

WYROK

z dnia 14 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 marca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2013 r. przez wykonawcę: „**TTcomm**” S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Jednostka Wojskowa nr 4724 w Krakowie**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty „TTcomm” S.A. z siedzibą w Warszawie, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem zawiadomienia tego wykonawcy o poprawieniu w jego ofercie (Arkusza ofertowym/specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu) oczywistej omyłki pisarskiej – polegającej na braku wpisania liczby 1 w punkcie 3.5 *Moduł MODEM* w kolumnie *ilość urządzeń w komplecie* – oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian treści oferty – dotyczących: braku dopisania wiersza *Aktualizacja oprogramowania – poziom SP-1 na 3 lata* w punktach 1.5 i 2.5 *Modem TDMA* i braku dopisania wiersza *Ramię na pasmo C z promiennikiem* w punkcie 3.1 *Antena 1,5m Ranger*.**
2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego: Skarb Państwa – Jednostkę Wojskową nr 4724 w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego**:

1

Sygn. akt KIO 487/13

- „**TTcomm**” S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **zamawiającego: Skarbu Państwa – Jednostki Wojskowej nr 4724 w Krakowie** na rzecz **odwołującego: „TTcomm” S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18500 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 487/13

Uzasadnienie

Zamawiający: Jednostka Wojskowa nr 4724 w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej

również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *zakup i dostawę systemu VSAT – 5 kpl* (oznaczenie sprawy ZP/49/2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2012/S_237-390350 z 8 grudnia 2012 r., z tym, że 6 grudnia 2012 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.jw4724.wp.mil.pl).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 5.691.056,91 zł, co stanowi równowartość 1.415.826,68 euro.

21 lutego 2013 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu: „TTcomm” S.A. z siedzibą w Warszawie – zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp.

4 marca 2013 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec tych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 23 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez brak wezwania Odwołującego do złożenia oświadczenia odnośnie aktualizacji oprogramowania SP-1 na okres 3 lat dla terminala satelitarnego VSAT typu SLAVE oraz dla terminala satelitarnego VSAT typu MASTER/BACKUP MASTER.
2. Art. 23 ust. 3 i 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez brak wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów lub wyjaśnień odnośnie kompatybilności zasilacza do zestawu RX, Tx do pasma Ku o mocy 100W, jak i kompatybilności zasilacza do zestawu RX, Tx do pasma C o mocy 200W oraz dostarczenia Anteny 1,5 m RANGER wyposażonej w ramię na pasmo C z promiennikiem.
3. Art. 87 ust. 2 pkt 3 – przez jego niezastosowanie i uznanie, że brak wyrażenia cyfrą *ilości urządzeń w komplecie* odnośnie punktu 3.5 Moduł MODEM w treści oferty (Arkusza ofertowego / Specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu) nie podlega kwalifikacji jako inna omyłka podlegająca poprawieniu przez Zamawiającego w trybie przewidzianym przez ten przepis.

3

Sygn. akt KIO 487/13

4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez jego bezprawne zastosowanie w sytuacji, gdy treść oferty Odwołującego była zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż stwierdzone w ofercie Odwołującego wątpliwości lub braki nie miały miejsca bądź winny podlegać wyjaśnieniu lub uzupełnieniu zgodnie z art. 23 ust. 3 i 4 pzp, lub stwierdzone przez Zamawiającego przeoczenie w ofercie podlegało poprawie przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.
5. Art. 7 ust. 3 – przez błędne przyjęcie, że *Zamawiający nie jest zobowiązany do dochowania należytej staranności przy badaniu ofert złożonych w Postępowaniu oraz poprzez podjęcie w Postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego Postępowania, w tym podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych — zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców i wynikającą z nich zasadę przejrzystości.*
6. Art. 93 ust. 1 pkt 1 – przez jego bezprawne zastosowanie w sytuacji, gdy nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania określone w tym przepisie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności z 21 lutego 2012 r. polegających na: (1) odrzuceniu oferty Odwołującego i wykluczeniu Odwołującego z postępowania, (2) unieważnieniu postępowania.
2. Dokonania czynności w postaci wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty lub złożenia wyjaśnień, *jeśli w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej jest to warunek konieczny dla potwierdzenia zgodności oferty Odwołującego ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.*
3. Dokonania ponownie czynności badania ważnych ofert i ich oceny.
4. Powtórzenia czynności polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej

z uwzględnieniem oferty Odwołującego i z pominięciem ofert odrzuconych.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że Zamawiający odrzucił stwierdził następujące uchybienia w Arkuszu ofertowym / specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu powodujące niezgodność oferty z zapisami SIWZ i opisem przedmiotu zamówienia:

1. W punkcie 1.5 Modem TDMA – Aktualizacja oprogramowania SP-1 na 3 lata. W ofercie ani w żadnym innym oświadczeniu Oferent nie wskazał, że oferuje aktualizację oprogramowania SP-1 na okres 3 lat dla terminala satelitarnego VSAT typu SLAVE. W piśmie 123/13 oraz 124/13 z dn. 10.01.2013r. Zamawiający określił bowiem wymagania dot. w/w aktualizacji – co wyartykułował w odpowiedzi na pytanie 36 (pismo 124/13): Dla modemów wymienionych w pkt 1.5 i pkt 2.5 Zamawiający wymaga również

4

Sygn. akt KIO 487/13

SP-1 na 3 lata.

2. W pkt. 2 ppkt. 2.2 Zestaw RX, Tx do pasma Ku o mocy 100 W Firma oferuje zasilacz, który jest niekompatybilny z oferowanym zestawem. W piśmie nr 124/13 z dn. 10.01.2013r. Zamawiający określił rodzaj wymaganego zasilacza – co wyartykułował w odpowiedzi na pytanie 22 (pismo 124/13): Należy zaoferować standardowy w terminalach Ranger zintegrowany z ramieniem nadajnik na pasmo Ku o mocy 100 W wraz z niezbędnym wyposażeniem w tym elementami zasilającymi.
3. W pkt. 2 ppkt. 2.3 Zestaw RX, Tx do pasma C o mocy 200W Firma oferuje zasilacz, który jest niekompatybilny z oferowanym zestawem. W piśmie nr 124/13 z dn. 10.01.2013r. Zamawiający określił rodzaj wymaganego zasilacza – co wyartykułował w odpowiedzi na pytanie 23 (pismo nr 124/13): Należy zaoferować standardowy w terminalach Ranger zintegrowany z ramieniem nadajnik na pasmo C o mocy 200 W wraz z niezbędnym wyposażeniem w tym elementami zasilającymi.
4. W punkcie 2.5. Modem TDMA – aktualizacja oprogramowania SP-1 na 3 lata. W ofercie ani w żadnym innym oświadczeniu Oferent nie wskazał, że oferuje aktualizację oprogramowania SP-1 na okres 3 lat dla terminala satelitarnego VSAT typu MASTER/BACKUP MASTER. W piśmie nr 123/13 oraz 124/13 2 dn. 10.01.2013r. Zamawiający określił bowiem wymagania dot. w/w aktualizacji – co wyartykułował w odpowiedzi na pytanie 36 (pismo 124/13): Dla modemów wymienionych w pkt 1.5 i pkt 2.5 Zamawiający wymaga również SP-1 na 3 lata.
5. W punkcie 3.1. Antena 1,5m RANGER: Oferent nie zaoferował „ramienia na pasmo C z promiennikiem”. Zamawiający zgodnie z pismem nr 124/13 z dn. 10.01.2013r. wymagał dostarczenia anteny wyposażonej w ramiona na pasmo Ku i na pasmo C ze stosownym wyposażeniem nadawczo-odbiorczym – co wyartykułował w odpowiedzi na pytanie 25 (pismo 124/13).
6. W punkcie 3.5 Moduł MODEM Odwołujący nie wpisał ilości wyrażonej cyfrą, jaką oferuje w kolumnie „ilość urządzeń w komplecie”.

Ad zarzutu naruszenia art. 23 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 – dotyczące rzekomego uchybienia Odwołującego, o którym mowa w pkt 1 i 4 zawiadomienia Zamawiającego

Zdaniem Odwołującego stanowiska Zamawiającego nie sposób uznać za trafne z następujących powodów:

Po pierwsze – w odpowiedzi na pytanie nr 36 Zamawiający stwierdził, że wymaga dla ww. modemów aktualizacji SP-1 na 3 lata, przy czym jednocześnie nie zmodyfikował ani wzoru oferty (treści oferty) o dodatkowe oświadczenie którego rzekomo oczekiwał, ani zastrzeżonego wzoru załącznika – Arkusza ofertowego/specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu, aby wykonawcy stosowną wzmiankę o oferowaniu aktualizacji oprogramowania

5

Sygn. akt KIO 487/13

modemów mogli uwzględnić (nanieść).

Po drugie – wykonawcy nie mieli prawa samodzielnej modyfikacji i ingerencji w treść zastrzeżonego wzoru załącznika – Arkusza ofertowego/specyfikacji technicznej oferowanego

sprzętu, gdyż zgodnie z art. 6 ust. 1-6 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych jakkolwiek ingerencja w treść dokumentu opatrzonego klauzulą tajności może być dokonana przez osobę lub za zgodą osoby, która tę klauzulę tajności nadała. Z kolei zgodnie z pkt 11.1.2 SIWZ Arkusz ofertowy/specyfikacja techniczna o klauzuli „zastrzeżone” musiał być sporządzony przez wykonawcę ściśle wg przedmiotu zamówienia – wykazu ukończenia (załącznik nr 1 do OPZ) w formie dokumentu o tej samej klauzuli. Zamawiający zalecał, aby ww. załącznik został wypełniony na oryginalnym formularzu Zamawiającego, co też Odwołujący uczynił. Wobec braku jego modyfikacji ze strony Zamawiającego *nie sposób obarczać Odwołującego, iż nie zawarł wzmianki o aktualizacji oprogramowania modemów w Arkuszu ofertowym.*

Po trzecie – w przedłożonej ofercie Odwołujący oświadczył, że: (1) w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia (2) zapoznał się z warunkami udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z załączonymi do nich dokumentami i nie wnosi do nich zastrzeżeń oraz, że zdobył konieczne informacje (ergo – informacje o aktualizacji oprogramowania modemów), potrzebne do właściwego wykonania zamówienia. Zatem Odwołujący złożył wszystkie elementy oświadczenia woli zgodnie z formularzem ofertowym. Jeśli jednak Zamawiający – jak należy domniemywać – oczekiwał oświadczenia potwierdzającego, że określone dostawy spełniają wymagania określone w SIWZ (a konkretnie wynikającą z odpowiedzi na pytania do SIWZ – 3 letnią aktualizację oprogramowania), to winien wezwać Odwołującego do złożenia takowego oświadczenia w trybie art. 26 ust 3 pzp.

Po czwarte – Odwołujący załączył do odwołania na dowód, że jego oferta uwzględniała aktualizację oprogramowania SP-1 na okres 3 lat dla terminala satelitarnego VSAT typu SLAVE oraz aktualizację oprogramowania SP-1 na okres 3 lat dla terminala satelitarnego VSAT typu MASTER/BACKUP MASTER – oświadczenie dyrektora M..... D....., że ujęte w ofercie TTcomm S.A. ww. modemy miały i mają zagwarantowaną aktualizację oprogramowania SP-1 na okres 3 lat, zgodnie z ofertą i umową zawartą pomiędzy ND SatCom a TTcomm S.A.

Po piąte – mając na uwadze powyżej przywołaną argumentację nie może być mowy o zastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż *treść oferty zaopatrzonej w stosowne oświadczenia zawierała w sobie konieczność aktualizacji oprogramowania modemów.* Skoro jednak Zamawiający oczekiwał złożenia przez TTcomm S.A. dodatkowego (osobnego) oświadczenia, że oferuje aktualizację oprogramowania ww. modemów, a Odwołujący tego

Sygn. akt KIO 487/13

nie uczynił – Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego do uzupełnienia oferty o stosowne oświadczenie, zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp. Zamawiający mógł również skorzystać z możliwości złożenia przez TTcomm S.A. wyjaśnień, o których mowa w art. 23 ust. 4 pzp, które z pewnością rozwiązałyby wszelkie wątpliwości Zamawiającego, że aktualizacja oprogramowania w/w modemów na okres 3 lat objęta jest ofertą Odwołującego. Co do zasady zamawiający ma obowiązek zwrócenia się o uzupełnienie przez wykonawców zarówno dokumentów, jak i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi (w tym przypadku 3-letnią aktualizację oprogramowania) wymagań zamawiającego w każdym przypadku, gdy stwierdzi brak któregośkolwiek z nich. Należy przyjąć, że sytuacja ta dotyczy zarówno dokumentów i oświadczeń niezłożonych przez wykonawcę, jak i złożonych nieprawidłowo. Z treści art. 26 ust. 3 pzp wynika, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Tak więc na gruncie przedmiotowego przepisu mamy do czynienia z sytuacją niezłożenia dokumentu, bądź też złożenia dokumentu zawierającego błędy. Uzupełnienie dokumentów dotyczy bowiem zarówno sytuacji błędu w istniejących, złożonych dokumentach lub oświadczeniach, jak i braku oświadczeń lub dokumentów, a przymiot braku odnosi się także do dokumentu, który nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przepisy nie przewidują natomiast zakazu przedłożenia, w wyniku

wezwania, brakujących dokumentów, jeżeli wcześniej przedłożone nie potwierdziły spełniania warunków i wymogów określonych w SIWZ. Powyższe oznacza, że złożenie dokumentu, z treści którego wynika niespełnianie warunków udziału w postępowaniu zobowiązuje Zamawiającego do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 pzp (vide: KIO/UZP 1915/09 wyrok KIO z dnia 9 lutego 2010 r.).

Po szóste – skoro wraz z odpowiedzią na pytanie nr 36 Zamawiający nie dokonał żadnych aktualizacji (modyfikacji) we wzorze oferty i Arkuszu ofertowym wykonawcy mogli popaść w konfuzję, a Zamawiający ze swoich uchybień uczynił źródło zarzutu stanowiącego jedną z rzekomych podstaw odrzucenia oferty Odwołującego.

Ad zarzutu naruszenia art. 23 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – dotyczące rzekomego uchybienia Odwołującego, o którym mowa w pkt 2, 3 i 5 zawiadomienia Zamawiającego

W ocenie Odwołującego zarzuty Zamawiającego nie mogą się ostać w świetle następujących faktów i okoliczności:

Po pierwsze – pytania nr 22 i 23 zadane zostały przez Odwołującego, który zwrócił

7

Sygn. akt KIO 487/13

uwagę Zamawiającego, że żądane przez niego zasilacze nie są kompatybilne z wymaganym zestawem. Zamawiający w odpowiedzi stwierdził, że: *należy zaoferować standardowy w terminalach Ranger zintegrowany z ramieniem nadajnik na pasmo Ku o mocy 100W oraz na pasmo C o mocy 200W wraz z niezbędnym wyposażeniem w tym elementami zasilającymi*. W związku z taką odpowiedzią Odwołujący zaoferował zestawy z w pełni kompatybilnymi zasilaczami oraz dodatkowo zasilacz FPS 5000 AC/DC, Fronted Power Supply do RFT 5030 oraz zasilacz FPS 500 AC/DC, Fronted Power Supply do RFT 5040, o które występował Zamawiający. [Odwołujący przywołał w tym miejscu analogiczną jak przy poprzednim zarzucie argumentację dotyczącą zakazu wprowadzania zmian w dokumentach wytworzonych przez Zamawiającego] Wraz z odpowiedziami na pytania nr 22 i 23 Zamawiający nie wprowadził modyfikacji (aktualizacji) wykreślających ww. zasilacze z Arkusza ofertowego, dlatego też Odwołujący uwzględnił je w swoim arkuszu ofertowym. Wobec tego nie sposób obarczać Odwołującego konsekwencjami tego, że sam nie usunął tych niekompatybilnych zasilaczy z arkusza ofertowego, a dodatkowo zaoferował ich dostarczenie obok zestawów zawierających wbudowane, w pełni kompatybilne zasilacze.

Po drugie – Odwołujący załączył do odwołania na dowód, że jego oferta zawierała kompatybilne zasilacze, jak i stosowną antenę wyposażoną w ramię na pasmo C z promiennikiem – oświadczenie dyrektora ND SatCom GmbH M..... D....., że ujęte w ofercie TTcomm S.A.: zestaw RX, Tx do pasma Ku o mocy 100W, jak i zestaw RX, Tx do pasma C o mocy 200W zawierają w sobie (wbudowane) w pełni kompatybilne zasilacze oraz antenę 1,5m RANGER wyposażoną w ramię na pasmo C z promiennikiem. Niniejsze oświadczenie jest oświadczeniem złożonym w imieniu producenta i dostawcy ww. zestawów i anteny zatem nie powinno być w jakikolwiek sposób kwestionowane przez Zamawiającego.

Po trzecie – skoro Zamawiający miał wątpliwości co do kompatybilności zaoferowanych zasilaczy z oferowanymi zestawami, jak i co do wyposażenia zaoferowanej anteny w ramię na pasmo C z promiennikiem – miał obowiązek wezwać Odwołującego do uzupełnienia oferty o stosowne dokumenty/oświadczenia, zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp. Zamawiający mógł również skorzystać z możliwości złożenia przez TTcomm S.A. wyjaśnień, o których mowa w art. 23 ust. 4 pzp, które z pewnością rozwiązałyby wszelkie wątpliwości Zamawiającego związane z zaoferowanymi urządzeniami.

Ad zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz 89 ust. 1 pkt 2 pzp – dotyczące uchybienia Odwołującego, o którym mowa w pkt 6 Zawiadomienia Zamawiającego

Choć Odwołujący w punkcie 3.5 Moduł MODEM nie wpisał ilości wyrażonej cyfrą, jaką oferuje w kolumnie *ilość urządzeń w komplecie*, w ocenie Odwołującego takie uchybienie w Arkuszu ofertowym /specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu nie oznacza niezgodności oferty TTcomm S.A. z zapisami SIWZ i opisem przedmiotu zamówienia, gdyż

8

Sygn. akt KIO 487/13

podlegało poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp z następujących względów:

Po pierwsze – Zamawiający wymagał dostawy jednego Modułu MODEM. W punkcie 3.5 Moduł MODEM Wykonawca omyłkowo pominął w kolumnie *ilość urządzeń w komplecie* cyfrę 1 (jeden), niemniej w kolumnie *ilość modułów lub komponentów w urządzeniu* dla poszczególnych elementów: Modulator NG, Demodulator NG, itd. – składających się na Moduł MODEM – wpisał cyfrę 1 (jeden). Skoro zatem Odwołujący wpisał cyfrę 1 (jeden) przy każdym module lub komponencie (elemencie) składających się na Moduł MODEM, oczywistym jest, że Tocom S.A. oferował 1 urządzenie w komplecie, jednocześnie Zamawiający nie mógł oczekiwać wpisania w punkcie 3.5 innej cyfry niż 1 (jeden), ergo mógł ten brak uzupełnić sam, nie powodując istotnych zmian w treści oferty Odwołującego.

Po drugie – w celu zdeprecjonowania stanowiska Zamawiającego, że opuszczenie cyfry 1 (jeden) w pkt 3.5 Arkusza ofertowego powoduje niezgodność oferty z SIWZ warto wskazać na orzeczenie Sądu Okręgowego w Katowicach o sygn. akt XIX Ga 18/10, które wskazuje jak należy tego typu uchybienie kwalifikować: *[I]ege non distinguente art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP nie wskazuje o jakie może chodzić omyłki, a więc mogą wchodzić tutaj w grę wszelkie niezamierzone błahе pomyłki, niedopatrzienia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice niebędące świadomym pominięciem określonych przez SIWZ wymogów. Może to dotyczyć także ceny wskazanej w ofercie*

Po trzecie – wystąpienie omyłki w pkt 3.5 Arkusza ofertowego nie pozostawia wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia Tcomm S.A. i dowodzi jedynie, że mamy do czynienia w tym przypadku z niedokładnością przypadkową. Stanowisko takie potwierdza również pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 7 czerwca 2008 r. (sygn. akt. XII Ga 206/08): *przewidziana w art. 87 ust. 2 PZP możliwość poprawienia oczywistej omyłki w treści oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a nie spowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny. Istotnym przy tym pozostaje, że oczywista omyłka w treści oferty nie może w żadnym razie doprowadzić do zmiany jej treści – pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można bowiem doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia. Ominięcie cyfry 1 (jeden) w punkcie 3.5 Arkusza ofertowego nie było niczym innym jak wyżej wymienionym przypadkowym (technicznym) przeoczeniem.*

Po czwarte – należy również wskazać, że nawet gdyby Zamawiający miał wątpliwość

Sygn. akt KIO 487/13

jaką cyfrę wstawić w pkt 3.5 kolumnie *ilość urządzeń w komplecie* Arkusza ofertowego – choć mając na uwadze stan faktyczny postępowania (wymóg 1 urządzenia w komplecie) nie sposób to sobie wyobrazić – mógł wezwać Tcomm S.A. do wyjaśnień odnośnie dokonanego pominięcia. Jak to wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09): *Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP jak najbardziej może postać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści.*

Po piąte – na Zamawiającym ciąży obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a więc skorzystania przez niego ze wszelkich narzędzi jakie przewiduje ustawa pzp w celu wyjaśnienia (wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie) lub wyjaśnienia i poprawienia treści oferty. Zamawiający winien wiedzieć, że *[w] realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 PZP stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 PZP. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. pkt 2 Pzp (vide: wyrok Izby o sygn. akt KIO 2743/11 oraz wyrok Izby o sygn. akt 1514/11 z 29 lipca 2011 r.).*

Podsumowując kwestię niezastosowania przez Zamawiającego trybu poprawienia przeoczenia w ofercie TTcomm S.A. Odwołujący pragnie podkreślić, że zgodnie z jednolitą i utrwaloną linią orzecniczą, intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy pzp. Cel ten stara się realizować Izba, która w swoich orzeczeniach podkreśla, że: *celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie)*. [wyrok Izby z 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11] Czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i Zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia omyłki uznać należy za działanie w sposób oczywisty sprzeczne z prawem oraz jego własnym interesem (niesłusznie odrzucił ofertę najtańszą), które dodatkowo nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W wyroku o sygn. akt KIO 2810/11 podnoszący, że *[w] orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się*

10

Sygn. akt KIO 487/13

bezpośrednio do ich essentialiae negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Podobne stanowiska Izba zabrała w sprawach o sygn. akt KIO 2490/10 i o sygn. akt KIO 1978/10.

Ad. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp

Odwołujący wskazał, że naruszenie art. 7 ust 1 i 3 pzp jest *wynikiem implikacji zarzutów omówionych już szczegółowo powyżej*. Dodatkowo należy według niego wskazać, że celem nadrzędnym prowadzonego przez Zamawiającego postępowania jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Zamawiający winien zatem ze szczególną uwagą podchodzić do dokonywanych przez siebie czynności, w szczególności prowadzić postępowanie z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców oraz wynikającej z nich zasady przejrzystości. Nie ulega wątpliwości, że zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 pzp stanowią punkt wyjścia dla całości regulacji zawartych w pzp. Wszystkie pozostałe przepisy stanowią ich uszczegółowienie, a ich wykładnia powinna się odbywać w świetle i z uwzględnieniem wyżej wymienionych zasad, o czym w toku postępowania Zamawiający niejako zapomniał.

Odwołujący wywiódł, że żaden przepis pzp *nie może więc być odczytywany jako autonomiczny i pozostający w oderwaniu od jej zasadniczych celów, a tak niestety postąpił Zamawiający przyjmując autorytarnie a zarazem niesłusznie za jedyną podstawę odrzucenia oferty Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp*. Jednocześnie Zamawiający pominął szereg przepisów i instytucji uregulowanych m.in. w art. 23 ust 3 i 4 pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, których zastosowanie z pewnością uchroniłoby go przed podjęciem niezgodnych z prawem czynności odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania.

Odnosząc się do decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania z uwagi na okoliczność, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp) – Odwołujący wskazał, że Zamawiający oparł dokonaną przez siebie czynność na błędnym przekonaniu o niezgodności treści przedłożonej przez Odwołującego oferty z SIWZ. Skoro co najmniej jedna z ofert spełnia wymagania Zamawiającego i nie podlega odrzuceniu – nie można unieważnić postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp.

[Odwołujący sprostował na rozprawie, że we wszystkich miejscach odwołania gdzie wpisano *art. 23 ust. 3* lub *art. 23 ust. 4* ustawy pzp powinno być odpowiednio *art. 26 ust. 3* lub *art. 26 ust. 4* ustawy pzp]

12 marca 2013 r. wpłynęła faksem do Izby odpowiedź na odwołanie (datowana na 11 marca 2013 r.), w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób

11

uzasadniając swoje stanowisko.

Ad. zarzutu naruszenia art. 23 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – dotyczące uchybienia, o którym mowa w pkt 1 i 4 zawiadomienia Zamawiającego

Zamawiający stwierdził, że w ogłoszeniu o udzielenie zamówienia na zakup i dostawę systemu VSAT – 5 kpl. nie przewidział aktualizacji oprogramowania na 3 lata dla terminala satelitarnego VSAT typu SLAVE oraz dla terminala satelitarnego VSAT typu

na skutek ze strony MASTER/BACKUP MASTER. Jednakże pytań

podmiotów

zainteresowanych udziałem w postępowaniu w odpowiedzi na pytania z 10 stycznia 2013 r. (pytanie nr 36) Zamawiający poinformował, że wymaga dla przedmiotowych modemów aktualizacji oprogramowania – poziom SP-1 na 3 lata. Ponadto Zamawiający również pismem z 10 stycznia 2013 r. dokonał zmiany: ogłoszenia, SIWZ, wzoru umowy oraz opisu przedmiotu zamówienia (wraz z załącznikami), wskazując jednoznacznie, że dla ww. terminali wymaga aktualizacji oprogramowania – poziom SP-1 na 3 lata. Ogłoszenie to zostało przekazane do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 10 stycznia 2013 r., a opublikowane 15 stycznia 2013 r. pod nr 2013/S-010-OU385 oraz zamieszczone na stronach internetowych www.jw4724.mil.pl i www.bip.mon.gov.pl. Co istotne – zdaniem Zamawiającego – wprowadzając zmiany m.in. z powyższego powodu przedłużył termin składania ofert z 17 stycznia 2013 r. na 4 lutego 2013 r. Zamawiający stwierdził, że dokonał również odpowiednich zmian w załącznikach nr 1 i nr 2 (zastrzeżonych) do opisu przedmiotu zamówienia, jednak Odwołujący nie pobrał ponownie tych poprawionych zastrzeżonych załączników.

W ocenie Zamawiającego wobec powyższego uwagi dotyczące zaniechania przez niego zmian we wzorze oferty (Arkusz ofertowy – załącznik nr 2) oraz specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu (załącznik nr 1) są nieprawdziwe. Wskazywanie przez Odwołującego na oświadczenie, którego rzekomo oczekiwał Zamawiający jest również nieprawdziwe, gdyż Zamawiający wskazał jedynie na inne dokumenty lub oświadczenia, które były *niewymagalne*, ale które mogłyby przy badaniu oferty wskazywać na treść oferty i być podstawą do wyjaśnień lub dodatkowych pytań (wynikać ma to z obowiązku badania przez Zamawiającego wszelkich dokumentów, które zostały złożone z ofertą). Zdaniem Zamawiającego odnośnie się do przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych wydaje się niecelowe. Zamawiający zwrócił też uwagę, że wbrew temu co napisał Odwołujący, nie posłużył się on oryginalnym formularzem ofertowym po zmianach dokonanych 10 stycznia 2013 r., a jedynie wcześniejszą wersją bez naniesionych zmian.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący w swojej ofercie nie zaoferował żadnej aktualizacji oprogramowania SP-1 dla terminala satelitarnego VSAT typu SLAVE oraz dla terminala satelitarnego VSAT typu MASTER/BACKUP MASTER, tym samym nie wiadomo

na jakiej podstawie Odwołujący twierdzi, że taką ofertę złożył, i że dotyczy ona dodatkowo okresu 3 lat.

Według Zamawiającego ponieważ nie wymagał żadnych dodatkowych oświadczeń nie było również podstaw do wzywania Odwołującego o jakiekolwiek oświadczenia. Nie można w żadnym wypadku mówić o wątpliwościach Zamawiającego co do oferty aktualizacji oprogramowania w zakresie, o którym mowa powyżej, gdyż takiej oferty nie było.

Ad. zarzutu naruszenia art. 23 ust. 3 i 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – dotyczącego uchybienia Odwołującego, o którym mowa w pkt 2, 3 i 5 zawiadomienia Zamawiającego

Zdaniem Zamawiającego udzielając odpowiedzi na zadane pytania nr 22 i 25 wskazał jednoznacznie, że przedmiotem oferty ma być (1) standardowy w terminalach Ranger zintegrowany z ramieniem nadajnik na pasmo Ku o mocy 100W wraz z niezbędnym wyposażeniem w tym elementami zasilającymi oraz (2) standardowy w terminalach Ranger zintegrowany z ramieniem nadajnik na pasmo C o mocy 200W wraz z niezbędnym wyposażeniem w tym elementami zasilającymi.

W ocenie Zamawiającego treść oferty Odwołującego ewidentnie wskazuje na fakt uwzględnienia tak zmodyfikowanych zapisów specyfikacji, przy czym Odwołujący pomimo treści odpowiedzi na pytania zaoferował dodatkowo, czyli niezgodnie z treścią specyfikacji,

zasilacze FPS 5000 AC/DC, Fronted Power Supply do RFT 5030 oraz FPS 5000 AC/DC, Fronted Power Supply do RFT 5040. Z punktu widzenia Zamawiającego ponieważ zasilacze te nie są kompatybilne z zamawianymi nadajnikami o tej mocy, mogą jedynie podnosić wartość zamówienia, a ich zaoferowanie jest niezgodne ze zmienioną treścią specyfikacji Zamawiający oświadczył, że niesporna w sprawie jest okoliczność zaoferowania przez Odwołującego oprócz tych dodatkowych zasilaczy kompatybilnych zasilaczy (wbudowanych).

Ad. zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – dotyczących uchybienia Odwołującego, o którym mowa w pkt 6 zawiadomienia Zamawiającego

Ponieważ Odwołujący nie wpisał ilości urządzeń jakie oferuje w komplecie, pomimo wyraźnego wymogu Zamawiającego w tym zakresie, Zamawiający nie może antycypować treści oferty, gdy nie można uznać – tak jak w tym przypadku – braku ilości jako oczywistej omyłki pisarskiej. Wskazany przez Odwołującego argument wpisania w kolumnie *ilość modułów lub komponentów w urządzeniu* (poz. 3.5) ilości, zdaniem Zamawiającego jedynie wskazywać na słuszność jego stanowiska. Wskazana pozycja w kolumnie mówi jedynie o ilości modułów lub komponentów w urządzeniu (czyli jednym urządzeniu). Nie można zatem na tej podstawie twierdzić – jak tego chciałby Odwołujący – że wprost wskazuje to ilość

13

Sygn. akt KIO 487/13

urządzeń w komplecie, gdyż niezależnie od ilości urządzeń zawsze w tej kolumnie będzie podana ilość modułów lub komponentów dla jednego urządzenia. Potwierdza to pozycja 3,5 Kabel V.35 DCE, gdzie figuruje liczba 4 dla jednego urządzenia.

Ad zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp oraz zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp

Zamawiający oświadczył, że zawsze był i jest zobowiązany do dochowania należytej staranności przy badaniu ofert złożonych w postępowaniu, i tak właśnie postąpił w przedmiotowej sprawie: dochował podwyższonej staranności przy badaniu ofert, dokonał wnikliwej ich oceny przy uwzględnieniu przepisów prawa. Według Zamawiającego wskazuje na to przede wszystkim fakt unieważnienia postępowania wobec niezłożenia przez żadnego z oferentów nie podlegającej odrzuceniu oferty.

5 marca 2013 r. Zamawiający przekazał faksem drugiemu wykonawcy, który złożył ofertę kopię odwołania. Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, Izba nie stwierdziła aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie składano w tym zakresie również żadnych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołującemu ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, która jest jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego,

14

a następnie unieważnieniu całego postępowania – narażają Odwołującego na szkodę polegającą na nieuzyskaniu odpłatnego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności Izba przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. wraz z wyjaśnieniami i zmianami z 10 stycznia 2013 r., oferty Odwołującego, a także protokołu postępowania.

Izba wzięła pod uwagę załączone do odwołania i złożone w oryginale na rozprawie oświadczenie z 7 marca 2013 r. osoby uprawnionej do reprezentacji producenta-dostawcy sprzętu wskazanego w ofercie Odwołującego wyłącznie jako wyrażenie poglądu tego podmiotu co do zakresu treści tej oferty, względnie oświadczenie co do relacji handlowych w jakich pozostaje z Odwołującym.

Izba na podstawie art. 190 ust. 6 pzp oddaliła na rozprawie zgłoszone w odwołaniu i podtrzymane na rozprawie wnioski o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- zeznań świadka L..... M....., Dyrektora ds. Zamówień w TTcomm S.A., na okoliczność specyfikacji technicznej urządzeń zaoferowanych przez TTcomm S.A., w tym urządzeń ujętych w Arkuszu ofertowym / specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu, co do których Zamawiający powziął wątpliwości odnośnie spełniania wymogów technicznych zamówienia;
- zeznań świadka M..... D....., Dyrektora w ND SatCom GmbH (producenta i dostawcy urządzeń ujętych w ofercie TTcomm S.A.), na okoliczność specyfikacji technicznej urządzeń zaoferowanych przez TTcomm S.A., w tym urządzeń ujętych w Arkuszu ofertowym / specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu, co do których Zamawiający powziął wątpliwości odnośnie spełniania wymogów technicznych zamówienia;
- opinii biegłego z zakresu telekomunikacji, urządzeń nadawczych i elektroniki na okoliczność potwierdzenia lub niepotwierdzenia zgodności zaoferowanych przez TTcomm S.A. urządzeń (elementów) zestawu Rx, Tx do pasma Ku o mocy 100W, zestawu RX, Tx do pasma C o mocy 200W oraz anteny 1,5 m RANGER z wymogami specyfikacji technicznej zamówienia.

W ocenie Izby wnioskowane dowody były zbędne dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania, gdyż dotyczą okoliczności stwierdzonych innymi dowodami przywołanymi w uzasadnieniu, a nadto zostały powołane jedynie dla zwłoki. W szczególności okazało się, że niesporne jest, że zaoferowane przez Odwołującego zestaw RX, Tx do pasma Ku o mocy 100W, jak i zestaw RX, Tx do pasma C o mocy 200W zawierają w sobie (wbudowane)

15

w pełni kompatybilne zasilacze.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje uwzględnieniu, gdyż Zamawiający bezpodstawnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie unieważnił prowadzone postępowanie.

Śadna z opisanych w zawiadomieniu z 21 lutego 2013 r. sytuacji nie uprawniała Zamawiającego do stwierdzenia definitywnej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp nie biorąc pod uwagę, że przepis ten wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Nic nie wskazuje na to, aby Zamawiający w toku badania ofert analizował stwierdzone przez siebie w ofercie Odwołującego niezgodności pod kątem możliwości ich skorygowania w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp. Potwierdza to również treść odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający odnosi się do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp tylko w odniesieniu do ostatniej niezgodności, powielając przy tym pewną niekonsekwencję uzasadnienia zarzutu odwołania w rozróżnianiu poprawiania omyłki z tego przepisu od poprawiania oczywistej omyłki pisarskiej z art. 87 ust. 2 pkt 1 pzp. Paradoksalnie zdaniem Izby – akurat w tym przypadku rzeczywiście miała miejsce oczywista omyłka pisarska, co zostanie

szczegółowo omówione poniżej. Natomiast ze wszech miar słuszne, zilustrowane wypowiedziami orzecznictwa, acz ogólne wywody Odwołującego, powinny znaleźć się na wstępie odwołania – jako przyczynek do wykazania zasadności zastosowania instytucji wynikających z ust. 1 i 2 art. 87 pzp w odniesieniu do złożonej przez niego oferty. Izba w pełni popiera zacytowane w odwołaniu stanowisko, a odnosząc je do rozstrzyganej sprawy – stwierdza, że analizując okoliczności każdego z 6 stwierdzonych przypadków uchybień w ofercie Odwołującego, przed podjęciem decyzji o jej odrzuceniu, Zamawiający zobowiązany był ją wszechstronnie zbadać, w tym ewentualnie wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 pzp powstałe wątpliwości, a także dokonać poprawy omyłek w takim zakresie, w jakim umożliwia to art. 87 ust. 2 pzp. Gdyby Zamawiający zastosował te instytucje przekonałby się, że nie może stwierdzić definitywnej niezgodności oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z.

Wyszczególnione przez Zamawiającego w 6 punktach niezgodności w rzeczywistości tworzą 4 różne sytuacje do rozstrzygnięcia, gdyż pkt 1 i 4 dotyczą analogicznego stanu faktycznego, podobnie jak pkt 2 i 3, przy czym wszystkie punkty – z wyjątkiem pkt 6 – są związane z wyjaśnieniami lub zmianami treści s.i.w.z. dokonanymi przez Zamawiającego 10 stycznia 2013 r.

Pierwsza sytuacja wyniknęła na tle pytania nr 36 o następującej treści: *W opisie*

16

Sygn. akt KIO 487/13

Przedmiotu Zamówienia – wykaz ukompletowania – Załącznik nr 1 w pkt 3.5 dot. modemu Zamawiający wymaga Aktualizacja oprogramowania – poziom SP-1 na 3 lata. Takie samo wymaganie określone zostały w pkt. 4.1 dla sprzętu już posiadanego przez Zamawiającego. Brak jest natomiast powyższego wymogu dla modemów ujętych w pkt. 1.5. i pkt. 2.5 – zatem czy Zamawiający wymaga dla tych modemów również SP-1 na 3 lata? Wątpliwość pytającego, czy w przypadku każdego z modemów jest wymagana aktualizacja oprogramowania, Zamawiający jednoznacznie udzielając następującej odpowiedzi: *Dla modemów wymienionych w pkt. 1.5 i pkt. 2.5 Zamawiający wymaga również SP-1 na 3 lata.* Zamawiający na tym nie poprzestał na zamieszczeniu tego pytania i odpowiedzi w dokumencie z 10 stycznia 2013 r. pn. *Odpowiedzi na pytania w postępowaniu nr ref. ZP/49/2012 na zakup i dostawę systemu VSAT – 5 kpl.* Oprócz tego w dokumencie z tego samego dnia pn. *Zmiany ogłoszenia, SIWZ, Wzoru umowy oraz Opisu przedmiotu zamówienia (wraz z załącznikami) w postępowaniu nr ref. ZP/49/2012 na zakup i dostawę systemu VSAT – 5 kpl.,* w pkt III (dotyczącym zmian w zał. 1 do OPZ) i IV (dotyczącym zmian w zał. 2 do OPZ, w lit. a oraz b poinformowano, że zarówno w pkt 1.5, jak i pkt 2.5, zgodnie z odpowiedziami na pytania z dnia 10.01.2013r. (odp. na pyt. Nr 36) Zamawiający wymaga: – „Aktualizacji oprogramowania – poziom SP-1 na 3 lata”. Ponadto Zamawiający w zastrzeżonych załącznikach nr 1 i 2 do opisu przedmiotu zamówienia ręcznie dopisał w pkt 1.5 i 2.5 odpowiednio 15 i 16 wiersz *Aktualizacja oprogramowania poziom SP-1 na 3 lata.*

Druga sytuacja jest związana z pytaniami nr 22 (*Czy w punkcie 2.2 OPZ (część niejawna) wymagany jest zasilacz FPS pomimo, że nadajnik wymieniony w tym punkcie takiego zasilacza nie wymaga, bo jest zasilany z sieci 230 VAC?*) i 23 (*Analogiczne pytanie jak wyżej dla punktu 2.3 OPZ*). Odpowiedź nr 22: *Należy zaoferować standardowy w terminalach Ranger zintegrowany z ramieniem nadajnik na pasmo Ku o mocy 100 W wraz z niezbędnym wyposażeniem w tym elementami zasilającymi.* Odpowiedź nr 23: *Należy zaoferować standardowy w terminalach Ranger zintegrowany z ramieniem nadajnik na pasmo C o mocy 200 W wraz z niezbędnym wyposażeniem w tym elementami zasilającymi.* W tym przypadku Zamawiający ograniczył się do zamieszczenia tych pytań i odpowiedzi w pierwszym dokumencie z 10 stycznia 2013 r., nie zamieszczając informacji o dokonaniu jakichkolwiek zmian w związku z udzielonymi odpowiedziami w drugim dokumencie z 10 stycznia 2013 r. śadne zmiany nie zostały też naniesione w treści zastrzeżonych załączników 1 i 2 do opisu przedmiotu zamówienia, w których, w pkt 2.2 *Zestaw Rx, Tx do pasma Ku o mocy 100W...* pozostawiono 4. wiersz: *Zasilacz FPS 5000 AC/DC, Frontend Power Supply do RFT 5030*, a w pkt 2.3 *Zestaw Rx, Tx do pasma Ku o mocy 200W...* pozostawiono 3 wiersz: *Zasilacz FPS 5000 AC/DC, Frontend Power Supply do RFT 5040.*

17

Wreszcie 3 sytuacja dotyczy następującego pytania nr 25: *Czy antena wymieniona w punkcie 3.1 OPZ powinna mieć jedno ramię z wyposażeniem na pasmo Ku, czy dwa ramiona odpowiednio wyposażone na pasma Ku (polaryzacja liniowa) i C (polaryzacja kołowa)?* W pierwszym piśmie z 10 stycznia 2013 r. Zamawiający odpowiedział: *Zestaw ma być wyposażony w dwa ramiona z kompletnym oprzyrządowaniem, tj.: jedno ramię dla pasma Ku i drugie ramię dla pasma C, montowane do anteny Zamienie /albo dla Ku albo dla C/.* W tym przypadku również w ślad za udzieloną odpowiedzią nie poszła żadna informacja o wprowadzeniu zmian w treści załączników nr 1 i 2 do opisu przedmiotu zamówienia, żadne zmiany w ich treści nie zostały również fizycznie naniesione na te dokumenty fizycznie spoczywające w kancelarii tajnej Zamawiającego. Nadal zatem w pkt 3.1 *Antena 1,5m RANGER* w trzecim wierszu wyszczególniono jedynie *Ramię na pasmo KU z promiennikiem*.

Izba zważyła, że z powyższych okoliczności wynika jednoznacznie wprowadzenie zmian zarówno w załączniku nr 1, stanowiącym *de facto* szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, jak i w załączniku nr 2, będącym formularzem do wypełnienia przez wykonawców, gdyż Zamawiający wyraźnie poinformował, że pkt 1.5 i 2.5 ulegają zmianie o aktualizację oprogramowania – poziom SP-1 na 3 lata. Nie ma zatem większego znaczenia, że Zamawiający nie poinformował o możliwości ponownego pobrania tych załączników z kancelarii tajnej, gdyż każdy z wykonawców został poinformowany co i gdzie ulega zmianie i mógł we własnym zakresie uwzględnić to przy sporządzaniu oferty. Odwołujący w odwołaniu przemilczał fakt dokonania wraz z udzieloną odpowiedzią na pytanie 36 zmian do treści s.i.w.z. twierdząc – niezgodnie z opisanym powyżej rzeczywistym stanem rzeczy – że nie doszło do zmiany załączników nr 1 i 2 do OPZ w zakresie wyszczególnienia w treści oferty oświadczenia o zaoferowaniu dla modemów z pkt 1.5 i 2.5 aktualizacji oprogramowania. Tym samym Odwołujący bezpodstawnie podniósł w odwołaniu, że nie wiadomo było w jaki sposób wykonawcy mają wyrazić w ofercie informację o oferowaniu aktualizacji oprogramowania modemów. Odwołujący nie uwzględnił w swoim arkuszu ofertowym – specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu wymaganej przez Zamawiającego w pkt 1.5 i 2.5 wzmianki o oferowaniu aktualizacji oprogramowania – poziom SP-1 na 3 lata. W konsekwencji doszło do niezgodności pomiędzy treścią s.i.w.z. a treścią oferty, którą Zamawiający prawidłowo zidentyfikował. Błędne były natomiast dalsze działania Zamawiającego, a raczej ich brak, i automatyczne uznanie stwierdzonej niezgodności za powód do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, pomimo że z przepisu tego wynika konieczność uprzedniego zbadania możliwości usunięcia takiej sprzeczności z treścią s.i.w.z. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie przedstawił żadnych argumentów przemawiających przeciwko możliwości zastosowania w powyższej sytuacji do niezgodności

pomiędzy treścią oferty Odwołującego a treścią s.i.w.z. art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zamiast tego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie Zamawiający skupił się na odpieraniu nieadekwatnej części zarzutu dotyczącej zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia oświadczenia odnośnie aktualizacji oprogramowania modemów w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Tymczasem oczywiście błędne jest stanowisko wynikające z odwołania jakoby treść oferty mogła być uzupełniana w trybie art. 26 ust. 3 pzp, który może służyć uzupełnieniu dokumentów zażądanych na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego, czyli dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp. Dokumenty te nie stanowią treści oferty lecz jej potwierdzenie, a tym samym nie mogą również jej zastępować. Ponieważ wszystkie sporne niezgodności dotyczą tzw. arkusza ofertowego – specyfikacji technicznej oferowanego rozwiązania, czyli wypełnionego przez Odwołującego załącznika nr 2 do opisu przedmiotu zamówienia (który z kolei stanowi załącznik nr 4 do s.i.w.z.) – istotne znaczenie ma ustalenie charakteru tego dokumentu, tzn. czy stanowi on element treści oferty czy też jedynie dokument składany na potwierdzenie spełniania wymagań Zamawiającego przez oferowany sprzęt. Zamawiający sprecyzował wymaganą postać oferty w pkt 11 s.i.w.z., w szczególności z pkt. 11.1.2 wynika, że składają się na nią nie tylko wypełniony formularz oferta (stanowiący załącznik nr 1 do s.i.w.z.) oraz wypełniony formularz cenowy (stanowiący załącznik nr 7 do s.i.w.z.), lecz także wspomniany

arkusz ofertowy – specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu, sporządzony ściśle według opisu przedmiotu zamówienia tzw. wykazu ukompletowania (stanowiącego załącznik nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia). Przy czym istotne jest, że arkusz ofertowy – specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu jest wiernym odzwierciedleniem uszczegółowionego przedmiotu zamówienia przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby nie ulega zatem wątpliwości, że specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu wymienionego w ramach trzech pozycji formularza cenowego – stanowi wymagane przez Zamawiającego sprecyzowanie przedmiotu oferty, podlegające ocenie pod kątem zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Ma to o tyle istotne znaczenie, że ustawa pzp wyraźnie rozgranicza przysługujące zamawiającemu środki prawne w odniesieniu do treści oferty od tych, które może on zastosować w stosunku do dokumentów zażądanych na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp. W szczególności wyłącznie w stosunku do tych ostatnich – w razie niezłożenia lub gdy dokumenty załączone do oferty zawierają braki – możliwe jest ich uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Natomiast instytucja ta nie znajduje zastosowania w stosunku do treści oferty, gdyż ta może być korygowana jedynie przez poprawienie oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp), a w przypadku rozbieżności z treścią s.i.w.z. – poprawiana w granicach dopuszczonych przez art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Ponadto ustawa pzp odróżnia wyjaśnianie treści oferty (instytucja uregulowana w art. 87 ust. 1 pzp) od wyjaśnień

19

Sygn. akt KIO 487/13

dotyczących dokumentów składanych na zasadzie art. 25 ust. 1 pzp (instytucja uregulowana w art. 26 ust. 4 pzp).

Izba zważyła, że brak wyszczególnienia przez Odwołującego w specyfikacji technicznej oferowanych urządzeń aktualizacji oprogramowania dla modemów z pkt 1.5 i 2.5 jest wręcz klasycznym przypadkiem wystąpienia niezgodności, która podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Jak wynika z powyżej przywołanego przebiegu postępowania przed składaniem ofert, jeden z wykonawców dostrzegł niekonsekwencję Zamawiającego, który nie przy wszystkich modemach wyszczególnił aktualizację oprogramowania. Zamawiający potwierdził rozumowanie pytającego wykonawcy, że tak jak w przypadku analogicznego modemu z pkt 3.5, będącego urządzeniem z trzeciego typu zestawu terminala satelitarnego, również dla modemów z pkt 1.5 i 2.5, wchodzących w skład odpowiednio pierwszego i drugiego typu zestawu terminala satelitarnego, wymagane jest zapewnienie aktualizacji oprogramowania SP-1 przez 3 lata. Jednocześnie Zamawiający zadbał o ujednolicenie w tym zakresie załączników nr 1 i 2 do opisu przedmiotu zamówienia, dopisując dodatkowy wiersz w pkt 1.5 i 2.5. Zmiana ta została przeoczona przez Odwołującego, który złożył ofertę na formularzu załącznika nr 2 w pierwotnym brzmieniu, działając w błędnym przekonaniu, że złożenie odrębnego oświadczenia co do oferowania aktualizacji oprogramowania modemów z pkt 1.5 i 2.5 nie jest wymagane (Odwołujący pozostał w tym błędnie nawet na etapie wniesienia odwołania). Niewątpliwie takie pominięcie nie ma charakteru oczywistej omyłki pisarskiej, lecz stanowi tzw. inną omyłkę polegającą na spowodowaniu rozbieżności z wymaganą treścią oferty. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do tego, czy pominięcie to jest wynikiem omyłki, powinien skorzystać z instytucji wyjaśnień treści oferty przewidzianej w art. 87 ust. 1 pzp. Zamiast tego Zamawiający z góry przyjął mało prawdopodobne założenie, że Odwołujący celowo złożył ofertę niezgodną z treścią s.i.w.z., gdyż nie miał zamiaru zapewnić aktualizacji oprogramowania dla niektórych spośród oferowanych modemów. Izba zważyła, że co do zasady wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający bez trudu zidentyfikował brakujący element specyfikacji technicznej oferty Odwołującego, nie mógł mieć także żadnych wątpliwości w jaki sposób dokonać w tym zakresie poprawienia, gdyż mogło to nastąpić wyłącznie w taki sam sposób, w jaki dokonał tego uprzednio Zamawiający w przypadku oryginalnych załączników przechowywanych w kancelarii tajnej. Wreszcie należy zauważyć, że taka zmiana nie stanowi istotnej zmiany treści złożonej oferty, w szczególności w ogóle nie powoduje zmiany jej ceny.

Z uwagi na konieczność dokonania poprawienia dwóch omyłek w powyżej opisanej

20

sytuacji, Izba uznała za celowe nakazanie również Zamawiającemu poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp również sytuacji związanej z brakiem wskazania w pkt 3.1 specyfikacji technicznej Odwołującego, że w skład *anteny Ranger* wchodzi również *ramię na pasmo C z promiennikiem*. Powinno to usunąć jakąkolwiek niepewność po stronie Zamawiającego, czy takie wyposażenie zostanie mu dostarczone przez Odwołującego. Jednakże porównując ten przypadek z poprzednią sytuacją można by się zastanawiać, czy nie byłoby wystarczające udzielenie przez Odwołującego wyjaśnień, że w ramach swojej oferty uwzględnił ten element. Również w tym przypadku w opisie przedmiotu zamówienia znalazła się nieścisłość, gdyż w ramach wyposażenia anteny Ranger 1,5 m z trzeciego typu zestawu terminala satelitarnego VSAT wyszczególniono tylko *ramię na pasmo Ku z promiennikiem*, podczas gdy przy analogicznej antenie z drugiego zestawu wyszczególniono w oddzielnych wierszach oba typy ramion z promiennikami. W odpowiedzi na pytanie wykonawcy Zamawiający co prawda 10 stycznia 2013 r. wyjaśnił, że zestaw ma być wyposażony w oba ramiona – montowane zamiennie, jednakże w ślad za tym nie poinformował o wprowadzeniu jakichkolwiek zmiany w treści pkt 3.1 załączników nr 1 i 2 do opisu przedmiotu zamówienia, jak również sam takiej zmiany nie naniósł na oryginałach tych dokumentów przechowywanych w kancelarii tajnej. Brak tej konsekwencji potwierdza odpowiedź na odwołanie, w której z jednej strony Zamawiający twierdzi, że rzekomo zmodyfikował treść s.i.w.z., jednak nie odwołuje się przy tym do zestawu dokumentów, który wymienił na dowód wprowadzenia zmian dotyczących aktualizacji oprogramowania. Wbrew odmiennemu stanowisku Zamawiającego na rozprawie, gdyby był konsekwentny, postąpiłby analogicznie jak w przypadku aktualizacji oprogramowania, czyli uzupełnił o pominięty element opis przedmiotu zamówienia oraz arkusz ofertowy. Natomiast poprzestając na udzieleniu samych wyjaśnień Zamawiający spowodował możliwość różnorakiej interpretacji ze strony wykonawców, z których część mogła przyjąć udzieloną odpowiedź do wiadomości, lecz złożyć specyfikację techniczną oferty według wzoru, który formalnie nie uległ zmianie. Wyjaśnienia treści s.i.w.z. są oczywiście wiążące dla wykonawców, jednak w treści odpowiedzi na pytanie 25 nie wskazano w jaki sposób wykonawcy mają uzewnętrznzić, że oferują oba ramiona, nie pada nawet fraza *ramię na pasmo C z promiennikiem*, której brak zarzucił Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Odwołujący wykazał przy tym na rozprawie, że załączone do oferty certyfikaty zgodności dla Ranger 1500 (odrębne dokumenty dla ramienia na pasmo Ku i dla ramienia na pasmo C) powinny skłonić Zamawiającego do co najmniej do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający zaniechał skorzystania z możliwości uzyskania wyjaśnień treści oferty, bezpodstawnie stwierdzając jej nieusuwalną sprzeczność z treścią s.i.w.z. Tymczasem jeżeli można mówić w tym przypadku o omyłce popełnionej przez Odwołującego, to walenie

przyczynił się do niej Zamawiający swoją niekonsekwencją w usuwaniu nieścisłości opisu przedmiotu zamówienia. Jednocześnie również w tym przypadku istnieje jeden możliwy sposób poprawienia takiej omyłki – przez dopisanie w pkt 3.1 wiersza *ramię na pasmo C z promiennikiem*.

W trzeciej z zarysowanych na wstępie sytuacji Zamawiający w ogóle nie miał podstaw do przyjęcia, że Odwołujący złożył ofertę niezgodną z treścią s.i.w.z. Tak jak w poprzedniej sytuacji w piśmie z 10 stycznia 2013 r. (dotyczącym zmian w treści s.i.w.z.) Zamawiający nie poinformował o wprowadzeniu jakichkolwiek zmian w pkt 2.2 i 2.3 załączników nr 1 i 2 do opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast Zamawiający bezpodstawnie wywodzi, że z udzielonych przez niego 10 stycznia 2013 r. wyjaśnień jednoznacznie wynikała rezygnacja z zamawiania w ramach zestawów Rx, Tx zasilaczy FPS 5000 AC/DC. Pytania dotyczyły tylko tych zasilaczy i zmierzały do ustalenia, czy nie znalazły się one w opisie wyposażenia zestawu przez omyłkę, gdyż nadajniki wymienione w pkt 2.2 i 2.3 nie wymagają takiego zasilacza ponieważ standardowo są zasilane bezpośrednio z sieci 230 V. Zamawiający nie odpowiedział wprost na te pytania, gdyż przede wszystkim poinformował o tym jakiej mocy nadajniki na jakie pasmo należy zaoferować – enigmatycznie dodając – *wraz z niezbędnym wyposażeniem w tym elementami zasilającymi*. W tej sytuacji treść oferty

Odwołującego w żaden sposób nie potwierdza uwzględnienia *tak zmodyfikowanych zapisów specyfikacji*, lecz jest w pełni zgodna z treścią załączników nr 1 i 2 do opisu przedmiotu zamówienia, gdyż obejmuje każdą z pozycji wyposażenia wymienionych w pkt 2.2 i 2.3, w tym zasilacze FPS 5000 AC/DC FPS opisane odpowiednio w czwartym i trzecim wierszu tych punktów.

W ocenie Izby rozstrzygnięcie sporu co do możliwości poprawienia braku wypełnienia przez Odwołującego w pkt 3.5 *Moduł MODEM* kolumny nazwanej *ilość urządzeń w komplecie* jest oczywiste i może być tylko jedno – należy tam wpisać liczbę „1”. Sprawa jest prosta, pomimo wprowadzonego przez Zamawiającego zawilego nazewnictwa i sposobu podania liczby zamawianego i oferowanego sprzętu, przedstawiającego się następująco. Na poziomie najbardziej ogólnym (i po pominięciu dodatkowych świadczeń) przedmiotem zamówienia jest – jak wskazuje sama nazwa zamówienia – dostawa systemu VSAT składającego się łącznie z 5 kompletów zestawów terminali satelitarnych, w tym jednego kompletu zestawu pierwszego typu, dwóch kompletów zestawu drugiego typu i również dwóch kompletów zestawu trzeciego. Liczby zamawianych kompletów znalazły odzwierciedlenie zarówno w drugiej kolumnie formularza cenowego pn *Ilość kompletów*, jak i w identycznie nazwanej ostatniej kolumnie załącznika nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia. Ponieważ przedmiot zamówienia dotyczy 3 typów zestawów, poszczególne nazwane typy stanowią odpowiednio pkt 1, 2 i 3. Następnie w załączniku tym zawartość

22

Sygn. akt KIO 487/13

każdego typu zestawu została uszczegółowiona przez podanie nazw i typów wchodzących w jego skład urządzeń, wypunktowanych kolejno, np. 1.1, 1.2 itd. Zamawiający określił przy tym liczbę poszczególnych urządzeń w kolumnie pn. *ilość urządzeń w komplecie*. Wreszcie na największym poziomie szczegółowości dla każdego urządzenia podano typy komponentów (modułów) z jakich ma się składać urządzenie, opisując je w kolejnych, nienumerowanych wierszach, a także – w kolumnie nazwanej *ilość modułów lub komponentów w urządzeniu* – określono liczbę komponentów (modułów) danego typu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie ograniczył się do skutecznej polemiki z najmniej trafną częścią argumentacji Odwołującego, gdyż rzeczywiście z faktu, że w skład urządzenia wchodzi po jednym komponentie danego typu (choć nie jest to regułą bezwyjątkową) w żaden sposób nie wynika jaka jest liczba oferowanych urządzeń danego typu. Zamawiający pominął jednak okoliczność, że liczba kompletów zestawów, liczba urządzeń i liczba komponentów jaką mógł wpisać Odwołujący przy wypełnianiu arkusza ofertowego nie mogła być inna niż liczby zamieszczone przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Wynika to z tego, że załącznik nr 2 stanowi powielenie treści załącznika nr 1, z tą różnicą, że wymazano w nim niektóre nazwy, a także liczby kompletów, urządzeń i komponentów. Ponadto Odwołujący – przynajmniej w zakresie objętym zarzutami odwołania – nie korzystał z możliwości zaoferowania urządzeń równoważnych dla wskazanych z nazwy przez Zamawiającego, a zatem ponownie wpisywał te same informacje i liczby. Przede wszystkim jednak akurat w przypadku pkt 3.5 *Moduł MODEM* zachodzi dodatkowo szczególna sytuacja, że w następnym wierszu nie rozpoczyna się wymienianie z jakich komponentów się składa, lecz dookreślono jakiego typu jest to modem, po czym dopiero następuje wymienienie komponentów (tzw. opcji), z jakich ten modem się składa (ostatnią z nich jest aktualizacja oprogramowania). Otóż Odwołujący nie zapomniał przepisać z załącznika nr 1 do OPZ w kolumnie *ilość modułów lub komponentów w urządzeniu* liczby 1, która akurat w tym szczególnym przypadku musiała być taka sama w kolumnie *ilość urządzeń w komplecie*. Z tego względu Izba oceniła, że niewpisanie tej liczby w pkt 3.5 w wierszu *Moduł MODEM* jest oczywistą niedokładnością popełnioną przy wypełnianiu formularza specyfikacji technicznej oferty, a zatem podlega obowiązkowemu poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 pzp.

Potwierdzenie się zarzutu bezpodstawności odrzucenia oferty Odwołującego przesądza o zasadności zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp, gdyż nie została wypełniona przesłanka braku złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Izba nie dopatrzyła się odrębności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 pzp, stwierdzone powyżej uchybienia Zamawiającego wyczerpują treść innych zarzutów. W szczególności w odwołaniu nie wskazano żadnych okoliczności wskazujących na to, że Zamawiający

Sygn. akt KIO 487/13

traktował Odwołującego w sposób odmienny niż drugiego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 2 lit. c pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono w wysokości wynikającej z rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy, a więc zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego powyżej rozporządzenia.

Przewodniczący: