Sygn. akt KIO 1062/15
KIO 1063/15

WYROK
z dnia 29 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 11, 17 i 24 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2015 r.:

1) przez wykonawcę Geotronics Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie [KIO 1062/15],
2) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne SmallGIS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie oraz NaviGate Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie [KIO 1063/15]

w postępowaniu prowadzonym przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii
przy udziale wykonawców:

1) Geotronics Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, do po stronie przystępującego postępowania odwoławczego Odwołującego w sprawie KIO 1063/15,
2) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne SmallGIS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie oraz NaviGate Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie KIO 1062/15,
3) Leica Geosystems spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie do po po stronie przystępującego postępowania odwoławczego stronie Zamawiającego w sprawach KIO 1062/15 i KIO 1063/15

orzeka:

1. oddala odwołanie złożone przez Geotronics Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie,
2. uwzględnia odwołanie złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne SmallGIS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie oraz NaviGate Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością

---

w Krakowie w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

3. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne SmallGIS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie oraz NaviGate Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie:
   3.1. w zakresie zmierzającym do nakazania wykluczenia wykonawcy Leica Geosystems spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie z postępowania – wobec niepotwierdzenia zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji [art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych],
   3.2. w zakresie zmierzającym do nakazania odrzucenia oferty Leica Geosystems spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych] – wobec niepotwierdzenia zarzutów wskazujących na wskazane w odwołaniu niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz – w odniesieniu do tych elementów oferty, które nie zostały skonkretyzowane co do parametrów a skopiowane w formularzu technicznym opracowanym wg. załącznika 4a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – jako przedwczesne,
4. kosztami postępowania obciąża Główny Urząd Geodezji i Kartografii i:
   4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr [słownie: trzydziestu tysięcy złotych, zero groszy], to jest po 15 000 zł [słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy] uiszczone przez

wykonawców Geotronics Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie [KIO 1062/15], a także przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne SmallGIS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie oraz NaviGate Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie [KIO 1063/15] tytułem wpisów od odwołania,

4.2. zasądza od Zamawiającego Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii na rzecz Odwołującego w spr. KIO 1063/15, to jest wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne SmallGIS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie oraz NaviGate Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie kwotę 18 600 zł 00 gr [słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

4.3. zasądza od Odwołującego w spr. KIO 1062/15 Geotronics Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, na rzecz Zamawiającego

---

Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii kwotę 3 600 zł 00 gr [słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.] na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

Sygn. akt KIO 1062/15
KIO 1063/15

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Główny Urząd Geodezji i Kartografii prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„dostawa sprzętu na potrzeby modernizacji systemu ASG–EUPOS”* – część I, w warunkach, gdy szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej ustawą.

II. Zamawiający w dniu 8 maja 2015 r. rozstrzygnął postępowanie, dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Leica Geosystems spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Obaj Odwołujący zakwestionowali rozstrzygnięcie w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wybranej a także – Geotronics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie [dalej: Geotronics] – w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne SmallGIS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie oraz NaviGate Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie [dalej: konsorcjum SmallGIS] i wykluczenia tego konsorcjum.

III. Odwołujący Geotronics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie zarzucił naruszenia:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum SmallGIS, pomimo iż jest niezgodna z treścią SIWZ,
2) art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum SmallGIS, pomimo złożenia w postępowaniu nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania;
3) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechania odrzucenia oferty, której treść nie

odpowiada treści SIWZ, tj. oferty złożonej przez Leica Geosystems sp. z o.o.
Odwołujący wniósł o nakazanie: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania ponownej oceny ofert, a w jej toku – odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum SmallGIS Sp. z o.o. i NaviGate Sp. z o.o. oraz oferty złożonej przez Leica Geosystems sp. z o.o.; dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następującą argumentację:

[1] W zakresie podstawy odrzucenia oferty konsorcjum SmallGIS Sp. z o.o. i NaviGate sp. z o.o.:

(1) Zgodnie z treścią Załącznika nr 4a do SIWZ (Formularz techniczny – parametry techniczne sprzętu oraz oprogramowania oferowanego przez Wykonawcę – część I zamówienia, str. 5 poz. 18), Zamawiający określił następujące wymaganie: *„Ze względu na konieczność włączenia dostarczonego odbiornika do oprogramowania zarządzającego siecią ASG–EUPOS Zamawiający wymaga, aby dostarczony sprzęt znajdował się na liście odbiorników obsługiwanych przez oprogramowanie Trimble Pivot Platform, którym dysponuje Zamawiający. Lista odbiorników przystosowanych do pracy w środowisku oprogramowania Trimble Pivot Platform stanowi załącznik nr 1 do niniejszego Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia. W przypadku gdy oferowany odbiornik GNSS nie występuje na wskazanej liście, Wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty oświadczenie producenta oprogramowania Trimble Pivot Platform, że oferowany sprzęt w pełni współpracuje z w/w oprogramowaniem."* Lista odbiorników stanowi Załącznik nr 1 do załącznika nr 1a do SIWZ. W załączniku tym nie figuruje odbiornik zaoferowany przez konsorcjum SmallGIS Javad GNSS model Delta S–3. Zamawiający w toku postępowania wezwał wykonawcę do wyjaśnienia przyczyny braku tego odbiornika na liście a wykonawca wyjaśnił, że odbiornik Delta S–3 odpowiada odbiornikowi Delta, wskazanemu na liście odbiorników wspieranych w oprogramowaniu Trimble Pivot Platform. Zgodnie z informacjami uzyskanymi od producenta oprogramowania Trimble Pivot Platform, odbiornik ten nie jest wspierany przez powołane oprogramowanie. Odwołujący załączył do odwołania oświadczenie producenta oprogramowania o braku kompatybilności tego odbiornika z oprogramowaniem posiadanym przez Zamawiającego – Trimble Pivot, na rozprawie zaś złożył dwa dodatkowe oświadczenia. Powyższe, zdaniem Odwołującego oznacza, że oferta konsorcjum SmallGIS jest niezgodna z treścią SIWZ i winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Ponadto ze względu na złożenie przez konsorcjum nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, konsorcjum winno być wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt ustawy.

(2) W załączniku nr 4a do SWIZ w tabeli: Wariant nr 1A (str. 4 poz. 12) „Strona *WWW do zarządzania odbiornikiem"* Zamawiający wymagał, aby odbiornik był dostępny przez przeglądarkę internetową Internet Explorer lub równoważną darmową, protokół http lub HTTPS oraz aby była możliwość ustawienia za pomocą strony www parametrów pracy odbiornika w zakresie transmisji danych (konfiguracja strumieni obserwacyjnych na odpowiednich portach TCP/IP), rejestracji danych obserwacyjnych w pamięci odbiornika,

konfiguracji śledzonych sygnałów i satelitów, restartu odbiornika oraz instalacji oprogramowania odbiornika (firmware). Wykonawca w formularzu ofertowym (str. 16, tabela pkt. 12) nie określił konkretnych parametrów oferowanego sprzętu, lecz przekopiował wymagania określone przez Zamawiającego. Zgodnie natomiast z treścią instrukcji oraz specyfikacji producenta zaoferowanego odbiornika, jak również szczegółowego manuala, dotyczącego zaoferowanego odbiornika, producent nie określa parametru udostępniania strony konfiguracyjnej za pomocą protokołu http lub HTTPS. W najnowszym manualu (DELTA–3 GNSS Receiver User Manual Version 1.0 Last Revised January 26,2015), załączonym do odwołania, na stronie 8 w rozdziale Managing and Operating Receiver using NetView 8 producent określa: *JAVAD GNSS NetView software provides an interface for various configuration, monitoring, and management functions for the receiver – Oprogramowanie Javad GNSS NetView zapewnia interfejs dla różnych konfiguracji,*

monitorowania i funkcji zarządzania dla odbiornika. Nie jest zatem możliwe konfigurowanie odbiornika z wykorzystaniem darmowej przeglądarki internetowej. W konsekwencji sposób konfiguracji odbiornika jest inny od wymaganego przez Zamawiającego – oferta konsorcjum SmallGis winna być zatem odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

2. W zakresie podstawy odrzucenia oferty Leica Geosystems:

Zgodnie z treścią Załącznika nr 4a do SIWZ – po zmianach z dnia 27.03.2015 r. – Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wskazał w formularzu ofertowym konkretne parametry oferowanego przez siebie sprzętu. Wykonawca – Leica Geosystems sp. z o.o. w wielu miejscach tabeli nie zastosował się do tych wytycznych, a przez to podał w wielu miejscach informacje uniemożliwiające stwierdzenie, jaka jest treść oferty tego wykonawcy, ponadto w niektórych przypadkach podane przez tego wykonawcę informacje są nieprawdziwe.

(1) W załączniku nr 4a do SIWZ w Wariancie 1 części B poz. 5 tabeli Wariant 1A Zamawiający wymagał, aby dostarczyć min. 2 GB pamięci wewnętrznej FLASH przeznaczonej do zapisu obserwacji. Wykonawca Leica Geosystems skopiował wymagania Zamawiającego do kolumny, w której powinien określić parametry oferowanego sprzętu. Tymczasem zaoferowany przez wykonawcę odbiornik, zgodnie z treścią specyfikacji odbiornika GR10 na stronie 7 (załączonej do niniejszego odwołania) nie posiada pamięci wewnętrznej FLASH określonej przez wykonawcę – posiada pamięć na kartach SD, oświadczenie wykonawcy nie odpowiada zatem stanowi faktycznemu.

(2) W załączniku nr 4a do SIWZ w Wariancie 1 części B poz. 3 Zamawiający wymagał, aby dostarczona antena miała absolutną kalibrację centrum fazowego dla modelu anteny wraz

z kopułą przeciwśniegową umieszczoną w aktualnym pliku kalibracji absolutnych IGS08.atx. Wykonawca Leica ponownie skopiował wymaganie Zamawiającego zamiast określić oferowany parametr, co w konsekwencji oznacza brak oświadczenia o zaoferowaniu anteny posiadającej wymaganą kalibrację i stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. W załączniku nr 4a do SIWZ w Wariancie 1 części B poz. 8 podpunkt 2. Zamawiający przedstawił dwa przypadki dostawy anten w zależności od występującej w dostarczanych antenach końcówki. Wykonawca Leica ponownie skopiował wymaganie z Zamawiającego zamiast określić oferowany parametr, co uniemożliwia określenie, jaka antena została przez tego wykonawcę zaoferowana. W załączniku nr 4a do SIWZ w Wariancie 2 części A pkt 2 Zamawiający wymagał, aby oferowany odbiornik śledził sygnały w tym sygnał GLONASS: L1, L2, L1 C/A, L1P, L2P. Wykonawca Leica Geosystems Sp. z o.o. zaoferował urządzenie niezapewniające możliwości śledzenia sygnału Glonass na częstotliwości L1P – zgodnie z treścią załączonej do odwołania specyfikacji tego odbiornika, zaoferowany przez wskazanego wykonawcę odbiornik Leica GR 10 Profesional nie śledzi częstotliwości L1P (tabela na str. 7 – sygnały GNSS). Oferta złożona przez Leica Geosystems sp. z o.o. winna być zatem odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

(3) Zamawiający m.in. w załączniku 4a w Wariancie 2 w tabeli w pkt 18 określił wymagania dodatkowe tj. dostarczenie licencji do oprogramowanie Trimble Pivot dla dostarczanych odbiorników. W odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawcy z dnia 3 kwietnia potwierdzone również w odpowiedzi Zamawiającego dnia 10 kwietnia – Zamawiający nie widział przeciwskazań do zmiany SIWZ z uwagi na deklarację producenta oprogramowania Trimble Pivot Platform, zawartą w Załączniku nr 1 do załącznika nr 1a do SIWZ, wymagane przez Zamawiającego licencje mogą zostać bez ograniczeń zakupione przez dowolnego klienta na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii. Odwołujący jest jedynym autoryzowanym przedstawicielem producenta u którego można zakupić wymagane licencje a tylko firma Leica Geosystems sp. z o.o. nie złożyła u Odwołującego zapytania ofertowego w tym zakresie. Inni wykonawcy tj. odrzucona firma TPI sp. z o.o. jak i konsorcjum firm SmallGis takie pytanie złożyli i otrzymali już przed datą złożenia ofert w niniejszym postępowaniu ofertę cenową. W związku z powyższym zachodzi przesłanka, iż oferta firmy Leica Geosystems nie uwzględnia konieczności dostarczenia wymaganych licencji a tym samym nie spełnia SIWZ.

IV. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne SmallGIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie oraz NaviGate Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie złożył odwołanie wobec:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Leica Geosystems sp. z o.o., w sytuacji, kiedy jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a nie jest to omyłka, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty i w związku z tym nie może być usunięta w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy;
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy Leica Geosystems sp. z o. o, w sytuacji, kiedy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie jest to omyłka, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty i w związku z tym nie może być usunięta w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy;
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, polegającej na wykluczeniu z postępowania wykonawcy wybranego, składającego nieprawdziwe informacje, w zakresie spełnienia warunku SIWZ przewidzianych dla oferowanego sprzętu w załączniku nr 4a do SIWZ, mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
4. zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego, który powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na składanie nieprawdziwych informacji.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ustawy, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co przejawia się w nierzetelnym badaniu oferty wykonawcy Leica Geosystems sp. z o.o., przyjęciu jako prawidłowej oferty nie spełniającej wymagań SIWZ i której treść jest niezgodna z SIWZ,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego Leica Geosystems Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści SIWZ,
3. art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego – Leica Geosystems Sp. z o.o., składającego nieprawdziwe informacje, mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
4. art. 91 ust 1. ustawy, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy wybranego Leica Geosystems sp. z o.o., w sytuacji, kiedy oferta ta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Leica Geosystems sp. z o.o., jako najkorzystniejszej; odrzucenia oferty tego wykonawcy;

dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł:

[1] W zakresie zarzutu dokonania niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Leica Geosystems sp. z o.o., w sytuacji, kiedy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie jest to omyłka, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty i w związku z tym nie może być usunięta w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz zarzut zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, polegającej na odrzuceniu oferty Wykonawcy Leica Geosystems sp. z o. o, w sytuacji, kiedy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie jest to omyłka, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty i w związku z tym nie może być

usunięta w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy:

Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 1a do SIWZ pn. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – Część I, gdzie w Tabeli 1 pn. Minimalne wymagania techniczne sprzętu GNSS i wyposażenia (Wariant 1 i Wariant 2) określił w detalach przedmiot zamówienia oraz stawiane mu wymagania techniczne. Spełnienie wymagań zawartych w ww. dokumencie należało wykazać w załączniku nr 4a dla części I do SIWZ. W załączniku tym Zamawiający w rubryce Parametry techniczne sprzętu oferowanego przez Wykonawcę zawarł następujący wymóg formalny dotyczący sposobu udowodnienia spełnienia warunków technicznych, a tym samym zgodności oferowanego sprzętu z wymaganym przedmiotem zamówienia: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wskazał konkretne parametry oferowanego przez siebie sprzętu, a nie zawierał zapisy typu „tak"/"zgodne z SIWZ" lub wpisywał wymagania podane przez Zamawiającego na zasadzie „kopiuj–wklej".* Instrukcja Zamawiającego była jasna i dokładna i została spełnione przez wszystkich oferentów poza jednym – Wykonawcą Wybranym. Wykonawca ten przedstawił wraz z ofertą załącznik nr 4a dla części I wpisując w pola wymagane kopie wymagań Zamawiającego na zasadzie „kopiuj/wklej". W konsekwencji spowodowało to brak wykazania spełnienia poszczególnych warunków technicznych wymaganych przez Zamawiającego i brak wskazania – w stosunku do części zaoferowanych parametrów technicznych, czy to, co zaoferował Wykonawca spełnia wymagania Zamawiającego. W stosunku do części parametrów wymaganych wskazano – zaoferowano parametry niespełniające wymogów SIWZ. Zgodnie z przyjętą linią orzeczniczą KIO *„nie sposób tracić z pola widzenia kwestii, czym jest oferta składana w postępowaniu o zamówienie publiczne. Oferta stanowi*

Oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia. *Natomiast treść SIWZ to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego* świadczenia, *które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.* Świadczenie *wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców* świadczenia *oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy."*
Zamawiający sam wskazał, że ponieważ jest to istotne z punktu widzenia realizacji zamówienia, nie dopuszcza wykazywania spełnienia warunków technicznych poprzez wskazanie: spełnia/nie spełnia, zgodne z SIWZ, kopiuj/wklej, ponieważ częstokroć w ten sposób Zamawiający byli pozbawieni możliwości weryfikacji, co w rzeczywistości stanowi zaoferowany przedmiot umowy i w konsekwencji pozbawieni kontroli nad przedmiotem umowy, który zostanie im dostarczony. W tym konkretnym przetargu, który jest związany z rozwojem ogólnopolskiej sieci stacji referencyjnych tzw. Aktywnej Sieci Geodezyjnej EUPOS (ASG–EUPOS), funkcjonującej od 2008 roku, ma to podstawowe znaczenie. Punkty odniesienia Sieci stacji stanowią podstawową poziomą osnowę geodezyjną i szczegółową wysokościową osnowę geodezyjną. Biorąc pod uwagę cele projektu wymogi Zamawiającego były nakierowane na uzyskanie maksymalnej pewności, że zaoferowane sprzęty i akcesoria są tym, czego oczekuje Zamawiający. Dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty w takim kształcie, wbrew jego własnym instrukcjom, Zamawiający nie tylko naruszył zasadę art. 7 ustawy równego traktowania wszystkich wykonawców na każdym etapie postępowania, ale także pozbawił się kontroli nad dostarczanym mu przedmiotem zamówienia.
Zgodnie z przyjętym stanowiskiem judykatury oraz doktryny, należy zawsze rozpatrywać konkretne stany faktyczne indywidualnie biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności, cele itp. Znajduje to odzwierciedlenie m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. XII Ga 102/09, w którym czytamy: *„1. Kwalifikator "istotnych zmian", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., należy odnosić do całości treści oferty*

i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. 2. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie)

---

istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia."

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy mówi wyraźnie o obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy w przypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Jedynym zatem wyjątkiem są przypadki, kiedy niezgodność oferty z SIWZ daje się usunąć w drodze poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Z taką sytuacją nie mamy tutaj jednak do czynienia. Nie można mówić o nieistotności wymagań, biorąc pod uwagę kontekst całego postępowania, jego cel oraz wytyczne jakie wpisał sam Zamawiający zakazując zastosowania pewnej praktyki panującej na rynku, jako niedopuszczalnej. Wykonawca Wybrany zdecydował o zastosowaniu jednak niedozwolonej praktyki w wielu miejscach formularza technicznego, a co istotne zwłaszcza w dwóch przypadkach, w których nie mógłby wykazać się spełnieniem wymagań Zamawiającego.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27 lutego 2015 r. KIO 282/15; KIO 295/15 w kwestii zaistnienia sytuacji niezgodności treści z SIWZ należy wskazać, że: *„Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę* świadczenia *oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego".* Dalej w tym samym wyroku Izba wskazuje na bardzo istotną kwestię: *„Dalej wskazać należy,* że *zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie jest okolicznością, którą można domniemywać lub zakładać na podstawie ogólnego oświadczenia wykonawcy wówczas, gdy wymagane jest w treści siwz potwierdzenie szczegółowych wymagań technicznych. Skoro Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny określił procedurę weryfikacji istotnych aspektów oferowanego przez wykonawców urządzenia, to wykonawcy byli zobowiązani się do niej zastosować i ponieść wszelkie konsekwencji związane z jej nieprzestrzeganiem. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego domniemywanie zgodności oferowanego produktu z ogólnego oświadczenia zawartego w treści formularza oferty skoro określił on, w jaki sposób wykonawcy ową zgodność winni mu wykazać. To obowiązkiem wykonawcy jest dochowanie należytej staranności i postępowanie zgodnie z procedurą określoną przez Zamawiającego."*

Z taką sytuacją mamy do czynienia w omawianym postępowaniu. To wykonawcy, jako profesjonalne podmioty na rynku, mają obowiązek zapoznać się z wymaganiami SIWZ i uwzględnić je w składanych ofertach. Samowolne postępowanie wbrew nakazom

---

Zamawiającego rodzi konsekwencje dla Wykonawcy, łącznie z odrzuceniem jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Zwłaszcza biorąc pod uwagę, że pozostali Wykonawcy dostosowali się do wymogu, którego celem było wskazanie konkretnych parametrów zaoferowanego sprzętu. Natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest dopilnowanie i weryfikacja postawionych przez siebie samego warunków i w razie konieczności wyciągnięcie odpowiednich konsekwencji. Jak słusznie wskazano w wyroku KIO z dnia 2 marca 2015 r. KIO 322/15: *„Oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego."*

Załącznik nr 4a do SIWZ część I pn. Formularz Techniczny został po pierwsze sporządzony przez wykonawcę wybranego odmiennie od nakazu Zamawiającego, po drugie zawiera treść

nie odpowiadającą opisowi przedmiotu zamówienia w nim zawartemu.

[2] W zakresie postulowanych niezgodności oferty Leica Geosystems sp. z o.o.:

(1) Załącznik nr 4a do SIWZ Wariant 1 oraz Wariant 2 część A) Odbiornik satelitarny pkt. 3 oraz 14 – zamawiający wymagał: *„3. Porty komunikacyjne: Przynajmniej 2 oddzielne porty komunikacyjne wbudowane w obudowę odbiornika, w tym co najmniej 1 port RS232 (DB9, Lemo lub inny) o komunikacji dwukierunkowej. Dla każdego portu należy dostarczyć co najmniej jeden kabel transmisyjny o długości od 1,0 do 2,0 m zakończony złączem RS232 DB9 zapewniający pełne wykorzystanie portu."; „14. Obudowa: Pyłoszczelna i odporna na działanie wilgoci, minimum IP 64".* Wykonawca wybrany wpisał w pkt 3: *„2 oddzielne porty komunikacyjne wbudowane w obudowę odbiornika, w tym co najmniej 1 port RS232 (DB9, Lemo lub inny) o komunikacji dwukierunkowej. Dla każdego portu należy dostarczyć co najmniej jeden kabel transmisyjny o długości od 1,0 do 2,0 m zakończony złączem RS232 DB9 zapewniający pełne wykorzystanie portu."* a w pkt 14: *„ Pyłoszczelna i odporna na działanie wilgoci, IP 67".*

Zdaniem Odwołującego, z oferty firmy Leica Geosystems sp. z o.o., Zamawiający nie może jednoznacznie stwierdzić czy oferowany odbiornik spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ, ponieważ oferent nie wskazał jakie porty posiada oferowany odbiornik. Jak wynika z dokumentacji technicznej – broszury technicznej odbiornika Leica GR10 odbiornik Leica GR10 posiada wyłącznie 1 złącze Lemo RS232 wbudowane w obudowę

---

odbiornika. Pozostałe porty komunikacyjne odbiornika są dostępne pod klapką, której otwarcie w celu podłączenia kabla zapewniającego pełne wykorzystanie portu skutkuje kolejnym niespełnieniem wymogu SIWZ – wskazanego w pkt 14. Klasy ochrony według IEC 60 529/09.2000 (PN – EN 60 529/09.2000) wskazują konkretne stopnie dla ochrony przed dotykiem i ciałami obcymi oraz dla ochrony przed działaniem wody. Wykonawca Wybrany zdeklarował, iż zaoferowany odbiornik spełnia normę IP67 czyli jest odporny na wnikanie pyłu do obudowy przy podciśnieniu wynoszącym 20mbar, oraz jest odporny na wnikanie wody w ilościach które mogą spowodować uszkodzenia, w wypadku gdy obudowa znajduje się chwilowo pod wodą przy normalnych warunkach ciśnieniowych i czasowych. Otwarcie klapki w celu podłączenia kabla zapewniającego pełne wykorzystanie 2–go wymaganego portu o komunikacji dwukierunkowej skutkuje niespełnieniem zdeklarowanej przez wykonawcę wybranego normy IP67, a nawet nie spełnienie minimalnej normy IP64 wymaganej przez Zamawiającego w pkt. 14.
Dodatkowo Wykonawca Wybrany nie zaoferował dostawy dla każdego portu co najmniej jednego kabla transmisyjnego o długości od 1,0 do 2,0 m zakończonego złączem RS232 DB9 zapewniającego pełne wykorzystanie każdego z portów, a co za tym idzie nie spełnił wymogu formalnego dotyczącego sposobu udowodnienia spełnienia warunków technicznych: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wskazał konkretne parametry oferowanego przez siebie sprzętu, a nie zawierał zapisy typu „tak"/"zgodne z SIWZ" lub wpisywał wymagania podane przez Zamawiającego na zasadzie „kopiuj–wklej".* Oferta wykonawcy wybranego jest niezgodna z treścią SIWZ, zaoferowane urządzenie nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ.
(2) Załącznik nr 4a do SIWZ Wariant 1 oraz Wariant 2 część A) Odbiornik satelitarny pkt 15 – Zamawiający wymagał: *„Zasilanie – Możliwość zasilania z dwóch niezależnych zewnętrznych* źródeł. *Jako niezależne* źródło *zasilania może być wykorzystana bateria wewnętrzna odbiornika. W przypadku gdy odbiornik jest zasilany z dwóch niezależnych* źródeł *zewnętrznych Wykonawca dostarczy dla każdego portu umożliwiającego zasilanie co najmniej po jednym zasilaczu wraz z kablem do podłączenia odbiornika."* Wykonawca wybrany wpisał: *„Możliwość zasilania z dwóch niezależnych zewnętrznych* źródeł. *Jako niezależne* źródło *zasilania może być wykorzystana bateria wewnętrzna odbiornika. W przypadku gdy odbiornik jest zasilany z dwóch niezależnych* źródeł *zewnętrznych Wykonawca dostarczy dla każdego portu umożliwiającego zasilanie co najmniej po jednym zasilaczu wraz z kablem do podłączenia odbiornika."*
Zapis jest kopią wymagań Zamawiającego i kopiując ten zapis wykonawca wybrany zobowiązał się, że dostarczy odbiornik z możliwością wykorzystania baterii wewnętrznej odbiornika jako niezależnego źródła zasilania. Poprzez takie ujęcie wykonawca wybrany

zaoferował odbiornik Leica GR10, który jak wynika z dokumentacji technicznej – broszury

technicznej odbiornika Leica GR10, nie posiada wbudowanej baterii, a co za tym idzie zaoferowana bateria wewnętrzna nie może być wykorzystywana jako niezależne źródło zasilania. W tym zakresie oferta wykonawcy wybranego jest nie tylko niezgodna z treścią SIWZ, ale jednocześnie ww. Wykonawca złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające istotny wpływ na przebieg postępowania. Nawet gdyby Zamawiający chciał wyjaśnić tę kwestię z wykonawcą wybranym, to jakakolwiek udzielona przez tego ostatniego odpowiedź musiałaby być potraktowana jak prowadzenie negocjacji z Zamawiającym. To z kolei w świetle art. 81 ust. 1 stanowiącego, że *„w toku badania i oceny ofert zamawiający może* żądać *od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści",* nie może w tym przypadku mieć miejsca. Wskazania wymaga również kwestia odnosząca się do końcówki art. 89 ust. 1 pkt 2. Stanowisko orzecznictwa jest tutaj jednoznaczne i zasługujące na uwagę. Mianowicie Zamawiający *„może wezwać wykonawcę do uzupełnienia błędnych czy brakujących dokumentów, a także do złożenia wyjaśnień, jednak nie może to prowadzić do zmiany treści oferty, gdyż narusza nie tylko art. 87 ust. 1, czy art. 26 ust. 3 (spełnianie wymogów na dzień składania ofert), ale przede wszystkim główna zasadę zamówień publicznych, czyli uczciwą konkurencje i równe traktowanie wykonawców." (wyrok z dnia 24 marca 2014 r., KIO 447/14).”*
(3) Załącznik nr 4a do SIWZ Wariant 1 oraz Wariant 2 część B) Antena satelitarna pkt. 3 – zamawiający wymagał: *„Kalibracja: Antena musi mieć absolutną kalibrację centrum fazowego dla modelu anteny wraz z kopułą przeciwśniegową umieszczoną w aktualnym pliku kalibracji absolutnych IGS08.atx.".* Wykonawca wybrany wpisał: *„Antena musi mieć absolutną kalibrację centrum fazowego dla modelu anteny wraz z kopułą przeciwśniegową umieszczoną w aktualnym pliku kalibracji absolutnych IGS08.atx".* Wykonawca jedynie potwierdził, że takie jest wymaganie Zamawiającego. Nie określił, czy zaproponowana przez niego antena ma absolutną kalibrację centrum fazowego dla modelu anteny wraz z kopułą przeciwśniegową umieszczoną w aktualnym pliku kalibracji absolutnych IGS08.atx. – tak właśnie uczynili pozostali oferenci wykazując konkretne parametry zaoferowanego sprzętu. Wymagany przez Zamawiającego plik kalibracji jest konieczny do prawidłowej kalibracji anteny i do określenia tzw. absolutnego centrum fazowego. Bez prawidłowego określenia parametrów anteny nie ma możliwości precyzyjnego wyznaczenia pozycji (współrzędnych), a tym samym pomiary wykonane przy pomocy nieskalibrowanej anteny obarczone są błędem pomiarowym niedopuszczalnym w przypadku sieci ASG–EUPOS. Jak wspomniano na wstępie niniejszego odwołania stacje referencyjne ASG–EUPOS jako punkty odniesienia stanowią podstawową poziomą osnowę geodezyjną i szczegółową wysokościową osnowę geodezyjną kraju. Wg. obowiązującego prawa do podstawowej poziomej osnowy

geodezyjnej może być włączony punkt o dokładności, która nie przekracza błędu rzędu 0,01 m (X, Y) oraz 0,02 m (H). W związku z tym, kluczowym elementem zapewniającym poprawność funkcjonowania systemu i wyznaczani pozycji (współrzędnych) przez użytkowników sieci, którymi w większości są geodeci wykonujący pomiary na terenie Polski, jest prawidłowe i bardzo dokładne określenie współrzędnych punktu odniesienia (stacji referencyjnej, a konkretnie anteny). Dla stacji sieci ASG–EUPOS położenie stacji określane jest z dokładnością submilimetrową. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że bez znajomości centrum fazowego anteny błąd wyznaczenia pozycji może wynosić od kilku mm nawet do kilku centymetrów. W związku powyższym bez pliku kalibracyjnego IGS08.atx Zamawiający nie jest w stanie prawidłowo skalibrować anteny, a tym samym zapewnić wymaganych w systemie ASG–EUPOS dokładności pomiaru (wyznaczania współrzędnych).
(4) Załącznik nr 4a do SIWZ Wariant 1 oraz Wariant 2 część B) Antena satelitarna pkt. 5 – zamawiający wymagał: *„5. Obudowa – Antena ma mieć możliwość bezpośredniego zamontowania na* śrubie *z gwintem 5/8".* Wykonawca wybrany wpisał: *„Antena ma mieć możliwość bezpośredniego zamontowania na* śrubie *z gwintem 5/8".* Wykonawca wybrany potwierdził jedynie, że takie jest wymaganie Zamawiającego. Nie wskazał jednak, że zaoferowany sprzęt spełnia na dzień składania ofert ten wymóg. Wymóg jest bardzo istotny,

ponieważ jeżeli antena będzie miała inny gwint niż wymagany, to nie będzie jej można zainstalować na miejscu tych anten, które podlegać będą wymianie w ramach tego postępowania. Zainstalowane obecnie maszty antenowe posiadają gwint 5/8". Większość anten GNSS, które mają być dostarczone w wyniku tego postępowania, ma posłużyć jako zamienniki starych anten GNSS tj. będą zainstalowane na tych samych masztach/punktach instalacyjnych gdzie dotychczasowe.
(5) Załącznik nr 4a do SIWZ Wariant 1 oraz Wariant 2 część B) Antena satelitarna pkt. 5 – zamawiający wymagał: *„5. Obudowa – Zabezpieczenie przed pyłem i wilgocią, co najmniej IP67".* Wykonawca Wybrany wpisał: *„Zabezpieczenie przed pyłem i wilgocią, co najmniej IP67".* Wykonawca wybrany nie podał konkretnego parametru, w tym przypadku konkretnej normy IP jaką spełnia zaoferowana antena satelitarna a co za tym idzie nie spełnił wymogu formalnego dotyczącego sposobu udowodnienia spełnienia warunków technicznych: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wskazał konkretne parametry oferowanego przez siebie sprzętu, a nie zawierał zapisy typu „tak"/"zgodne z SIWZ" lub wpisywał wymagania podane przez Zamawiającego na zasadzie „kopiuj–wklej".*
(6) Załącznik nr 4a do SIWZ Wariant 1 oraz Wariant 2 część A) Odbiornik Satelitarny pkt. 4r– zamawiający wymagał: *„4. Port Ethernet – Co najmniej jedno gniazdo RJ45 realizujące interfejs Ethernet. Zamawiający dopuszcza inny typ gniazda realizującego interfejs Ethernet tylko w przypadku, gdy oferowany typ złącza ma parametry techniczne takie same lub lepsze jak typ złącza RJ45. Wykonawca dostarczy co najmniej jeden kabel umożliwiający*

podłączenie portu Ethernet odbiornika do gniazda RJ45 w urządzeniu zewnętrznym (np. router)." Wykonawca wybrany wpisał: *„Jedno gniazdo RJ45 realizujące interfejs Ethernet. Zamawiający dopuszcza inny typ gniazda realizującego interfejs Ethernet tylko w przypadku, gdy oferowany typ złącza ma parametry techniczne takie same lub lepsze jak typ złącza RJ45. Wykonawca dostarczy co najmniej jeden kabel umożliwiający podłączenie portu Ethernet odbiornika do gniazda RJ45 w urządzeniu zewnętrznym (np. router).".* Wykonawca wybrany potwierdził jedynie, że zaoferowany odbiornik posiada jedno gniazdo RJ45. Nie wskazał jednak, że wraz z zaoferowanym sprzętem dostarczy kabel umożliwiający podłączenie portu Ethernet odbiornika do gniazda RJ45 w urządzeniu zewnętrznym (np. router), a tym samym, czy pozwoli podłączyć odbiornik do Internetu, co jest kluczowe do podłączenia odbiornika do sieci ASG– EUPOS. Pozostali oferenci nie mieli problemów ze wskazaniem, iż kabel umożliwiający podłączenie portu Ethernet odbiornika do gniazda RJ45 w urządzeniu zewnętrznym (np. router) zostanie dostarczony.
(7) Załącznik nr 4a do SIWZ Wariant 1 oraz Wariant 2 część A) Odbiornik Satelitarny pkt. 6 – zamawiający wymagał: *„6. Rejestracja danych obserwacyjnych – Zapis w binarnym formacie producenta lub w formacie RINEX. W przypadku zapisu obserwacji w formacie binarnym Wykonawca dostarczy oprogramowanie umożliwiające konwersję binarnych plików obserwacyjnych do plików w formacie RINEX.".* Wykonawca wybrany wpisał: *„Zapis w binarnym formacie producenta lub w formacie RINEX. W przypadku zapisu obserwacji w formacie binarnym Wykonawca dostarczy oprogramowanie umożliwiające konwersję binarnych plików obserwacyjnych do plików w formacie RINEX".* Wykonawca wybrany nie podał konkretnego parametru, w tym przypadku konkretnego formatu zapisu obserwacji, w jakim dokonywana jest Rejestracja danych obserwacyjnych, co jest kluczowe przy wykorzystaniu odbiorników satelitarnych w oprogramowaniu Trimble Pivot Platform używanym przez Zamawiającego do administracji stacjami referencyjnymi systemu ASG– EUPOS. Co powoduje w konsekwencji, że nie spełnił wymogu formalnego dotyczącego sposobu udowodnienia spełnienia warunków technicznych: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wskazał konkretne parametry oferowanego przez siebie sprzętu, a nie zawierał zapisy typu „tak"/"zgodne z SIWZ" lub wpisywał wymagania podane przez Zamawiającego na zasadzie „kopiuj–wklej"/".*
(8) Załącznik nr 4a do SIWZ Wariant 1 oraz Wariant 2 część B) Antena satelitarna pkt. 8 – zamawiający wymagał: *„8. Inne – 1. Antena wyprodukowana w 2015 roku.*
2. W przypadku, gdy:
a) dostarczona antena posiada gniazdo antenowe TNC może być wykorzystany dotychczasowy kabel antenowy do połączenia anteny z bezpiecznikiem odgromowym

b) dostarczona antena posiada inny niż TNC typ gniazda antenowego Wykonawca dostarczy adapter umożliwiający podłączenie kabla antenowego (wtyk typu TNC) do gniazda anteny (niezależnie od akcesoriów wskazanych w pkt 7)."
Wykonawca Wybrany wpisał: *„1. Antena wyprodukowana w 2015 roku.
2. W przypadku, gdy:
a) dostarczona antena posiada gniazdo antenowe TNC może być wykorzystany dotychczasowy kabel antenowy do połączenia anteny z bezpiecznikiem odgromowym
b) dostarczona antena posiada inny niż TNC typ gniazda antenowego Wykonawca dostarczy adapter umożliwiający podłączenie kabla antenowego (wtyk typu TNC) do gniazda anteny (niezależnie od akcesoriów wskazanych w pkt 7)."*
Wykonawca wybrany potwierdził jedynie, że takie jest wymaganie Zamawiającego. Nie wskazał jednak jakie gniazdo antenowe posiada zaoferowana antena. Wymóg jest bardzo istotny, ponieważ jeżeli antena będzie miała inne gniazdo antenowe niż TNC, nie będzie możliwe podłączenie jej do bezpiecznika odgromowego, a co za tym idzie antena będzie narażona na wyładowania atmosferyczne, które mogą spowodować uszkodzenie zarówno anteny satelitarnej jak i odbiornika satelitarnego, co spowodowało by awarię sieci ASG–EUPOS w rejonie uszkodzonej stacji referencyjnej. Z uwagi na ten fakt, pozostali oferenci nie mieli problemów ze wskazaniem jakie gniazdo antenowe posiada zaoferowana przez nich antena satelitarna, oraz czy w przypadku zaoferowania anteny satelitarnej posiadającej gniazdo innego typu niż TNC zostanie dostarczony adapter umożliwiający podłączenie kabla antenowego do gniazda anteny. Technicznie antena może posiadać jedno gniazdo antenowe. Zatem możliwe było zaoferowanie albo gniazda TNC albo innego gniazda, ale wyłącznie wraz z adapterem. Ze złożonego przez wykonawcę wybranego oświadczenia zawartego w załączniku nr 4a nie wynika jakie gniazdo posiada zaoferowana antena, wręcz wynika, że posiada dwa gniazda, co jest niemożliwe. Zamawiający w tym wymogu umożliwił dokonanie wyboru przez wykonawcę i zaproponowania jednego z możliwych rozwiązań technicznych wraz z wytyczna wskazania konkretnego parametru oferowanego przez siebie sprzętu. W związku z faktem, że przetarg dotyczy dostaw produktów już gotowych należy podkreślić, że istotne z punktu widzenia SIWZ oraz wymagań Zamawiającego jest spełnienie przez oferowane sprzęty i akcesoria warunków technicznych na dzień składania ofert. Na potwierdzenie słuszności twierdzeń zawartych w niniejszym odwołaniu warto przytoczyć stanowiska zawarte w wyrokach sądów powszechnych m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 6 listopada 2009 r. XII Ga 317/09, w którym czytamy: *„Określenie przez zamawiającego norm jakie spełniać mają stosowane przez oferentów* środki *techniczne ma za zadanie umożliwienie dokonanie oceny faktycznej możliwości spełnienia przez oferentów wymogów zamawiającego, a tym samym umożliwienie mu wybranie najbardziej korzystnej z ofert. Nie wolno przy tym zapominać, iż celem przetargu pozostaje wybór*

najkorzystniejszej oferty, spośród tych, które już na starcie będą spełniały podstawowe wymogi określone w SIWZ. Nie można zatem przyjąć, iż niezgodność, czy też nie spełnienie wymogów zamawiającego w tym to zakresie mogłaby być usunięta czy uzupełniana bądź to w drodze wzywania (art. 26 ust. 3 p.z.p.) oferenta do dostarczenia nowych charakterystyk środków, *a więc w rzeczywistości drogą podmiany tego* środka, *bądź też uznanie zaoferowania* środka *nie spełniającego wymogu z projektu umowy jako omyłki podlegającej sprostowaniu w oparciu o dyspozycję z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., bowiem stanowiłoby to, w tym konkretnym przypadku, naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 p.z.p.) poprzez dopuszczenie do dowolnej modyfikacji wybranych jednostronnie przez zamawiającego ofert i wpływanie na ich treść, co wypaczało by całą istotę przedmiotowego przetargu."*

V. Do postępowań odwoławczych zgłosili przystąpienia: po stronie Odwołującego w sprawie KIO 1063/15 – Geotronics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, a po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne SmallGis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie oraz NaviGate Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie – w sprawie KIO 1062/15, oraz Leica Geosystems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – w obu postępowaniach odwoławczych, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożono przystąpienie.

VI. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których wniósł o oddalenie każdego

z nich.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie podkreślenia wymaga kilka uwag ogólnych, odnoszących się do obu postępowań odwoławczych.

[1] Po pierwsze, Krajowa Izba Odwoławcza – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy, związana jest zarzutami podniesionymi w odwołaniu. W myśl § 34 ust. 1 *rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań,* orzeczenie wydawane przez Krajową Izbę Odwoławczą zawiera, w przypadku wyroku, rozstrzygnięcie o żądaniach stawianych przez odwołującego lub odwołujących lub – co po myśli art. 192 ust. 3 2) i 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, następuje z urzędu – rozstrzygnięcie o karze finansowej, unieważnieniu umowy w całości bądź w części, o skróceniu okresu obowiązywania umowy albo o stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy. Zatem odwołanie danego wykonawcy wyznacza zakres rozpoznania i wydanego rozstrzygnięcia.

Dorobkiem orzecznictwa jest spostrzeżenie, że o treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O *tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego,* że *można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej."* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12.

Odwołania złożone przez obu Odwołujących, jakkolwiek w swej argumentacji dotykające kwestii nieprecyzyjnej charakterystyki oferowanego przez Leica Geosystems sp. z o.o. w Warszawie sprzętu a także nieskonkretyzowania cech oferowanego przedmiotu w wyniku powtórzenia wymagań Zamawiającego [a także w odwołaniu Geotronics Polska sp. z o.o. w Krakowie – nieokreślenia w ofercie konsorcjum SmallGIS konkretnych parametrów oferowanego sprzętu w wyniku skopiowania ich z wymagań Zamawiającego co do dostępności odbiornika przez przeglądarkę internetową Internet Explorer lub równoważną darmową] stawiają inne zarzuty i wywodzą inne wnioski z tego stwierdzenia. Odwołujący Geotronics Polska sp. z o.o. w Krakowie z powyższego wywodził skutek w postaci obowiązku bezwarunkowego odrzucenia oferty, podczas gdy konsorcjum SmallGIS postawiło dodatkowo zarzuty kwestionujące co do zasady niewłaściwą ocenę tak zaprezentowanych ofert, nawiązując – w przeciwieństwie do Geotronics Polska sp. z o.o. w Krakowie – nie tylko do odrzucenia oferty ale także upatrując naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ustawy.

Potwierdzenie znalazły jedynie te zarzuty, których argumentacja nakierowana była na zakwestionowanie dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty, polegającej na uznaniu za poprawne takie opracowanie ofert, które nie konkretyzowało szczegółów technicznych oferowanych urządzeń, a zawierało skopiowane wymagania Zamawiającego. Z tego względu, wobec faktu, że jedynie w odwołaniu złożonym przez konsorcjum SmallGIS można dopatrywać się elementów tego rodzaju argumentacji, odwołanie to podlegało uwzględnieniu. Nie znalazły natomiast potwierdzenia zarzuty skierowane na wykazanie niezgodności ofert z SIWZ, co skutkowało oddaleniem odwołania Geotronics Polska sp. z o.o. w Krakowie – w całości oraz oddaleniem odwołania konsorcjum SmallGIS w tej części,

która zmierzała do nakazania wykluczenia wykonawcy Leica Geosystems spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji [art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych], a także do nakazania odrzucenia oferty tego wykonawcy jako nieodpowiadającej treści SIWZ [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych]. Nie potwierdziły się postawione w odwołaniu konsorcjum SmallGIS zarzuty wskazujące na podane w odwołaniu niezgodności oferty z SIWZ, zaś te zarzuty, które odnosiły się do braku konkretyzacji elementów oferty [skopiowania wymagań z załącznika 4a do SIWZ], w zakresie w jakim mają wykazać niezgodność oferty z SIWZ – na obecnym etapie, przed uzyskaniem wyjaśnień, należy za przedwczesne.

Przejście przez Zamawiającego do porządku nad faktem, że w wybranej ofercie, w wymaganym formularzu technicznym [opracowanym wg. załącznika 4a SIWZ] wykonawca nie podał szczegółowych cech i parametrów oferowanego sprzętu ograniczając się do skopiowania wymagań Zamawiającego, skutkuje uznaniem, że ocena i wybór oferty dokonane zostały w sposób przedwczesny, z zaniechaniem zastosowania przewidzianych w ustawie instrumentów służących wyeliminowaniu niejasności w ofercie. Ponieważ Odwołujący, którego zarzuty znalazły w tej mierze potwierdzenie [konsorcjum SmallGis] nie stawiał innych, odpowiadających potwierdzonym zarzutom żądań, aniżeli nakazanie ponownego badania i oceny ofert, orzeczono w tym zakresie zgodnie z wnioskiem.

W ramach ponownego badania i oceny ofert, Zamawiający winien wyeliminować stan, w którym oferta wybrana, w części kwestionowanej w odwołaniu konsorcjum SmallGis, w zakresie informacji zamieszczonych w formularzu technicznym, opracowanym wg załącznika 4a do SIWZ pozostawia – poprzez skopiowanie ogólnych i niejednokrotnie alternatywnych wymagań – niedosyt informacyjny. Temu celowi winno służyć zastosowanie regulacji przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający powinien więc dokonać wyjaśnienia treści oferty w zakresie zarzutów postawionych w odwołaniu, tj. odnoszących się do zawartości formularza technicznego wg załącznika 4a do SIWZ: (1) Wariant 1 oraz Wariant 2 część A) Odbiornik satelitarny pkt 3 – w zakresie ilości portów w zaoferowanym urządzeniu; (2) Wariant 1 oraz Wariant 2 część A) Odbiornik satelitarny pkt 15 – w zakresie zaoferowania zasilacza oraz ilości i rodzaju zastosowanych kabli; (3) Wariant 1 oraz Wariant 2 część B) Antena satelitarna pkt 3 – w zakresie zapewnienia absolutnej kalibracji centrum fazowego dla modelu anteny wraz z kopułą przeciwśniegową umieszczoną w aktualnym pliku kalibracji absolutnych IGS08.atx.; (4) Wariant 1 oraz Wariant 2 część B) Antena satelitarna pkt 5 – w zakresie gwintu śruby, na której ma być umieszczona antena czy też adapter; (5) Wariant 1 oraz Wariant 2 część B) Antena satelitarna pkt 5 – w zakresie

określenia precyzyjnie normy IP, którą spełnia oferowana antena; (6) Wariant 1 oraz Wariant 2 część A) Odbiornik Satelitarny pkt 4 – w zakresie potwierdzenia dostarczenia ilości kabli pozwalających na podłączenie odbiornika do internetu; (7) Wariant 1 oraz Wariant 2 część A) Odbiornik Satelitarny pkt 6 – w zakresie formatu rejestracji danych oraz w zakresie ewentualnego oprogramowania umożliwiającego konwersję binarnych plików obserwacyjnych do plików w formacie RINEX – jeśli jest ono potrzebne; (8) Wariant 1 oraz Wariant 2 część B) Antena satelitarna pkt 8 – w zakresie rodzaju gniazda antenowego zaoferowanej anteny.

[2] Nie mogły rozstrzygać o cechach oferowanych przez Leica Geosystems sp. z o.o. w Warszawie urządzeniach składane na rozprawie liczne dowody i dokumenty, w tym te które odnoszą się do wcześniejszej dostawy na rzecz Zamawiającego oraz instrukcje obsługi, „manuale” czy charakterystyki techniczne. Zasadą jest, że dokumenty w postępowaniu o zamówienie publiczne składane są wobec zamawiającego i przez niego oceniane. Ponadto, to zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia oraz w SIWZ wskazuje narzędzia, za pomocą których zbada oferty. Może w tej mierze polegać wyłącznie na oświadczeniach wykonawców, może wymagać bardziej lub mniej szczegółowej charakterystyki przedmiotu oferty, może wymagać ulotek, katalogów, opisów technicznych, zwanych potocznie dokumentami przedmiotowymi, może wreszcie oczekiwać złożenia próbki oferowanego przedmiotu celem namacalnego zbadania jego walorów. W ramach środków ochrony prawnej następuje – w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania

– kontrola poprawności działania zamawiającego [podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań], pod względem zgodności z przepisami ustawy. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Wobec powyższego, nie jest właściwą praktyka, że dopiero w trybie postępowania odwoławczego miałyby być ustalone cechy oferowanego przedmiotu, zaś samo postępowanie odwoławcze miałoby służyć do rekonstrukcji przedmiotu oferty za pomocą środków nie przewidzianych w SIWZ i wbrew opisanym w niej źródłom informacji o oferowanym przedmiocie. W takim wypadku umykałby bowiem charakter postępowania odwoławczego jako zmierzającego do zbadania poprawności działań i zaniechań zamawiającego, a stawałoby się ono niezależną płaszczyzną badania ofert, w której stosowane byłyby środki nie przewidziane w SIWZ. Zasadą jest zatem, że postępowanie odwoławcze winno służyć do zbadania treści ofert przez pryzmat wymagań stawianych przedmiotowi zamówienia badanych takimi instrumentami, jakie zamawiający przewidział

w postępowaniu, co także ogranicza zakres środków dowodowych do tych, które nie wykraczają zasadniczo poza mechanizm badania oferty określony w SIWZ.

[3] Podkreślenia wymaga, w zakresie potwierdzonego zarzutu, postawionego w odwołaniu konsorcjum SmallGIS że – po pierwsze – art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie tego przepisu konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w takim wypadku wystarczające zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z SIWZ.

Po drugie, nie sposób tracić z pola widzenia kwestii, czym jest oferta składana w postępowaniu o zamówienie publiczne. Oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia – tu: dostawy określonego, spełniającego postawione przez Zamawiającego wymagania przedmiotu – w przyszłości. Natomiast treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie [opisu wymagań postawionych przez zamawiającego z treścią zobowiązania wykonawcy] przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Po trzecie, przypomnienia wymaga, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia stawia określone wymagania wobec oferowanego przedmiotu oraz wskazuje w SIWZ narzędzia, za pomocą których dokona badania zgodności oferty z tymi wymaganiami. Zamawiający, uwzględniając w konkretnym wypadku charakter postępowania i zamawianego przedmiotu może w takim wypadku wymagać złożenia określonych dokumentów, jakie zwykle wydawane są tego rodzaju przedmiotowi [katalogi, ulotki, świadectwa zgodności, certyfikaty] a także próbek, może także poprzestać na oświadczeniach wykonawców. W warunkach, gdy zamawiający w konkretnym postępowaniu

zdecyduje się na przyjęcie oświadczeń wykonawcy, zawierających deklaracje o walorach

oferowanego przedmiotu, jeśli by się okazało, że oferowany przedmiot nie posiada deklarowanych cech, zamawiający obowiązany jest z pełną surowością zastosować sankcje wobec nierzetelnego kontrahenta – od ponownej weryfikacji oferty i uznania jej za niezgodną z SIWZ, jeżeli umowy jeszcze nie zawarto, po zastosowanie instrumentów właściwych prawu cywilnemu, w postaci kar umownych, odpowiedzialności odszkodowawczej czy odstąpienia od umowy.

Po czwarte, w analizowanym postępowaniu Zamawiający dla stwierdzenia zgodności oferty z SIWZ wymagał wskazania producenta oraz nazwy modelu, typu oferowanych urządzeń oraz dodatkowo zestawu oświadczeń, w których wykonawca potwierdzi, jakie dostarczany na etapie wykonania umowy przedmiot będzie posiadał cechy i funkcjonalności [formularz techniczny opracowany wg. załącznika 4a do SIWZ]. Zamawiający nie wymagał przy tym złożenia jakichkolwiek dokumentów opisujących oferowany przedmiot, czy też jego próbki, co oznacza dla oceny zgodności oferty z SIWZ nie może skutecznie wyegzekwować więcej, aniżeli wymagał. Zasadą jest, bowiem że w postępowaniu o zamówienie publiczne zamawiający może oczekiwać złożenia jedynie tych dokumentów, których wymaganie zawarł w SIWZ. Nie oznacza to jednak, że zamawiający ze sprawdzeniem rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu musi czekać aż do zawarcia umowy i dostarczenia mu jej przedmiotu. Fakt niewymagania od wykonawców innych elementów, aniżeli oświadczenia, w tym próbki, albo zaniechanie zastrzeżenia w postępowaniu prezentacji lub testów oferowanego sprzętu czy oprogramowania oznacza, że zamawiający nie może egzekwować w toku postępowania przedstawienia mu takiego sprzętu lub oprogramowania, ale może samodzielnie – mając ten przedmiot oznaczony w ofercie – zbadać jego cechy i walory przez pryzmat postawionych wymagań. Zamawiający jest jednak w takim wypadku zdany na własne – bardziej lub mniej udane – starania zmierzające do oceny zgodności oferowanego przedmiotu z SIWZ, albo może zaufać oświadczeniom wykonawcy i polegać na złożonych deklaracjach, zaś w razie ich niewypełnienia – stosować konsekwencje umowne. W takim jednak wypadku wnioskowanie – jak próbował wykazać to Zamawiający na rozprawie – w oparciu o własną wiedzę i znajomość oferowanego przedmiotu na podstawie tego, który był przedmiotem dostaw w przeszłości [w grudniu 2013 r.] nie może zastępować jednoznacznych i wzajemnie niesprzecznych oświadczeń, jeśli ich wymaganie zostało postawione. Przypomnienia wymaga rzecz oczywista, a mianowicie, że zamawiający może egzekwować tyle, ile w ofercie mu zaoferowano, przy czym przedmiot tej oferty to nie tylko to, co spełnia minimum postawionych wymagań, ale to, co w odpowiedzi na te wymagania zostało zaoferowane. Tylko klarowne, i – co ważniejsze – jednoznaczne oświadczenia co do przedmiotu oferty nadają się do egzekwowania. Brak precyzji w scharakteryzowaniu przez

wykonawcę przedmiotu oferty, jego blankietowy opis, przemilczenia, nie pozwalają następnie, na etapie wykonania umowy skutecznie stawiać oczekiwania co tego przedmiotu, zaś wątpliwości musiałyby być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Na etapie wykonywania umowy Zamawiający nie będzie przecież skutecznie konfrontować przedmiotu dostawy z własną wiedzą i przeświadczeniem o cechach tego przedmiotu [co zresztą może być mylne], ale z treścią oświadczeń wykonawcy zamieszczonych w ofercie. By to było możliwe, ów przedmiot oferty musi zostać czytelnie i w sposób odpowiadający wymaganiom postawionym w SIWZ scharakteryzowany, to bowiem stanowi przedmiot oświadczenia woli wykonawcy.

[4] Bezspornym jest, że w analizowanym postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia wypełnionego formularza technicznego opracowanego wg. wzoru stanowiącego zał. 4a do SIWZ. Wynika to wprost z postanowień Rozdziału XI ust. 7 SIWZ, zawierającego *Opis sposobu przygotowania oferty,* który przewiduje: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca złożył swoją ofertę na formularzu ofertowym [wzory formularzy stanowią Załączniki nr 2a i 2b do SIWZ] oraz formularzu technicznym [wzory formularzy stanowią Załączniki nr 4a i 4b) i dołączył wszystkie wymagane dokumenty określone w SIWZ".* Powyższe w sposób jednoznaczny i kategoryczny wskazuje na obowiązek złożenia oferty na formularzu technicznym. Dodatkowo, obowiązek starannego i rzetelnego wypełnienia tego formularza akcentuje sama treść formularza opracowanego wg. załącznika nr 4a do SIWZ, w którym w opisie kolumny podlegającej wypełnieniu przez wykonawcę, zawierającej parametry

techniczne sprzętu oferowanego przez wykonawcę Zamawiający zamieścił, ujęty w sposób kategoryczny następujący opis sposobu prezentacji tej części oferty: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wskazał konkretne parametry oferowanego przez siebie sprzętu, a nie zawierał opisy typu: „tak”/„zgodne z SIWZ” lub wpisywał wymagania podane przez Zamawiającego na zasadzie „kopiuj–wklej”.*

Nie jest więc tak, jak starał się wykazać w toku postępowania Zamawiający, że ów formularz miał jedynie znaczenie pomocnicze. Zamawiający w tej mierze prezentował stanowisko, że parametry podawane w formularzu technicznym opracowanym wg. załącznika nr 4a do SIWZ nie mają zasadniczego znaczenia dla oceny oferty, w tym w zakresie postulowanych niezgodności z SIWZ, bowiem wynikają z wiedzy i znajomości oferowanego przedmiotu pozyskanej przez Zamawiającego na podstawie wcześniejszej dostawy, mającej miejsce w grudniu 2013 r. Zamawiający podkreślał w szczególności, że zasadnicze znaczenie dla oceny oferty miała własna znajomość przedmiotu dostawy, mimo że zostało ustalone, że od czasu ostatniej dostawy nastąpiły pewne zmiany w oferowanych przez Leica Geosystems sp. o.o. odbiornikach a także – w oparciu o załączone do

odpowiedzi na odwołanie umowy z 2013 r. – że w tamtych umowach urządzenia także nie zostały szczegółowo opisane. Powyższe zdaje się wskazywać i potwierdzać określone niespójności i niedopowiedzenia w formularzu technicznym, których istnieniu finalnie Zamawiający nie zaprzeczał. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający – jeśli wymaga określonych oświadczeń i dokumentów w postępowaniu, nie może potem lekceważyć tych wymagań i przechodzić do porządku nad rozbieżnościami między nimi, sięgając do własnej wiedzy i przekonania o cechach oferowanego przedmiotu uznając, że zawartość wymaganego formularza nie ma większego znaczenia. Zgodnie bowiem z treścią art. 25 ust. 1 ustawy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, przy czym oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Zasadą jest więc, że jeśli wymaganie określonego dokumentu zostało postawione, to ma ono określony cel w postępowaniu a sam dokument podlega ocenie w postępowaniu. Jeśli więc Zamawiający zdecyduje się na wymaganie określonych oświadczeń i dokumentów, musi poddać je ocenie, a dostrzeżonych niespójności nie może lekceważyć, a przynajmniej powinien się nad nimi pochylić na etapie oceny ofert i wyeliminować ewentualne wątpliwości. Jeśli zaś wymaganie określonych informacji, w szczególności tych zawartych w formularzu technicznym opracowanym wg. załącznika nr 4a do SIWZ miałoby mieć charakter jedynie porządkującego, pomocniczego – jak próbował to wykazać Zamawiający w toku postępowania odwoławczego – to Zamawiający winien był to zakomunikować w SIWZ: czy to wyraźnie nadając oświadczeniom zawartym w tym dokumencie znaczenie porządkujące, czy wskazując, że w celu oceny i stwierdzenia zgodności oferowanego przedmiotu z SIWZ będzie sięgał do innych, określonych źródeł, czy nawet przyznając określone znaczenie i prymat określonych dokumentów dla tej oceny. Tym samym, wbrew stanowisku Zamawiającego, te oświadczenia, które w formularzu opracowanym wg. załącznika nr 4a dawały pole do rozważań co do zgodności oferty z SIWZ, winny być poddane refleksji i nie mogły być marginalizowane. Ponadto, uzyskanie informacji o oferowanym przedmiocie może i powinno nastąpić na podstawie całokształtu dokumentów, jakie zostały złożone w celu zaprezentowania przedmiotu oferty. Wszystkie oświadczenia i dokumenty mogą łącznie dawać obraz tego przedmiotu i nie ma przeszkód do ustalania treści oświadczenia woli w tej mierze z zastosowaniem reguł wyrażonych w art. 65 Kc. Niemniej, jeśli te oświadczenia są wzajemnie sprzeczne lub niespójne, Zamawiający powinien podjąć działania w celu wyeliminowania tego rodzaju niejasności czy wątpliwości [analogiczne stanowisko wyrażono w wyroku KIO z 21 kwietnia 2015 r. w spr. KIO 703/15].

[5] Reasumując, jeśli Zamawiający wymagał złożenia określonego oświadczenia, wskazania

i skonkretyzowania w nim cech oferowanych urządzeń, winien egzekwować, by te informacje zostały podane. Jeśli wykonawca nie podał informacji, albo podał je w sposób niekategoryczny – przykładowo, tak jak ma to miejsce w analizowanej sprawie, kopiując wymagania wraz z użytym w nim imperatywnym charakterem komunikatu – Zamawiający winien powyższe wyjaśnić.

Przyjęta przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu praktyka, polegająca na samodzielnym zbadaniu spełnienia przez przedmiot oferowany przez Przystępującego postawionych wymagań, sięgnięciu do własnej wiedzy [a raczej przeświadczenia o cechach oferowanego przedmiotu], jakkolwiek świadczy o życzliwej postawie Zamawiającego, to w istocie wyraża się wyręczeniem wykonawcy w zaprezentowaniu walorów oferowanych urządzeń, czemu jednak sprzeciwia się zasada równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a także – lub przede wszystkim – brzmienie opracowanej przez Zamawiającego SIWZ.

Lektura treści formularza technicznego zamieszczonego w ofercie wybranej, złożonej przez Leica Geosystems sp. z o.o. potwierdza, że w formularzu technicznym opracowanym wg. załącznika 4a do SIWZ, w następujących pozycjach wykonawca nie opisał cech oferowanego przedmiotu, nie skonkretyzował jego parametrów, ale skopiował wymagania Zamawiającego: (1) Wariant 1 oraz Wariant 2 część A) Odbiornik satelitarny pkt 3 – w zakresie ilości portów w zaoferowanym urządzeniu; (2) Wariant 1 oraz Wariant 2 część A) Odbiornik satelitarny pkt 15 – w zakresie zasilacza oraz ilości i rodzaju kabla; (3) Wariant 1 oraz Wariant 2 część B) Antena satelitarna pkt 3 – w zakresie zapewnienia absolutnej kalibracji centrum fazowego dla modelu anteny wraz z kopułą przeciwśniegową, umieszczonej w aktualnym pliku kalibracji absolutnych IGS08.atx.; (4) Wariant 1 oraz Wariant 2 część B) Antena satelitarna pkt 5 – w zakresie gwintu śruby, na której ma być umieszczona antena, względnie adpater; (5) Wariant 1 oraz Wariant 2 część B) Antena satelitarna pkt 5 – w zakresie normy IP, którą spełnia oferowana antena; (6) Wariant 1 oraz Wariant 2 część A) Odbiornik Satelitarny pkt 4 – w zakresie potwierdzenia dostarczenia kabla pozwalającego na podłączenie odbiornika do internetu; (7) Wariant 1 oraz Wariant 2 część A) Odbiornik Satelitarny pkt 6 – w zakresie formatu rejestracji danych oraz w zakresie ewentualnego oprogramowania umożliwiającego konwersję binarnych plików obserwacyjnych do plików w formacie RINEX – jeśli jest ono potrzebne; (8) Wariant 1 oraz Wariant 2 część B) Antena satelitarna pkt 8 – w zakresie rodzaju gniazda antenowego zaoferowanej anteny.

---

[6] We wskazanych wyżej przypadkach wykonawca Leica Geosystems sp. z o.o. nie dopełnił zatem, wynikającego z SIWZ obowiązku skonkretyzowania cech oferowanych anten i odbiorników. Powyższe nie stanowi jednak powodu do automatycznego odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy].

Dorobkiem orzecznictwa jest stwierdzenie, że zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako podstawy prawnej odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga spełnienia następujących przesłanek:

– konieczne jest ustalenie skonkretyzowanego, jednoznacznego postanowienia wymagania SIWZ, z którym treść oferty jest sprzeczna,
– wszelkie niejasności wynikające z SIWZ muszą być interpretowane na korzyść wykonawców,
– niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy, przedmiotowo istotny oraz nieusuwalny.

W orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się, że niezgodność oferty, aby była prawnie doniosła z punktu widzenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, dotyczyć powinna niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie. Może także polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, przy czym chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące treści oferty. Ponadto niezgodność oferty musi mieć charakter pewny i nieusuwalny. Nie może być zatem możliwości zastosowania wobec niej procedury wyjaśnienia treści oferty [art. 87 ust. 1

ustawy] ani jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy [tak: wyrok Sądu Okręgowego w 10 marca 2015 r. w spr. VIII Ca 76/15].

W analizowanej sprawie, poza wymaganiem spornego formularza technicznego, w którym wykonawca Leica Geosystems sp. z o.o. pozwolił sobie na ustalone nieścisłości, niedopowiedzenia i braki precyzji w opisie oferowanych urządzeń [a dokładniej: w którym skopiował treść postawionych wymagań], Zamawiający wymagał również określenia przedmiotu oferty, poprzez wskazanie producenta, modelu i typu urządzeń. Tym samym przedmiot oferty został jednoznacznie oznaczony, brak jest natomiast opisu szczegółowych cech i parametrów urządzeń.

[7] W okolicznościach, kiedy wykonawca określił oferowany przedmiot [anteny GNSS Leica model AR20 oraz odbiorniki satelitarne Leica, model GR10 Professional], zaniechał jednak szczegółowego opisu parametrów tych urządzeń, Zamawiający powinien podjąć starania celem wyeliminowania niedosytu informacyjnego. Zamawiający obowiązany jest bowiem do

podejmowania działań w celu ustalenia treści oferty, a obowiązek ten obejmuje wyjaśnianie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy – jeśli budzi ona wątpliwości; uzupełnianie dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot spełnia wymagania stawiane przez zamawiającego [art. 26 ust. 3 ustawy], sięga wreszcie po obowiązek poprawienia treści oferty, jeśli jest ona niezgodna z SIWZ [art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy]. Wszystkie wymienione ścieżki postępowania prowadzą do jednego celu, jakim jest ustalenie jednoznacznej i zgodnej z SIWZ treści oferty.

Powyższe instrumenty wyjaśniające i sanacyjne mieszczą się w sferze obowiązku zamawiającego, zaś granicą ich stosowania jest wynikający z treści art. 87 ust. 1 zdanie ostatnie ustawy zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Jeśli zatem w ofercie znajduje się jednoznaczne oświadczenie wskazujące na producenta, model i typ zaoferowanego urządzenia, to powyższy punkt zaczepienia pozwala na dalsze zgłębianie treści oferty, to jest ustalanie cech i parametrów wskazanych urządzeń. Dokonywanie tego rodzaju ustaleń nie spowoduje zmiany zaoferowanego urządzenia, nie wykreuje jego odmiennych parametrów, a jedynie dostarczy informacji, które wykonawca winien był podać w ofercie, gdyby przygotował ją starannie i zgodnie z wytycznymi postawionymi przez Zamawiającego. Tego rodzaju ustalenie nie oznacza także negocjowania treści oferty – ta została bowiem wyartykułowana w terminie składania ofert w sposób nie pozostawiający pola do domysłów jako anteny GNSS Leica model AR20 oraz odbiorniki satelitarne Leica, model GR10 Professional.

Reasumując, dokonywanie ustaleń co do szczegółowych cech i parametrów zaoferowanych urządzeń, czynione w granicach urządzeń, które zostały określone w ofercie, nie narusza zakazu negocjowania treści oferty ani dokonywania jej nieistotnej zmiany, nie kreuje także oferty po terminie składania ofert, skoro ofertę, rozumianą jako jednoznaczne określenie oferowanych urządzeń wykonawca wyartykułował, a nie sprecyzował, mimo takiego wymogu, partykularnych cech tych urządzeń. Cechy te jednak były znane w momencie składania ofert i zasadniczo są niezmienne, bowiem przedmiot oferty stanowią urządzenia produkowane seryjnie [czego dowodem jest choćby fakt, że Odwołujący bez problemu przedstawiali charakterystyki techniczne, instrukcje i inne powszechnie dostępne dokumenty opisujące sferę techniczną oferowanych urządzeń], nie zaś wytwarzane na specjalne zamówienie, z uwzględnieniem i dostosowaniem do szczególnych potrzeb konkretnego odbiorcy.

Z tego względu koniecznym i dopuszczalnym jest ustalenie, w granicach dokonanego przez Leica Geosysytems sp. z o.o. określenia urządzeń, szczegółowych ich parametrów,

w zakresie wymaganym w formularzu technicznym. Zatem w zakresie, w jakim stwierdzone zostało – w granicach stawianych zarzutów – niewskazanie przez tego wykonawcę

szczegółowych cech urządzeń, Zamawiający winien dokonać wyjaśnienia treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy, w sposób który udzieli odpowiedzi na temat szczegółowych parametrów oferowanych urządzeń.

Powyższe wyjaśnienie jest wystarczającym sposobem uzyskania przez Zamawiającego wiedzy o szczegółowych cechach przedmiotu oferty i nie wymaga dalszego poprawienia oferty [formularza technicznego], przykładowo na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zarówno wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 jak i jej poprawa w oparciu o brzmienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy prowadzą bowiem do tego samego rezultatu: służą jak najpełniejszemu, jak najbliższemu ustaleniu intencji wykonawcy, rekonstrukcji oświadczenia, jakie wykonawca ten złożyłby, gdyby w sposób poprawny wyartykułował swoje oświadczenie.

Stanowisko analogiczne do prezentowanego wyżej wyrażono w wyroku KIO z 15 października 2015 r. w spr. KIO 2032/14, w którym wskazano: *„Sam fakt dosłownego powielenia w treści oferty wymagań postawionych przez Zamawiającego nie oznacza jeszcze niezgodności oferty z SIWZ. Kwestia ta mogła być przedmiotem wyjaśnienia – w granicach cech, właściwości i parametrów sprzętu w tej ofercie podanych. Jeśli więc wykonawca określił producenta i model określonego sprzętu, nic nie stało na przeszkodzie by wyjaśnić kwestię szczegółowych parametrów tak opisanego sprzętu – nie stanowiłoby to bowiem negocjowania ani zmiany treści oferty, którym sprzeciwia się treść art. 87 ust. 1 ustawy."*

W konsekwencji należało uznać, że potwierdził się postawiony w odwołaniu konsorcjum SmallGIS zarzut niewłaściwej oceny oferty Leica Geosystems sp. z o.o., w wyniku której przedwcześnie uznano tę ofertę za poprawnie złożoną, a w konsekwencji – za najkorzystniejszą.

[8] Nie potwierdziły się natomiast postawione w odwołaniu SmallGIS zarzuty dotyczące poszczególnych niezgodności oferty złożonej przez Leica Geosystems sp. z o.o. z SIWZ:

(1) W zakresie wymagania dwóch portów komunikacyjnych wbudowanych w obudowę – w zestawieniu z wymaganiem pyłoszczelnej o budowy spełniającej wymagania normy IP67 – postawiony w tej mierze zarzut oparty jest o przyjętą przez Odwołującego, określoną interpretację SIWZ, zakładającą, że ewentualny port ukryty pod klapką oznacza niespełnienie normy IP67. Dostrzeżenia jednak wymaga, że Zamawiający nie postawił w tej

mierze szczegółowych wytycznych. Sam fakt, że port został umieszczony pod klapką nie oznacza, że odbiornik przestaje spełniać wymagania stawiane normą IP67. Należało w tej mierze – wobec braku szczególnych postanowień w SIWZ wykluczających tego rodzaju sytuację – przyjąć, że jeśli urządzenie poddano testowaniu zgodnie z wymaganiami wspomnianej normy, to uczyniono to z uwzględnieniem całokształtu rozwiązania zastosowanego w danym urządzeniu, w tym faktu umiejscowienia określonych gniazd pod sporną klapką. Wszak wspomniane gniazda nie są rezultatem samodzielnej przeróbki przez wykonawcę, ale zostały zaprojektowane przez producenta jako element konstrukcji odbiornika. Testowaniu podlega zaś cały odbiornik, w takim kształcie i z takimi rozwiązaniami, jakie zostały wprowadzone w cyklu projektowym i produkcyjnym. Brak odrębnych zastrzeżeń w SIWZ w tej mierze nie pozwala kwestionować spełnienia tego wymogu przez urządzenie, co do którego potwierdzono spełnienie wymagań normy IP67 i które zarazem posiada określone porty zaprojektowane i ukryte przez producenta pod klapką.

Wyjaśnienia jednak wymaga, kwestia zastosowania kabla transmisyjnego o wymaganej długości, czego przy opisie zawartym w formularzu technicznym wykonawcy Leica Geosystems sp. z o.o. w Warszawie o treści *„[…] Dla każdego portu należy dostarczyć co najmniej jeden kabel transmisyjny o długości […]"* nie sposób traktować jako wystarczającego oświadczenia. Tego rodzaju formułka, powtarzająca wymaganie, nie kreuje bowiem stanowczego zobowiązania wykonawcy. Wykonawca winien więc, na wezwanie Zamawiającego potwierdzić fakt zaoferowania takiego kabla, a także, że mieści się on

w spektrum długości narzuconej przez Zamawiającego.

(2) W zakresie opisanego w pkt 15 części A formularza technicznego dla Wariantu 1 oraz Wariantu 2 wymagania dotyczącego możliwości zasilania odbiornika z dwóch niezależnych źródeł zasilania – podkreślenia wymaga, że treść wymagania postawionego w SIWZ wskazuje, że – wbrew stanowisku Odwołującego – Zamawiający nie wyartykułował oczekiwania, by każde źródło zasilania było odrębnie podłączone i miało osobny port. Wymaganie ma bowiem następujące brzmienie: *„Możliwość zasilania z dwóch niezależnych źródeł zasilania. Jako niezależne źródło zasilania może być wykorzystana bateria wewnętrzna odbiornika. W przypadku, gdy odbiornik jest zasilany z dwóch niezależnych źródeł zewnętrznych Wykonawca dostarczy dla każdego portu umożliwiającego zasilanie co najmniej po jednym zasilaczu wraz z kablem do podłączenia odbiornika".* Z tego postanowienia wynika tyle, że Zamawiający wymagał dwóch niezależnych źródeł zasilania, pozostawiając wykonawcy swobodę co do sposobu wypełnienia tego wymagania, przy czym – jeśli zaoferowane rozwiązanie przewiduje dwa niezależne źródła zasilania, rzeczą

wykonawcy było dostarczenie takiej ilości zasilaczy i kabli, jaka wynika z potrzeby użycia takiej lub innej ilości portów. Akcent postawionego wymagania postawiony został nie na liczbę portów, która miałaby być równa liczbie zewnętrznych źródeł zasilania, ale na zapewnienie zestawu akcesoriów [zasilaczy, kabli] odpowiedniej do zaoferowanego rozwiązania. Jeśli więc wybrany wykonawca zaoferował – tak jak wykazywał to na rozprawie – dwa niezależne, zewnętrzne źródła zasilania, które mają być podłączone na kablu „Y" do jednego portu, z odpowiednią ilością zasilaczy – to mieściłoby się to w zakresie postawionego wymagania.

Dostrzeżenia jednak wymaga, że dosłowne powtórzenie w formularzu technicznym treści wymagania nie oznacza kategorycznego oświadczenia woli, choćby z tego względu, że posługuje się formułami użytymi przez Zamawiającego, obejmującymi postawione oczekiwania a nie składanymi w odpowiedzi na nie oświadczeniami [„możliwość *zasilania", „może być wykorzystana bateria wewnętrzna", „wykonawca dostarczy"]*. Powyższe wymaga więc wyjaśnienia. Taką potrzebę potwierdza dodatkowo niekonsekwentne stanowisko wykonawcy Leica Geosystems sp. z o.o. prezentowane na rozprawie, w ramach którego wykonawca wykazywał z jednej strony możliwość stosowania kabla „Y", z drugiej zaś swoją argumentację kierował również co do możliwości zastosowania baterii zintegrowanej [złożony na rozprawie w dniu 11 czerwca 2015 r. dowód nr 23 – oświadczenie producenta urządzeń]. Wykonawca winien więc przyjąć zdecydowane i stanowcze stanowisko w tej mierze – wszak istotą oferty jest, że stanowi ona stanowcze oświadczenie woli wykonania określonego świadczenia.

W powyższym zakresie nie znalazł zatem także potwierdzenia zarzut złożenia przez Leica Geosystems sp. z o.o. nieprawdziwych informacji. Pomijając fakt, że został on postawiony bez szerszego uzasadnienia, pozwalającego na uchwycenie kierunku wnioskowania Odwołującego, samo rozważanie oświadczenia woli, jakim są oświadczenia składające się na treść oferty mającej kreować stosunek zobowiązaniowy z Zamawiającym w kategorii nieprawdziwych informacji, zdaje się być wątpliwym. Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że oferta jest oświadczeniem na przyszłość, deklaracją spełnienia określonego świadczenia. Tego rodzaju oświadczenie, jeśli nie ma za przedmiot świadczenia obiektywnie niemożliwego, stanowi pełnowartościowe źródło stosunku zobowiązaniowego, to zaś nie stanowi twierdzenia o istniejącej rzeczywistości, które mogłoby być rozpatrywane przez pryzmat jego prawdziwości lub nie, ale ma charakter obligacyjny, skutkujący obowiązkiem określonego świadczenia.

(3) W zakresie opisanego w pkt 3 części B formularza technicznego dla Wariantu 1 oraz Wariantu 2 wymagania dotyczącego absolutnej kalibracji centrum fazowego anteny wraz

z kopułą przeciwśniegową umieszczonej w aktualnym pliku kalibracji absolutnych IGS08.atx – nie jest właściwą praktyka, by w warunkach, gdy wykonawca skopiował dosłownie

wymaganie postawione w SIWZ, Zamawiający naprawiał tego rodzaju niestaranności wykonawcy i samodzielnie sprawdzał zamieszczone na odpowiedniej stronie pliki. Powyższe potwierdza – po pierwsze – że oferta została niestarannie opracowana, po drugie zaś – że ustalenie pozwalające na ocenę, czy urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego nastąpiło nie na podstawie zawartości informacyjnej oferty ale w wyniku życzliwych dla wykonawcy starań Zamawiającego. Źródłem tego rodzaju informacji powinien jednak być wykonawca, skoro to on zobowiązuje się do określonego świadczenia i to po jego stronie leży inicjatywa i staranie, by Zamawiający te informacje otrzymał. Tylko takie oświadczenia – pochodzące od wykonawcy, mają bowiem walor oświadczenia woli, obligującego do określonego świadczenia.

W powyższej mierze zatem, nie dopatrując się niezgodności oferty z SIWZ, stwierdzono, że zachodzi obowiązek wyjaśnienia z udziałem wykonawcy tej części oferty.

(4) W zakresie opisanego w pkt 5 części B formularza technicznego dla Wariantu 1 oraz Wariantu 2 wymagania dotyczącego gwintu 5/8 cala, dającego możliwość zamontowania na śrubie anteny – bezspornym jest, że wykonawca Leica Geosystems sp. z o.o. w Warszawie skopiował dosłownie wymaganie Zamawiającego, w miejsce złożenia własnego oświadczenia co do wielkości spornego gwintu. W tej mierze zatem, nie jest wystarczające sięganie do własnego przekonania Zamawiającego o cechach anteny, ale oferta wymaga wyjaśnienia.

(5) w zakresie opisanego w pkt 5 części B formularza technicznego dla Wariantu 1 oraz Wariantu 2 wymagania dotyczącego spełnienia w odniesieniu do zabezpieczenia przed pyłem i wilgocią wymagań co najmniej normy IP67 – bezspornym jest, że wykonawca dosłownie powielił wymaganie zawarte w SIWZ, podając: *„Zabezpieczenie przed pyłem i wilgocią, co najmniej IP67”.* W odwołaniu zostało podniesione – trafnie – że przy takim opisie wykonawca nie podał konkretnej normy jaką spełnia urządzenie. Istotnie bowiem, podanie „co najmniej IP67” może oznaczać różne, niewskazane wyraźnie w ofercie normy. Powyższe wymaga więc złożenia przez zainteresowanego wykonawcę jednoznacznego i kategorycznego oświadczenia co do wspomnianej normy.

Nie podlegał rozpatrzeniu w tej mierze zarzut złożenia nieprawdziwych informacji – został on wyartykułowany dopiero na rozprawie i nie znalazł się w odwołaniu.

(6) W zakresie opisanego w pkt 4 części A formularza technicznego dla Wariantu 1 oraz Wariantu 2 wymagania dotyczącego portu Ethernet odbiornika satelitarnego, w części mówiącej o obowiązku dostarczenia co najmniej jednego kabla – wykonawca Leica Geosystems sp. z o.o. w tej mierze powtórzył za SIWZ, że *„Wykonawca dostarczy co najmniej jeden kabel umożliwiający podłączenie portu (…)”.* Z tak opisanej charakterystyki wynika, że wykonawca dostarczy sporny kabel, choć nie została sprecyzowana ilość tych kabli.

Także ta kwestia powinna więc zostać wyjaśniona.

(7) W zakresie opisanego w pkt 6 części A formularza technicznego dla Wariantu 1 oraz Wariantu 2 wymagania dotyczącego formatu zapisu danych – potwierdził się zarzut że wykonawca skopiował wymagania Zamawiającego wskazujące alternatywnie na różne formaty zapisu [RINEX, zapis binarny], czyniąc w tym zakresie swoje oświadczenie nieprecyzyjnym i poniekąd blankietowym. Dokonywane na rozprawie próby wyjaśnienia przez zainteresowanego tej kwestii [wskazujące na zapewnienie zapisu w formacie RINEX oraz również w formacie binarnym] potwierdzają, że opis w formularzu technicznym jest niepełny i niejasny.

Rzeczą wykonawcy jest jednoznaczne i klarowne zaprezentowanie przedmiotu oferty, stąd powyższe wymaga wyjaśnienia.

(8) W zakresie opisanego w pkt 8 części B formularza technicznego dla Wariantu 1 oraz Wariantu 2 wymagania dotyczącego charakterystyki anteny – treść wymagania wskazuje wyraźnie, że miało ono charakter otwartego, pozwalającego na zaoferowanie jednego z

wielu rozwiązań, w tym jednego z rodzaju złącz antenowych [Zamawiający wprost wymienił złącze typu TNC]. Skopiowanie tak skonstruowanego wymagania przez Leica Geosystems sp. z o.o. oznacza, że nie jest wiadomo, jakie złącze posiada zaoferowana antena, a już z pewnością nie wynika to, co Zamawiający a za nim zainteresowany wykonawca podawali na rozprawie: że zastosowane w oferowanej antenie złącze to złącze typu N żeńskie. Tego rodzaju informacji próżno szukać w złożonym przez Leica Geosystems sp. z o.o. formularzu technicznym a skopiowanie wymagania nie niesie żadnej konkretnej informacji, czyniąc w tej mierze oświadczenie blankietowym.

Powyższa kwestia wymaga więc wyjaśnienia w sposób, który dostarczy stanowczej i jednoznacznej informacji co do rodzaju złącza oferowanej anteny.

---

[9] Nie potwierdziły się natomiast w całości postawione w odwołaniu wykonawcy Geotronics Polska sp. z o.o. w Krakowie zarzuty dotyczące poszczególnych niezgodności z SIWZ ofert złożonych przez konsorcjum SmallGIS a także wykonawcę Leica Geosystems sp. z o.o.:

(1) W zakresie niespełnienia przez konsorcjum SmallGIS wymagania dotyczącego tego, by oferowany odbiornik znajdował się na liście odbiorników obsługiwanych przez oprogramowanie Trimble Pivot Platform, opracowanej przez producenta oprogramowania:

W tej mierze konsorcjum SmallGIS w złożonej ofercie podało, że oferuje odbiornik JAVAD GNSS model Delta S–3, zaś w sporządzonym w imieniu Trimble Europe B.V. wykazie sprzętu i oprogramowania wspieranego przez oprogramowanie Trimble Pivot, stanowiącym załącznik do SIWZ widnieją urządzenia JAVAD Delta oraz Sigma 3GT. Powyższe, zdaniem Odwołującego, wskazuje, że zaoferowany model odbiornika nie jest wspierany przez sporne oprogramowanie, a na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił dodatkowo trzy oświadczenia producenta Trimble Europe B.V., z których ma wynikać, że model Delta S–3 odbiornika nawigacji satelitarnej GNSS firmy JAVAD nie jest wspierany przez oprogramowanie.

Podkreślenia w tej mierze wymaga, że uzależnienie – tak jak uczynił to Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu – stwierdzenia zgodności lub nie oferowanego odbiornika od potwierdzenia przez podmiot zewnętrzny [producenta oprogramowania bazowego, posiadanego przez Zamawiającego] może czynić niemiarodajnymi wnioski co do oferowanego przedmiotu. Nie ulega wątpliwości, że producent może być zainteresowany wyznaczeniem określonego kręgu podmiotów oferujących urządzenia korzystające z oprogramowania, może także stawiać określone wymagania po spełnieniu których zaakceptuje [uzna za współpracujące i wspierane przez niego] urządzenia. Potwierdza to zresztą jedno z pism tego podmiotu [złożony na rozprawie 17 czerwca 2015 r. dowód nr 25], w którym stwierdza on, że: *„Firma Trimble zastrzega sobie prawo do akceptowania i/lub odrzucania modeli odbiorników innych producentów niż Trimble [tak zwanych non Trimble] w zakresie pozyskiwania danych i przetwarzania ich dla potrzeb rozwiązań sieci TRK. W każdym przypadku tak zwany Receiver – Noise Model musi zostać wygenerowany przez Dział Inżynierii Trimble”* oraz: *„Podsumowując, oznacza to, iż odbiornik innego producenta niż Trimble który NIE został UMIESZCZONY na tej liście nie był poddany testom zgodnie z protokołami kontroli jakości Trimble'a a zatem nie jest on zatwierdzany przez firmę Trimble jako zgodny z platformą TPP […]”.*

Kolejną sprawą jest, że to producent urządzeń wprowadzając ich kolejne wersje, decyduje o stopniu dokonanych zmian i modyfikacji wprowadzonych w stosunku

---

wcześniejszej wersji urządzenia, jego innego modelu a także o nazewnictwie i takim lub innym osygnowaniu modelu. Nie jest więc zasadnym przyjęcie stanowiska, że podmiot trzeci [w tym wypadku firma Trimble, czy Odwołujący] może w sposób miarodajny i przesądzający wyrażać stanowisko w przedmiocie tego, czy odbiornik określony w ten czy inny sposób [Delta S–3, lub DELTA] jest tym samym, który został poddany testowaniu przez producenta oprogramowania. Gospodarzem produkowanego czy oferowanego urządzenia, władnym do

wyrażania stanowiska co do jego cech i stopnia zgodności z innymi oferowanymi przez siebie modelami czy wersjami urządzenia jest jedynie producent. Gestią producenta jest bowiem nadawanie nazw według swego uznania, oznaczanie nowszych wersji modelu, czy przesądzanie o wprowadzeniu „rodziny" urządzeń danej kategorii posiadającej zestaw wspólnych cech bazowych a różniących się w określonym zakresie. Jest nawet pewną praktyką rynku, że z powodu określonych polityk sprzedaży, ten sam przedmiot, kierowany na różne rynki może być w różny sposób nazywany. W konsekwencji, jeśli dysponent przedmiotu oferty [konsorcjum SmallGIS], będąc uprawnionym do wypowiadania się w kwestii kategoryzacji oferowanych urządzeń i ich tożsamości w takim lub innym zakresie w ramach danego modelu czy typu, stwierdza, że pod pojęciem odbiornika Delta mieści się cała „rodzina" tego rodzaju odbiorników, w tym oferowany odbiornik Delta S–3, to w tej mierze nie może być rozstrzygające o zakresie tożsamości różnych odbiorników sygnowanych tego rodzaju oznaczeniami stanowisko podmiotu trzeciego, nie będącego producentem a dodatkowo mogącego być zaineresowanym określonym kręgiem urządzeń i oferentów urządzeń, jakim jest firma Trimble Pivot.

W tym zakresie należało przyznać prymat oświadczeniom dysponenta sprzętu.

Z tego względu nie podzielono zarzutu, zmierzającego do wykazania niezgodności oferty konsorcjum SmallGIS z SIWZ [art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy], a także zarzutu złożenia w tej mierze nieprawdziwych informacji [art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy].

(2) Odwołujący nie wykazał także zarzutu niezgodności oferty konsorcjum SmallGIS w zakresie opisanego w pkt 12 części A formularza technicznego dla Wariantu 2 wymagania dotyczącego dostępności odbiornika przez przeglądarkę internetową Internet Explorer lub równoważną darmową, protokół http lub HTTPS. Fakt nie określenia w formularzu ofertowym szczegółowych parametrów oferowanego sprzętu a przekopiowanie wymagania postawionego w zał. 4a SIWZ nie oznacza jeszcze definitywnej niezgodności oferty z SIWZ, a jedynie potrzebę – podobnie jak w odniesieniu do potwierdzonych zarzutów w odwołaniu konsorcjum SmallGIS kierowanych wobec oferty Leica Geosystems – wyjaśnienia w tej mierze oferty [choć dostrzeżenia wymaga, że zarzuty tego odwołania nie zmierzają do

kwestionowania niewłaściwej oceny oferty w tym kierunku, co determinowało oddalenie odwołania].

Nie potwierdził się także zarzut zmierzający do wykazania niezgodności w tej mierze oferty konsorcjum SmallGIS w oparciu o zawartość dokumentów technicznych [„manuala"], które Odwołujący ustalił jako te, które opisują oferowany sprzęt. W szczególności z charakterystyki: „JAVAD *GNSS NetView software provides an interface for various configuration, monitoring, and management functions for the receiver"* – „Oprogramowanie *Javad GNSS NetView zapewnia interfejs dla różnych konfiguracji, monitorowania i funkcji zarządzania dla odbiornika."* nie wynika jeszcze wniosek, że odbiornik nie może być dostępny przez przeglądarkę Internet Explorer lub inną wskazaną, oraz by nie było możliwości ustawienia za pomocą strony www parametrów pracy odbiornika oraz innych wskazanych czynności.

(3) Nie podzielono także zarzutów sformułowanych w odwołaniu Geotronics Polska sp. z o.o. w Krakowie, nakierowanych na wykazanie niezgodności z SIWZ oferty Leica Geosystems sp. z o.o. w Warszawie.

I tak, zarzut niezaoferowania pamięci FLASH nie uwzględnia pełnej treści wymagań postawionych w zał. nr 4a do SIWZ, gdzie mówi się o nie tylko o pamięci FLASH ale także, że „pamięć *odbiornika może być realizowana jako zamontowana w odbiorniku karta pamięci, natomiast nie może być realizowana jako pamięć zewnętrzna [dysk zewnętrzny, pen drive] podpięta do portu USB".* Z tak opisanych wymagań należy wywieść, że Zamawiający dopuszczał wiele rozwiązań w zakresie pamięci, jeśli tylko nie będzie ona pamięcią zewnętrzną [pen drive, dysk zewnętrzny], w tym pamięć na karcie USB. Stąd postawiony zarzut, jako postawiony w oparciu o nieznajdujące oparcia w SIWZ rozumienie tego dokumentu, nie zasługiwał na uwzględnienie.

(4) Nie potwierdził się również zarzut wskazujący na niezgodność oferty Leica Geosystems sp. z o.o. w Warszawie z SIWZ w zakresie niezaoferowania absolutnej kalibracji centrum fazowego dla modelu anteny wraz z kopułą przeciwśniegową umieszczoną w aktualnym pliku kalibracji absolutnych IGS08.atx. Fakt skopiowania wymagań Zamawiającego nie oznacza jeszcze niezgodności oferty z SIWZ ani – co wskazuje Odwołujący – braku oświadczenia o zaoferowaniu anteny posiadającej wymaganą kalibrację. Powyższe wymaga bowiem wyjaśnienia, do czego jednak nie zmierzają zarzuty odwołania.

(5) Podobnie należało ocenić zarzut odnoszący się do skopiowania przez Leica Geosystems sp. z o.o. w Warszawie wymagań dotyczących anteny i jej końcówki – fakt skopiowania

wymagań nie jest równoznaczny z niezaoferowaniem wymaganego elementu ale z jego niewłaściwym opisem, co podlega wyjaśnieniu, ale nie skutkuje automatycznym odrzuceniem oferty.

(6) Nie potwierdził się też kolejny zarzut, wskazujący na niezgodność oferty Leica Geosystems sp. z o.o. w Warszawie z SIWZ, w zakresie formularza technicznego dla Wariantu 2 część A, gdzie Zamawiający – we wzorze formularza technicznego – wymagał, by oferowany odbiornik śledził m.in. sygnał GLONASS: „L1, L2, L1 C/A, L1P, L2P." Istotnie, wykonawca Leica Geosystems sp. z o.o. w Warszawie spośród wymienionych sygnałów nie podał sygnału L1P, wskazując w formularzu zapis, jaki był właściwy dla Wariantu 1, tj. bez sygnału L1P.

Dostrzeżenia w tej mierze jednak wymaga, że dla oceny stawianych wymagań znaczenie ma całokształt dokumentacji przygotowanej w postępowaniu, zaś jej niejasności, a tym bardziej wewnętrzne sprzeczności, winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców [tak też: wyrok Sądu Okręgowego w 10 marca 2015 r. w spr. VIII Ca 76/15].

W analizowanej sprawie, Zamawiający, poza spornym załącznikiem 4a, który miał służyć jako podstawa wypełnienia przez wykonawców formularza technicznego opracował dokument, stanowiący Opis Przedmiotu Zamówienia – część I [załącznik nr 1a do SIWZ], wspólny dla Wariantu A i Wariantu B, gdzie w pkt 2, dotyczącym śledzonych sygnałów, w części odnoszącej się do sygnałów GLONASS podał następujące sygnały: *„L1, L2, L1 C/A, L1P lub L2P".* W tej części SIWZ, stanowiącej o wymaganiach wobec przedmiotu zamówienia, w obu Wariantach Zamawiający dopuścił więc alternatywnie śledzenie przez antenę sygnału GLONASS L1P lub L2P. Powyższa niespójność między dwoma dokumentami składającymi się na SIWZ: formularzem technicznym wg. zał. 4a oraz Opisem Przedmiotu Zamówienia – część I [załącznik nr 1a do SIWZ], wymaga więc rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść wykonawcy.

Tym samym, jeśli wykonawca Leica Geosystems sp. z o.o. w Warszawie dla Wariantu 2 podał tylko sygnał L2P pomijając sygnał L1P, wobec rozbieżnych treści wskazanych wyżej dokumentów składających się na SIWZ, należało powyższe rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy uznając, że takie działanie znajdowało umocowanie w treści ogólnego dokumentu, dotyczącego obu wariantów, jakim jest Opis przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego należało uznać powyższy zarzut za niepotwierdzony.

(7) Nie potwierdził się także kolejny zarzut sformułowany w odwołaniu Geotroncs Polska sp. z o.o. w Krakowie wobec oferty Leica Geosystems sp. z o.o. w Warszawie, a dotyczący niezwrócenia się przez ten podmiot do Odwołującego z zapytaniem co do możliwości nabycia wymaganych w postępowaniu licencji Trimble Pivot dla dostarczanych odbiorników.

Po pierwsze, podkreślenia wymaga, że jeśli Zamawiający nie stawia w tej mierze szczególnych oczekiwań, wykonawca na etapie składania oferty nie ma obowiązku wykazywania wobec Zamawiającego, ani tym bardziej wobec podmiotów trzecich, jakim jest Odwołujący – autoryzowany przedstawiciel producenta licencji Trimble Pivot, tytułu

i przyrzeczenia nabycia przedmiotu dostawy.

Skoro w razie oferowania określonego przedmiotu mamy do czynienia z oświadczeniem woli, zobowiązaniem się do spełnienia określonego świadczenia, w czasie, miejscu i na warunkach określonych przez zamawiającego to samo zobowiązanie się do świadczenia, jeśli w zakresie oferowanego przedmiotu koresponduje z wymaganiami Zamawiającego, nie może być uznane za niezgodne z SIWZ w oparciu o przypuszczenia i spekulacje, że wykonawca, w momencie zaktualizowania się obowiązku dostarczenia przedmiotu, nie będzie posiadał stosownego tytułu do jego sprzedaży. Jeśli wykonawca zobowiązuje się do spełnienia określonego świadczenia, i to świadczenie spełnia wymagania zamawiającego, trudno zakładać niezgodność oferty z SIWZ. Nie mamy tu do czynienia ze świadczeniem obiektywnie niemożliwym, i takiego też twierdzenia Odwołujący nie stawia.

Bez znaczenia dla oceny treści oferty przez pryzmat jej zgodności z SIWZ jest rozważanie, w jaki sposób wykonawca uzyska możliwość nabycia spornych licencji i przeniesienia ich na Zamawiającego: istotne jest, że w sposób prawnie skuteczny zobowiązał się wobec Zamawiającego do dostarczenia takich licencji, a także że nie jest obiektywnie niemożliwym ich uzyskanie i zaoferowanie Zamawiającemu na warunkach wymaganych w treści SIWZ.

Po drugie, podkreślenia wymaga, że Odwołujący, zobowiązany na rozprawie do wypowiedzenia się co do ewentualnych ograniczeń w sprzedaży spornych licencji podał z pozycji autoryzowanego przedstawiciela, że nie ma takich ograniczeń i że każdy, kto zwróci się z chęcią ich nabycia może je swobodnie pozyskać. Zresztą tego rodzaju ograniczenia albo jakiekolwiek próby odmowy sprzedaży mogłyby być rozpatrywane i kwalifikowane przez pryzmat nieuczciwych praktyk rynkowych.

Z powyższego wynika, że wykonawca Leica Geosystems sp. z o.o. w Warszawie, bez problemów może nabyć licencje niezbędne dla wywiązania się z zobowiązania wynikającego z przedmiotowego zamówienia.

Wobec powyższego, stawiany zarzut nie zasługuje na zrozumienie.

Reasumując, potwierdzenie zarzutu dotyczącego niewłaściwej oceny oferty złożonej przez Leica Geosystems sp. z o.o. w Warszawie, osadzonego w treści art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ustawy, determinowało uwzględnienie odwołania złożonego przez konsorcjum SmallGIS i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert. Definitywne stwierdzenie niezgodności oferty z SIWZ, w zakresie tych elementów oferty, które podlegają wyjaśnieniu jest przedwczesne a sam wynik wyjaśnienia – dokonywanego w zakresie postawionych zarzutów – może być przedmiotem analizy po jego dokonaniu [por.: wyrok TSUE z 8 maja 2014 r. w spr. C–161/13 Idrodinamica Purgo Velox].

Nie znalazły potwierdzenia dalsze zarzuty, wskazujące na niezgodności oferty z SIWZ, skutkujące obowiązkiem odrzucenia oferty Leica Geosystems sp. z o.o. w Warszawie a także zmierzające do wykazania podstawy wykluczenia w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji, co skutkowało oddaleniem w tej mierze odwołania konsorcjum SmallGIS.

Nie potwierdziły się natomiast zarzuty postawione w odwołaniu Geotronics Polska sp. z o.o. w Krakowie, co powodowało oddalenie tego odwołania w całości.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Skład orzekający: