

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 grudnia 2013 r.

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział II Cywilny Odwoławczy w składzie
następującym :

Przewodniczący: SSO Beata Kurdziel (sprawozdawca)

Sędziowie: SO Anna Koźlińska

SR (del.) Marcin Hałgas

Protokolant:

po rozpoznaniu w dniu 12 grudnia 2013 r. w Krakowie na rozprawie sprawy
ze skargi Skarbu Państwa - Jednostki Wojskowej nr 4724 w Krakowie
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2013 r., sygnatura akt KIO
487/13, wydany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym
przez zamawiającego Skarb Państwa - Jednostka Wojskowa nr 4724 w Krakowie na
skutek odwołania wniesionego przez TTCom S.A. z siedzibą w Warszawie

1. oddala skargę;
2. zasądza od Skarbu Państwa - Jednostki Wojskowej nr 4724 w Krakowie na rzecz wykonawcy TTcomm S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3.600 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 14 marca 2013 r., wydanym na skutek odwołania wniesionego 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, Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie, nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i czynności odrzucenia oferty „TTcomm” S.A. 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 (pkt 1 wyroku). Ponadto KIO kosztami postępowania obciążyła zamawiającego - Skarb Państwa Jednostkę Wojskową nr 4724 w Krakowie i w ramach tego zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania (pkt 2.1. wyroku) oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.500 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujące wynagrodzenie pełnomocników (pkt 2.2 wyroku).

W uzasadnieniu ww. wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż zamawiający -

Jednostka Wojskowa nr 4724 w Krakowie prowadziła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę systemu VSAT - 5 kpi. (oznaczenie sprawy ZP/49/2012).

W dniu 21 lutego 2013 r. Zamawiający przekazał Wykonawcy „TTComm” S.A. z siedzibą w Warszawie zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: P.z.p.) oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 P.z.p.

Wykonawca wniósł w dniu 4 marca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec tych czynności zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 23 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2- przez brak wezwania wykonawcy 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. 1 pkt 2- przez brak wezwania wykonawcy 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 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;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez jego bezprawne zastosowanie w sytuacji, gdy treść oferty wykonawcy była zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdy stwierdzone w ofercie wykonawcy wątpliwości lub braki nie miały miejsca bądź winny podlegać wyjaśnieniu lub uzupełnieniu zgodnie z art. 23 ust. 3 i 4 P.z.p., lub stwierdzone przez zamawiającego przeoczenie w ofercie podlegało poprawie przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p.;
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 zasady 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.

Powołując się na powyższe zarzuty wykonawca wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 21 lutego 2012 r., których dotyczyło odwołanie, a także dokonania czynności w postaci wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty lub złożenia wyjaśnień (jeżeli jest to w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej warunek konieczny do potwierdzenia zgodności oferty wykonawcy ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia), dokonania ponownie czynności badania ważnych ofert i ich oceny, a także powtórzenia czynności polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego się wykonawcy, z pominięciem ofert odrzuconych.

Wykonawca sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że zamawiający stwierdził następujące uchybienia w Arkuszu ofertowym/specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu powołując się na niezgodność oferty z zapisami S.I.W.Z. 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. 10.01.2013 r. zamawiający określił bowiem wymagania dot. ww. 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.
2. w punkcie 2 ppkt. 2.2 Zestaw RX, Tx do pasma Ku o mocy 100 W Firma oferuje zasilacz, który jest niekompatybilny z oferowanym zestawem, zaś w piśmie nr 124/13 zamawiający wskazał, że: Należy zaoferować standardowy w terminalach Ranger zintegrowany z ramieniem nadajnik na pasmo Ku o mocy 100W wraz z niezbędnym wyposażeniem, w tym elementami zasilającymi;
3. w punkcie 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 Zamawiający określił rodzaj wymaganego zasilacza: Należy zaoferować standardowy w terminalach Ranger zintegrowany z ramieniem nadajnik na pasmo C o mocy 200W 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 zamawiający określił bowiem wymagania dot. ww. aktualizacji: 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 promiennikiem”. Zamawiający zgodnie z pismem nr 124/13 wymagał dostarczenia anteny wyposażonej w ramiona na pasmo Ku i na pasmo C ze stosownym wyposażeniem nadawczo-odbiorczym
6. w punkcie 3.5 Moduł MODEM zamawiający nie wpisał ilości wyrażonej cyfrą, jaką oferuje w kolumnie „ilość urządzeń w komplecie”.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 23 ust. 3 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. dotyczącego rzekomego uchybienia wykonawcy, o którym mowa w pkt 1 i 4 zawiadomienia zamawiającego, wykonawca wskazał, iż nie jest on trafny z kilku przyczyn. Po pierwsze, zamawiający stwierdził w odpowiedzi na pytanie wykonawcy, że wymaga aktualizacji SP-1 na 3 lata, jednak nie zmodyfikował wzoru 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 mogli uwzględnić. Po drugie, wykonawcy nie mieli prawa samodzielnej modyfikacji ww. załącznika, z uwagi na przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych, które zastrzegają, że jakakolwiek ingerencja w treść dokumentu opatrzonego klauzulą tajności może być dokonana przez osobę lub za zgodą osoby, która tą klauzulę nadała. Zamawiający zalecał, aby wskazany załącznik został wypełniony na oryginalnym formularzu, co też wykonawca uczynił. Po trzecie, wykonawca w przedłożonej ofercie oświadczył, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia i 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 potrzebne do właściwego wykonania zamówienia. Wykonawca złożył wszystkie elementy oświadczenia woli zgodnie z formularzem ofertowym. Skoro jednak zamawiający oczekiwał oświadczenia potwierdzającego, że określone dostawy spełniają wymagania określone w SIWZ, to winien wezwać wykonawcę do złożenia takiego oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 P.z.p. Po czwarte, wykonawca dołączył do odwołania oświadczenie dyrektora Markusa Dailberla, że ujęte w ofercie wykonawcy modemy VSAT typu SLAVE i MASTER7BACKUP MASTER miały i mają zagwarantowaną aktualizację

oprogramowania SP-1 na okres 3 lat, zgodnie z ofertę i umową zawartą pomiędzy ND SatCom a TTcomm S.A. Po piąte, wykonawca podniósł, że skoro zamawiający oczekiwał złożenia przez wykonawcę dodatkowego oświadczenia (osobnego oświadczenia w przedmiocie aktualizacji ww. modemów) a ten tego nie uczynił, to zamawiający miał obowiązek wezwać do uzupełnienia oferty o stosowne oświadczenie, zgodnie z art. 26 ust. 3 P.z.p. Zamawiający mógł również skorzystać z możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień, o których mowa w art. 23 ust. 4 P.z.p. Wykonawca wreszcie stwierdził, że skoro wraz z odpowiedzią na pytanie nr 36 zamawiający nie dokonał żadnych aktualizacji we wzorze oferty i arkuszu ofertowym, to wykonawcy mogli popaść w konfuzję, a zamawiający ze swoich uchybień uczynił źródło zarzutu stanowiącego jedną z rzekomych podstaw odrzucenia oferty odwołującego wykonawcy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 23 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. dotyczącego rzekomych uchybień, wskazanych w pkt 2, 3 i 5 zawiadomienia Zamawiającego, odwołujący wskazał, że kierując do wykonawcy pytania nr 22 i 23 zwrócił uwagę, że żądane zasilacze nie są kompatybilne z wymaganym zestawem. Wobec udzielonej mu odpowiedzi wykonawca zaoferował zestawy z w pełni kompatybilnymi zasilaczami oraz dodatkowo zasilacze, o które występował zamawiający. Wykonawca ponownie podniósł, że nie był upoważniony do zmiany treści w dokumentach wytworzonych przez zamawiającego, który nie wprowadził mimo postawionych pytań modyfikacji do arkusza ofertowego. Odwołujący wyjaśnił ponadto, że dołączył do odwołania oświadczenie producenta zestawów, że oferowane przez wykonawcę zestawy zawierają w sobie w pełni kompatybilne zasilacze oraz antenę Ranger wyposażoną w ramie na pasmo C z promiennikiem. Zamawiający w sytuacji powzięcia wątpliwości miał obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia oferty o stosowne oświadczenia lub wyjaśnień w trybie art. 23 ust. 4 P.z.p.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. dotyczącego uchybienia wykonawcy wskazanego w pkt 6 zawiadomienia, wykonawca przyznał, iż nie wpisał wyrażonej cyfrowo ilości, jaką oferuje w kolumnie ilość urządzeń w komplecie, jednak to uchybienie nie oznacza niezgodności jego oferty z zapisami S.I.W.Z. i opisem przedmiotu zamówienia, gdyż podlegało ono poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. Wykonawca argumentował, że nastąpiło to omyłkowo, a zamawiający nie powinien mieć wątpliwości co do ilości kompletów, bowiem wykonawca wskazując na ilość elementów składowych przedmiotowego modułu wskazał wszędzie 1. Tym samym zamawiający mógł samodzielnie uzupełnić ten brak, nie powodując istotnych zmian w treści oferty odwołującego. W przypadku ewentualnych wątpliwości winien był wezwać wykonawcę do wyjaśnień. Na zamawiającego ciąży obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a więc skorzystania ze wszelkich narzędzi, jakie przewiduje ustawa P.z.p. w celu wyjaśnienia i poprawienia treści oferty.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 P.z.p. odwołujący wykonawca wyjaśnił, iż wynika on wcześniej postawionych zarzutów. Zamawiający winien ze szczególną wagą podchodzić do dokonywanych przez siebie czynności, w szczególności prowadzić postępowanie z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz wynikającej z nich zasady przejrzystości. W świetle tej zasady winny być wykładane wszystkie przepisy Prawa zamówień publicznych.

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 P.z.p.), Odwołujący wskazał, że zamawiający oparł dokonaną przez siebie czynność na przekonaniu o niezgodności treści przedłożonej przez odwołującego oferty z S.I.W.Z.. Skoro co najmniej jedna z ofert (oferta odwołującego) spełnia wymagania zamawiającego i nie podlega odrzuceniu nie można unieważnić postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 P.z.p.

Na rozprawie, która odbyła się przez KIO odwołujący sprostował, iż we wszystkich miejscach odwołania, w których była mowa o art. 23 ust. 3 lub art. 23 ust. 4 P.z.p. winny być wskazane przepisy art. 26 ust. 3 lub 26 ust. 4 P.z.p.

Zamawiający Skarb Państwa - Jednostka Wojskowa nr 4724 w Krakowie złożył odpowiedź na odwołanie wykonawcy, wnosząc o jego oddalenie.

Ustosunkowując się do zarzutów związanych z wyszczególnionym w treści zawiadomienia uchybieniem wykonawcy w pkt 1 i 4, w pierwszej kolejności podniósł, iż wyraźnie wskazał w odpowiedzi na postawione przez wykonawcę pytania, że wymaga dla wskazanych modułów aktualizacji oprogramowania - poziom SP-1 na trzy lata. Ponadto zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia, S.I.W.Z., wzoru umowy oraz przedmiotu zamówienia (wraz z załącznikami). Równocześnie m.in. z tego powodu przedłużył termin składania ofert z 17 stycznia 2013 r. na 4 lutego 2013 r., jednak odwołujący nie pobrał ponownie tych poprawionych zastrzeżonych załączników. Zdaniem zamawiającego odwołujący w swojej ofercie nie zaoferował aktualizacji oprogramowania SP-1 dla terminala satelitarnego VSAT typu SLAVE oraz 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 3 lat. Według zamawiającego, ponieważ nie wymagał żadnych dodatkowych oświadczeń, nie było również podstaw do wzywania odwołującego do jakiegokolwiek 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.

Nadto, zamawiający argumentując stwierdzone w treści zawiadomienia w pkt 2, 3 i 5 uchybienia, stwierdził, że treść oferty odwołującego ewidentnie wskazuje na fakt uwzględnienia zmodyfikowanych zapisów specyfikacji w zakresie dotyczącym nadajników na pasmo Ku oraz C, wraz z wyposażeniem, przy czym odwołujący pomimo treści otrzymanej 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, Power Supply do RFT 5040. Z punktu widzenia zamawiającego, ponieważ zasilacze nie są kompatybilne z zamawianymi nadajnikami o tej mocy, mogą jedynie podnosić wartość zamówienia, a ich zaoferowanie jest niezgodne ze zmienioną treścią specyfikacji.

W zakresie zarzut dotyczącego zaniechania poprawienia oferty wykonawcy co do ilości urządzeń, jakie oferuje w komplecie, zamawiający wskazał, że nie może antycypować treści oferty, gdyż nie można uznać braku ilości (co miało miejsce w niniejszej sprawie) jako oczywistej omyłki pisarskiej. Ilość elementów składowych zawsze odnosi się do jednego kompletu i na tej podstawie nie jest możliwe, jak twierdzi wykonawca, ustalenie ilości zestawów.

Zamawiający podniósł również, że zawsze jest zobowiązany do dochowania należytej staranności i tak też było w niniejszej sprawie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, albowiem Zamawiający bezpodstawnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie unieważnił prowadzone postępowanie.

KIO wskazała, iż żadna 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 P.z.p. nie biorąc pod uwagę, że przepis ten wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. 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 P.z.p. Izba podkreśliła, 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 P.z.p. powstałe wątpliwości, a także dokonać poprawy omyłek w takim zakresie, w jakim umożliwia to art. 87 ust. 2 P.z.p. Gdyby zamawiający zastosował te instytucje przekonałby się, że nie może stwierdzić definitywnej niezgodności oferty Odwołującego z treścią s.i.w.z.

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

I tak, pierwsza sytuacja wyniknęła na tle pytania nr 36 o następującej treści: W opisie 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. Natomiast brak jest 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 wyjaśnił udzielając następującej odpowiedzi:

Dla przedmiotów wymienionych w pkt. 1.5 i pkt. 2.5 Zamawiający wymaga również SP-1 na 3 lata. Zamawiający 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 kpi. Oprócz tego, w dokumencie z tego dnia pn. Zmiany ogłoszenia, S.I.W.Z., Wzoru umowy oraz Opisu przedmiotu zamówienia (wraz z załącznikami) w postępowaniu nr ref. ZP/49/2012 na zakup i dostawę systemu VSAT- 5 kpi., w pkt III (dotyczącym zmian w zał. 1 do OPZ) i IV (dotyczącym zmian do 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 o C o mocy 200W 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. i nie dokonując jakichkolwiek zmian w treści zastrzeżonych załączników.

Trzecia 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 do pasma Ku i drugie ramię dla pasma C, montowane do anteny Zamienię /albo dla Ku albo 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, spoczywające w kancelarii tajnej Zamawiającego.

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 uległa zmianie

1 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 P.z.p., 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 P.z.p.

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 miało ustalenie charakteru tego dokumentu, tzn. czy stanowi on element treści oferty, czy też jedynie dokument składany na potwierdzenie 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 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. W ocenie Izby nie ulegało 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. Miało to o tyle istotne znaczenie, że ustawa P.z.p. wyraźnie rozgranicza przysługujące zamawiającemu środki prawne w odniesieniu do treści oferty od tych, które można zastosować w stosunku do dokumentów zażądanych na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 P.z.p. 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. 87 ust. 3 P.z.p. 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 P.z.p.), a w przypadku rozbieżności z treścią s.i.w.z. - poprawiana w granicach dopuszczonych przez art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Ponadto, ustawa Prawo zamówień publicznych rozróżnia wyjaśnianie treści oferty (instytucja uregulowana w art. 87 ust. 1 P.z.p.) od wyjaśnień dotyczących dokumentów składanych na zasadzie art. 25 ust. 1 P.z.p. (instytucja uregulowana w art. 26 ust. 4 P.z.p.).

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 poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. Jak wynika z 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 wypadku 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 przeoczoną przez Odwołującego, który złożył ofertę na formularzu załącznika nr 2 w pierwotnym brzmieniu, działając w błędnym przekonaniu, że złożenie odrębnego oświadczenia co do oferowanej aktualizacji oprogramowania modemów z pkt 1.5 i 2.5 nie jest wymagane. 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 P.z.p. 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 wskazała, że co 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 ten sam sposób, w jaki dokonał tego uprzednio zamawiający w przypadku oryginalnych załączników przechowywanych w kancelarii tajnej. Taka zmiana nie stanowi istotnej zmiany treści złożonej oferty, w szczególności w ogóle nie powoduje zmiany jej ceny.

Wobec konieczności dokonania poprawienia dwóch omyłek w powyżej opisanej sytuacji, izba uznała za celowe nakazanie Zamawiającemu poprawienie w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 P.z.p. 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, co powinno usunąć jakąkolwiek niepewność zamawiającego w tym zakresie. Jednocześnie KIO podkreśliła, że w tej sytuacji również można by się zastanawiać, czy nie byłoby wystarczające udzielenie przez odwołującego wyjaśnień, że w ramach swojej oferty uwzględnił również i ten element. W tym przypadku w opisie przedmiotu zamówienia pojawiła się także nieścisłość, gdyż w ramach wyposażenia anteny Ranger z trzeciego typu zestawu satelitarnego wyszczególniono tylko ramię na pasmo Ku, podczas gdy przy analogicznej antenie z drugiego zestawu wyszczególniono w oddzielnych wierszach oba typy ramion. W ślad za wyjaśnieniami zamieszczonymi w odpowiedzi na pytanie wykonawcy, Zamawiający nie poinformował o wprowadzeniu jakichkolwiek zmian w treści pkt 3.1. załączników nr 1 i 2 do opisu przedmiotu zamówienia, jak również sam takiej zmiany nie naniósł na oryginałach dokumentów przechowywanych w kancelarii tajnej. Natomiast poprzestając na udzieleniu samych wyjaśnień Zamawiający spowodował możliwość różnorodnej 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. W treści odpowiedzi Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób wykonawcy mają uzewnętrznzić, że oferują oba ramiona. Okoliczność, że do oferty załączone zostały certyfikaty zgodności dla Ranger 1500, odrębne dla ramienia na pasmo Ku oraz dla ramienia na pasmo C, powinna była skłonić zamawiającego do co najmniej skorzystania z możliwości wyjaśnień treści oferty.

KIO wyjaśniła dalej, że w trzeciej z zarysowanych sytuacji Zamawiający w ogóle nie miał podstaw do przyjęcia, że odwołujący złożył ofertę niezgodną z treścią s.i.w.z. Zamawiający bowiem nie poinformował o wprowadzeniu jakichkolwiek zmian w pkt 2.2. i 2.3. załączników nr 1 i 2 do opisu przedmiotu zamówienia, za to bezpodstawnie wywodzi, że z odpowiedzi z 10 stycznia 2013 r. wynika rezygnacja z zamawiania w ramach zestawów Rx i Tx zasilaczy FPS 5000 AC/DC. Poinformował bowiem jedynie, jakiej mocy odbiorniki na jakie pasmo należy zaoferować, enigmatycznie dodając, że wraz niezbędnym wyposażeniem, w tym elementami zasilającym. Oferta odwołującego obejmuje natomiast każdą z pozycji wyposażenia wymienionych w pkt 2.2. i 2.3., w tym zasilacze FPS.

W ocenie Izby rozstrzygnięcie sporu co do możliwości poprawienia braku wypełnienia przez odwołującego w pkt 3.5 Moduł MODEM kolumny nazwanej ilość w komplecie jest oczywiste i może być tylko jedno - należy tam wpisać liczbę „1”. KIO wskazała m.in., iż liczba poszczególnych zestawów wynika już z samej nazwy zamówienia, który ma dotyczyć 5 kompletów zestawów, w tym jednego kompletu zestawu pierwszego typu, dwóch kompletów zestawu drugiego typu i również dwóch kompletów zestawów trzeciego, a ponadto liczby zamawianych kompletów znalazły odzwierciedlenie w dwóch kolumnach formularza cenowego.

Potwierdzenie się zarzutu bezpodstawności odrzucenia oferty Odwołującego przesądziło o zasadności zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 P.z.p., gdyż nie została wypełniona przesłanka braku złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Izba nie dopatrzyła się odrębności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 P.z.p., stwierdzone uchybienia Zamawiającego wyczerpują treść innych zarzutów. W szczególności, w odwołaniu nie wskazano żadnych okoliczności wskazujących na to, że Zamawiający traktował Odwołującego w sposób odmienny niż drugiego wykonawcy uczestniczącego w

postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego KIO orzekła stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 P.z.p. w zw. z art. § 2 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pktl 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.

Skargę na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej złożył Zamawiający, zaskarżając go w całości. Przeciwnie orzeczeniu podniósł zarzut naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a to:

1. art. 192 ust. 2 poprzez uwzględnienie odwołania w wyniku stwierdzenia

naruszenia przepisów ww. ustawy przez Zamawiającego, tj. art. 89 ust 1 pkt 2 P.z.p. w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p., do naruszenia których nie doszło;

2. art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i uznanie, że

Zamawiający ma obowiązek dokonania poprawienia oferty jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepo wdujących istotnej zmiany oferty - dotyczących braku dopisania wiersza Aktualizacja oprogramowania - poziom SP-1 na 3 lata w punktach 1.5 i 2.5 Modem TDMA, podczas gdy niezgodność ta jest istotna i nie powinna podlegać co do zasady poprawie, jako nie będąca wyjątkiem od reguły z art. 87 ust. 1 P.z.p.

W uzasadnieniu postawionych zarzutów Zamawiający wskazał, że zaskarżone rozstrzygnięcie wykracza poza linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej oraz poza intencje ustawodawcy przy wprowadzaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. Wskazując na stanowisko jednego z komentatorów ustawy, zamawiający podkreślił, że ustawodawca, wprowadzając ten budzący wątpliwości interpretacyjne przepis, miał przede wszystkim na celu umożliwienie poprawienia tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Zamawiający podniósł, że nie wie, na jakiej podstawie Krajowa Izba odwoławcza w niniejszej sprawie uznała, iż dokonując poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. oferty Odwołującego nie będzie to stanowiło istotnej zmiany treści złożonej oferty. Wskazał na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2009 r. (KIO/UZP 11/09), w którym Izba stanęła na stanowisku, iż omyłki, o których mowa w przedmiotowym przepisie winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. W niniejszej sprawie, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający powinien nie tylko poprawić ofertę i dopisać ofertę aktualizacji oprogramowania dla modemów z pkt 1.5 i 2.5 specyfikacji technicznej, ale również dopisać dodatkowo, iż oferta obejmuje aktualizacje na 3 lata. Zdaniem skarżącego, takie stanowisko jest sprzeczne z przedstawionym orzeczeniem innego składu KIO. W innym orzeczeniu Izba wyraźnie wskazała, jakie omyłki nadają się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pke 3 P.z.p. (wyrok z 30 maja 2011 r. KIO 1066/11) podając, że: „(...) pojęcie „innej omyłki) nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzania oferty, pominięcia lub pomylenia określonych wyrażen czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty z s.i.w.z. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Za omyłki nienadające się do poprawienia w trybie art. 87 ust. w pkt 3 PrawZamPubl traktowane są przykładowo: brak pozycji kosztorysowej, brak podania ceny jednostkowej, zaoferowanie czy taka zmiana opisu, która dla ustalenia omyłki wymaga złożenia nowego oświadczenia woli składającego ofertę". Zamawiający, zwrócił następnie uwagę, iż wyrażona w art. 87 ust. 1 P.z.p. zasada generalna, że niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty, pomimo istnienia wyjątków przewidzianych w ust. 1a i 2 tego artykułu, nie może podlegać takiej interpretacji poprzez wyjątki, że przestaje w ogóle obowiązywać. Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku uznała, iż jest to klasyczny przykład na zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p., jednakże dokładna analiza oferty oraz kolejne czynności, jakie musi wykonać zamawiający, aby oferta była zgodna z s.i.w.z. wskazują, że brak jest zaoferowania aktualizacji, a

zamawiający poprawiając ofertę musi dopisać nie tylko ofertę aktualizacji, ale również okres, na który aktualizacja będzie zapewniona, co prowadzi do istotnej zmiany treści oferty poprzez wkraczanie przez Zamawiającego w sferę woli wykonawcy i nie jest również zgodne z intencją ustawodawcy.

Opierając się na powyższych zarzutach Zamawiający wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania wykonawcy wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2013 r. oraz o zasądzenie od wykonawcy na rzecz Skarbu Państwa - Jednostki Wojskowej nr 4724 w Krakowie kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł oraz kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 7.200 zł.

Wykonawca w złożonej odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie w całości jako oczywiście bezzasadnej w oparciu o art. 198 fust. 2 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zasądzenie od skarżącego na rzecz uczestnika kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Wskazał m.in., że skarżący nie przedstawił żadnych argumentów przemawiających przeciwko możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 w sytuacji zaistniałej w postępowaniu. Zaskarżony wyrok nie stoi w sprzeczności z dotychczasowym orzecznictwem Izby oraz poglądami doktryny. Intencją wprowadzenia tego przepisu było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie P.z.p., a czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny. KIO dopuściła w jednym z wyroków możliwość modyfikowania treści oferty odnoszących się do essentialia negotii. Pominięcie zapisu o aktualizacji oprogramowania nie było niczym innym jak przypadkowym przeoczeniem, do którego przyczyniła się modyfikacja Załącznika nr 1. Zamawiający bez trudu zidentyfikował brakujący element specyfikacji technicznej oferty wykonawcy i nie mógł mieć także wątpliwości, w jaki sposób dokonać w tym zakresie poprawienia. Zmiana taka nie stanowiła istotnej zmiany treści oferty, nie miała wpływu na jej cenę, a moderny miały zagwarantowaną aktualizację. Stwierdził wreszcie, że skarżący nie udowodnił swoich twierdzeń i zarzutów, zatem skarga winna zostać oddalona.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga Zamawiającego nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Odwoławczy podziela przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści złożonej przez „TTcomm” S.A. w Warszawie oferty, polegająca na braku wyszczególnienia w jej treści pozycji aktualizacji oprogramowania modemów określonych w pkt 1.5 i 2.5 arkusza ofertowego (specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu), z opisem przedmiotu zamówienia i dokumentami stanowiącymi załączniki tego opisu (będących częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia), stanowiła omyłkę, inną niż oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa, niepo wodującą istotnych zmian treści oferty, która w związku z tym winna zostać przez Zamawiającego poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p.

Ocena spełnienia przesłanek do skorygowania przez Zamawiającego otrzymanej oferty wykonawcy, przewidzianych we wskazanym przepisie, ze względu na ich ogólny, niedookreślony charakter musi być dokonywana z uwzględnieniem konkretnych okoliczności danej sprawy. Ich stwierdzenie, ewentualnie poprzedzone wystąpieniem w trybie art. 87 ust. 1 P.z.p. do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w przypadku wątpliwości Zamawiającego co do treści złożonej oferty, obliguje Zamawiającego do skorygowania stwierdzonej omyłki i wyłącza możliwość odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p.

W realiach niniejszej sprawy należy stwierdzić, iż zakwalifikowanie stwierdzonej przez Zamawiającego niezgodności oferty z s.i.w.z. jako nieistotnej omyłki, jest uzasadnione po pierwsze, okolicznościami, w jakich doszło do powstania rozbieżności między treścią przygotowanej przez Wykonawcę oferty, a stanowiącej jej wzór załącznikami do s.i.w.z., a po drugie, samą treścią oferty złożonej przez Wykonawcę, determinowaną zresztą

przygotowanymi przez Zamawiającego wzorami.

Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo podkreśliła, iż wprowadzenie w pkt 1.5. i 2.5. załączników nr 1 i 2 do przedmiotu opisu zamówienia adnotacji o zapewnieniu trzyletniej aktualizacji oprogramowania SP-1 wyszczególnionych w tych punktach modemów było skutkiem skierowania do Zamawiającego pytania wykonawcy (innego niż odwołujący), który dostrzegł niekonsekwencję Zamawiającego, polegającą na postawieniu składanym ofertom takiego wymagania w stosunku do innego modemu objętego treścią opisu przedmiotu zamówienia, a jego pominięciu w przypadku modemów ze wskazanych punktów. Ponieważ Zamawiający wymaganie zapewnienia aktualizacji oprogramowania wskazanych w postawionym pytaniu urządzeń potwierdził w odpowiedzi przekazanej zbiorczo z wyjaśnieniami innych zagadnień przedstawionych przez stających do przetargu wykonawców, należy stwierdzić, iż odwołujący się Wykonawca miał świadomość istnienia takiego wymagania, jako części składowej świadczenia będącego przedmiotem zamówienia. Wskutek własnego przeoczenia Wykonawca ten nie był natomiast świadomy faktu równoczesnej zmiany arkusza ofertowego polegającego m.in. na wyraźnym wprowadzeniu zastrzeżenia takiego świadczenia do szczegółowego opisu urządzeń, i w konsekwencji złożoną przez siebie ofertę sporządził na wcześniejszej wersji arkusza, nie zawierającego w pkt 1.5. i 2.5. adnotacji o aktualizacji oprogramowania. Zamawiający, uwzględniając zatem fakt, iż wskazane zapisy zostały wprowadzone dopiero w toku postępowania przetargowego i, co szczególnie istotne, Wykonawca nie pobrał z kancelarii tajnej Zamawiającego wzorów formularzy ofertowych w wersji zmienionej, stwierdzoną następnie rozbieżność między ostateczną s.i.w.z. a ofertą przedłożoną przez Wykonawcę według pierwotnego wzoru, winien był rozważać w kategorii omyłki Wykonawcy, a ewentualne wątpliwości rozwiązać poprzez wezwanie Wykonawcy do wyjaśnień.

Stwierdzenie, iż błędne było z góry przypisywanie wykonawcy zamiaru zaoferowania świadczenia, z którego zakresu wyłączone była aktualizacja oprogramowania wskazanych w pkt. 1.5 i 2.5 modemów, znajduje dodatkowe uzasadnienie w treści oferty przedłożonej przez Wykonawcę. Trudno bowiem dojść do odmiennego wniosku racjonalnie oceniając sytuację, w której z jednej strony w ofercie zabrakło dodanych w toku postępowania zapisów o aktualizacji modemów z pkt 1.5 i 2.5, a równocześnie znajdował się zapis dotyczący trzyletniej aktualizacji analogicznego modemu wskazanego w innym miejscu załącznika do opisu przedmiotu zamówienia (w pkt 3.5), który znajdował się w również w pierwotnej wersji tego arkusza. Zobowiązanie się do zapewnienia aktualizacji dla trzeciego modemu objętego opisem przedmiotu zamówienia wskazywało jednoznacznie, iż Wykonawca dysponuje możliwościami zapewnienia zamawiającemu tego typu wsparcia, zaś zaniechanie zaoferowania takiej usługi co do dwóch pozostałych modemów w sposób oczywisty narażało na niebezpieczeństwo stwierdzenia niezgodności złożonej oferty. Krajowa Izba Odwoławcza trafnie argumentowała, iż z doświadczenia życiowego wynika, że wykonawcy poważnie traktują udział w przetargach publicznych, dążąc do uzyskania zamówienia. Wynika to chociażby z faktu kosztowności sporządzenia takiej oferty.

W ocenie Sąd Okręgowy okoliczność, iż treścią złożonej przez Wykonawcę oferty było również zapewnienie aktualizacji oprogramowania na poziomie SP-1 przez okres trzech lat dla modemów wskazanych w pkt 1.5 i 2.5 arkusza ofertowego (specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu) wynika z dalszych pozycji tego arkusza, a mianowicie z jego pkt 4.1 oraz analogicznego punktu zawartego w załączniku nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia (pn. Przedmiot zamówienia - wykaz ukończenia). W treści tych punktów, zamieszczono zapis o aktualizacji oprogramowania posiadanych stacji na okres 3 lat (liczony od dnia realizacji dostawy do zamawiającego) dla systemu złożonego z wyszczególnionych tam elementów, wśród których znalazły się m.in. modemy o typie tożsamym z modemami wyszczególnionymi we wcześniejszych pkt 1.5 i 2.5. Zapewnienie w ofercie Wykonawcy zarówno aktualizacji oprogramowania na poziomie Sp-1 przez okres 3 lat modemu wskazanego w punkcie 3.5, jak i wszystkich modemów posiadanych przez Zamawiającego, świadczy bez jakichkolwiek wątpliwości, iż pominięcie zapisów dotyczących aktualizacji oprogramowania dla modemów wskazanych w pkt 1.5 i 2.5 nastąpiło jedynie na skutek oczywistej omyłki, zaś oferta Wykonawcy w rzeczywistości zawierała zapewnienie aktualizacji wszystkich modemów TDMA IDU 2570 i IDU 7000 Zamawiającego i to przez okres 3 lat. Dokonanie nakazanego zaskarżonym wyrokiem poprawienia oferty Wykonawcy nie prowadzi zatem, jak to zarzuca Zamawiający, do istotnej zmiany oferty.

Podkreślić należy, iż Wykonawca w toku postępowania odwoławczego zaoferował dowód w postaci oświadczenia producenta sprzętu wchodzącego w skład zamawianego systemu dotyczącego zagwarantowania aktualizacji oprogramowania SP-1 na okres 3 lat modemu wskazanego w pkt 1.5 i 2.5. arkusza ofertowego, co potwierdza dodatkowo, iż oferta obejmować miała aktualizację wszystkich modemów. Wobec powyższego, nie ma żadnych wątpliwości, iż poprawienie stwierdzonej w ofercie omyłki nie miało żadnego wpływu na cenę wykonania zamówienia, którego dotyczył przetarg.

Z tej też przyczyny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy bez znaczenia pozostawała wartość takiego świadczenia, która była w okolicznościach niniejszej sprawy irrelevantna dla

możliwości zakwalifikowania omyłki wykonawcy jako istotnie bądź nieistotnie zmieniającej treść jego oferty. Wniosek dowodowy na okoliczność wartości aktualizacji podlegał zatem oddaleniu.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy oddalił wniesioną skargę jako bezzasadną, działając na podstawie art. 198fust. 2 zd. 1 P.z.p.

O kosztach postępowania sądowego Sąd Okręgowy rozstrzygnął na podstawie art. 198fust. 5 P.z.p., zgodnie z którym strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku, zaś sąd określając wysokość kosztów ma również uwzględnić koszty poniesione przez strony w związku z odwołaniem. Ponieważ niniejsza sprawa została rozstrzygnięta na korzyść wykonawcy, który wcześniej wygrał również postępowanie odwoławcze, za które przyznano mu już zwrot kosztów zaskarżonym wyrokiem KIO, należało na jego rzecz zasądzić od strony przeciwnej Skarbu Państwa - Jednostki Wojskowej nr 4724 w Krakowie kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania sądowego, stanowiącą równowartość wynagrodzenia pełnomocnika będącego radcą prawnym, ustalonego w stawce minimalnej na podstawie § 12 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 490).

Na oryginale właściwe podpisy

Zgodność z oryginałem stwierdza

Agnieszka Zapolska
Protokolant sądowy