający ma obowiązek poprawić omyłkę wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów treści oferty”.

Istota zarzutu sprowadzała się zatem do analizy, czy Zamawiający był uprawniony, mając na uwadze całokształt oferty ZETO, do wywnioskowania, iż ZETO błędnie podał nazwę producenta urządzeń. W ocenie Izby doszło jednak w tym przypadku do niezasadnej ingerencji Zamawiającego w treść oferty ZETO w zakresie oznaczenia nazwy producenta wskazanego przez ZETO w Formularzu Cenowym Oferty. Zamawiający bowiem uznał, że ZETO zaoferował w rzeczywistości urządzenia innego producenta - nie: „SCHNEIDER ELECTRIC”, jak ZETO literalnie wpisał w swojej ofercie, lecz producenta PELCO (Pelco Corporate).

Dalej należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą na przykład kart katalogowych, z analizy których potencjalnie można byłoby odczytać rzeczywiste intencje ZETO. Zamawiający oparł więc swoje założenie na przeprowadzeniu samodzielnego postępowania poszlakowego, gdyż jak sam przyznał w odpowiedzi na odwołanie: „W czasie weryfikacji ofert Zamawiający stwierdził, że nie może odnaleźć w materiałach pochodzących od SCHNEIDER ELECTRIC - producenta urządzeń wykazanego przez CI ZETO - żadnych materiałów dotyczących tych urządzeń”. Jak wskazywał Zamawiający, „dokonał tego poprzez wpisanie nazwy modelu w wyszukiwarkę internetową i analizę otrzymanych wyników. W żadnym z przypadków nie wystąpiła sytuacja, w której model o nazwie określonej w ofercie przez CI ZETO był produkowany przez więcej niż jednego producenta – firmę PELCO” (co poparł dowodami w postaci

wydruków ze strony internetowej producenta SCHNEIDER ELECTRIC). Stąd też Zamawiający wyraźnie wskazał, poprawa treści oferty nie miała oparcia w danych dających się wyinterpretować z samej oferty ZETO, a to, jak już wyżej podkreślono, warunkuje dopuszczalność takiej poprawy. Jednocześnie Zamawiający na moment dokonania poprawy nie miał wglądu do dowodu ZETO w postaci oferty handlowej, stąd też dowód ten nie może jakkolwiek wpływać na ocenę czynności Zamawiającego.

Zarazem należy przyznać rację Odwołującemu, iż w tym przypadku nie ma możliwości ustalenia, czy ZETO błędnie podał nazwę producenta czy też oznaczenie modelu. Jak również nie ma możliwości ustalenia, w których pozycjach błędnie podano producenta, a w których to model został nieprawidłowo oznaczony, co prowadzi do wniosku, iż nie sposób było przyjąć, jaka była rzeczywista intencja ZETO. Bez wątpienia nie można tego było ustalić na podstawie innych elementów oferty ZETO. Wydaje się, iż sam Zamawiający również miał tego świadomość, bowiem w odpowiedzi na odwołanie zgodził się z Odwołującym, iż „bardziej prawdopodobne jest wystąpienie błędu w przypadku oznaczania modelu”, co wskazuje, że nie można jednoznacznie zakładać, iż błędnym było oznaczenie producenta. Potwierdzają to też przedłożone przez Odwołującego dowody w postaci wydruków ze strony internetowej producenta SCHNEIDER ELECTRIC, z których wynika, iż producent również produkuje kamery, stąd nie można było bezrefleksyjnie zakładać, że błędnym było właśnie oznaczenie producenta. Należy powtórzyć za wyrokiem Izby z dnia 2 maja 2022 r. (sygn. akt: KIO 949/22), że „musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty”. Tym samym zarzut nr 3 podlegał w ocenie Izby uwzględnieniu.

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutów nr 1 i nr 3, Izba uwzględniła też zarzuty mające charakter wynikowy wobec tychże zarzutów, tj. zarzuty nr 8 i nr 9. Niewątpliwie bowiem, w wyniku powyżej stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy Pzp doszło też do naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty ZETO pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza (zarzut nr 8), a także art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nieprzejrzysty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 3) w zw. z § 7 ust. 4 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....