

Sygn. akt: KIO 1586/18
KIO 1602/18
KIO 1603/18

WYROK
z dnia 3 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Członkowie: Ewa Sikorska
Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 29 i 30 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 9 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Siltec Sp. z o.o.** z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 12 (05-800 Pruszków) oraz **Integrated Microwave Technology Limited** z siedzibą w Colchester (Waterside House Earls Colne Business Park Colchester, CO6 2NS – Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej) – sygn. akt KIO 1586/18;
- B. w dniu 10 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Leonardo S.p.A.** z siedzibą w Rzymie przy Piazza Monte Grappa n. 4 (00195 Rzym – Republika Włosa), **Enamor Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdyni przy ul. Inżynierskiej 1 (81-512 Gdynia) oraz **Telespazio S.p.A.** z siedzibą w Rzymie przy Via Triburtina 965 (00156 Rzym – Republika Włosa) – sygn. akt KIO 1602/18;
- C. w dniu 10 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Żytniej 15 lok. 22 (01-014 Warszawa) oraz **Tampa Microwave LLC** z siedzibą w Saint Petersburg przy 11200 Dr Martin Luther King Jr. St. N. Suite 103 (Floryda 33716 – Stany Zjednoczone Ameryki) – sygn. akt KIO 1603/18

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia** z siedzibą w Warszawie przy ul. Królewskiej 1/7 (00-909 Warszawa),

przy udziale:

- A. wykonawcy **TTcomm S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Bagno 2 lok. 169 (00-112 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 1586/18, KIO 1602/18 i KIO 1603/18;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Leonardo S.p.A.** z siedzibą w Rzymie przy Piazza Monte Grappa n. 4 (00195 Rzym – Republika Włoska), **Enamor Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdyni przy ul. Inżynierskiej 1 (81-512 Gdynia) oraz **Telespazio S.p.A** z siedzibą w Rzymie przy Via Triburtina 965 (00156 Rzym – Republika Włoska), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1586/18;
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Siltec Sp. z o.o.** z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 12 (05-800 Pruszków) oraz **Integrated Microwave Technology Limited** z siedzibą w Colchester (Waterside House Earls Colne Business Park Colchester, CO6 2NS – Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 1602/18 i 1603/18

orzeka:

- 1. Oddala odwołania we wszystkich trzech sprawach;
- 2. Kosztami postępowania obciąża:
 - A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Siltec Sp. z o.o.** z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 12 (05-800 Pruszków) oraz **Integrated Microwave Technology Limited** z siedzibą w Colchester (Waterside House Earls Colne Business Park Colchester, CO6 2NS – Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej) – sygn. akt KIO 1586/18;
 - B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Leonardo S.p.A.** z siedzibą w Rzymie przy Piazza Monte Grappa n. 4 (00195 Rzym – Republika Włoska), **Enamor Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdyni przy ul. Inżynierskiej 1 (81-512 Gdynia) oraz **Telespazio S.p.A.** z siedzibą w Rzymie przy Via Triburtina 965 (00156 Rzym – Republika Włoska) – sygn. akt KIO 1602/18;

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Żytniej 15 lok. 22 (01-014 Warszawa) oraz **Tampa Microwave LLC** z siedzibą w Saint Petersburg przy 11200 Dr Martin Luther King Jr. St. N. Suite 103 (Floryda 33716 – Stany Zjednoczone Ameryki) – sygn. akt KIO 1603/18;

i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45.000,00 zł (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną łącznie przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Siltec Sp. z o.o.** z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 12 (05-800 Pruszków) oraz **Integrated Microwave Technology Limited** z siedzibą w Colchester (Waterside House Earls Colne Business Park Colchester, CO6 2NS – Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej) – sygn. akt KIO 1586/18;

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Leonardo S.p.A.** z siedzibą w Rzymie przy Piazza Monte Grappa n. 4 (00195 Rzym – Republika Włoska), **Enamor Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdyni przy ul. Inżynierskiej 1 (81-512 Gdynia) oraz **Telespazio S.p.A.** z siedzibą w Rzymie przy Via Triburtina 965 (00156 Rzym – Republika Włoska) – sygn. akt KIO 1602/18;

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Żytniej 15 lok. 22 (01-014 Warszawa) oraz **Tampa Microwave LLC** z siedzibą w Saint Petersburg przy 11200 Dr Martin Luther King Jr. St. N. Suite 103 (Floryda 33716 – Stany Zjednoczone Ameryki) – sygn. akt KIO 1603/18;

tytułem wpisów od złożonych odwołań (każdy z Odwołujących uiścił wpis w wysokości 15 000 złotych – słownie: piętnaście tysięcy złotych).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1586/18
KIO 1602/18
KIO 1603/18

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę terminala satelitarnego SHF szczelbla taktycznego, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2016 r. pod nr 2016/S 042-069357. Postępowanie to nie zostało zakończone przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o *zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U z 2016 r. poz. 1020), a zatem - stosownie do treści art. 16 ust. 1 ww. ustawy wyrażającego normę intertemporalną - do toczącego się postępowania oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tego postępowania należy stosować przepisy sprzed nowelizacji, tj. ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych*, której tekst jednolity został opublikowany w 2015 r., pod pozycją 2164 ze zmianami, zwaną dalej: „Pzp”.

Ponadto postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem, w oparciu o przepisy ujęte w dziale III, rozdziale 4a Pzp, tj. w oparciu o przepisy dedykowane zamówieniom w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 31 lipca 2018 r. zamawiający opublikował informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty jednego z wykonawców biorących udział w tym postępowaniu.

Sygn. akt KIO 1586/18

W dniu 9 sierpnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Siltec Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz Integrated Microwave Technology Limited z siedzibą w Colchester (zwani dalej: „odwołującym” lub „Konsorcjum Siltec”) wnieśli odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- a) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy - TTcomm S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „TTcomm”), pomimo tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ, a co najmniej mogące mieć wpływ na wynik postępowania;

- b) zaniechania odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez TTcomm, pomimo tego, że: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419) - dalej jako: „UZNK”;
- c) zaniechania odtajnienia części oferty TTcomm oraz treści wyjaśnień złożonych przez TTcomm w zakresie określonym w odwołaniu;
- d) wyboru oferty TTcomm jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez niego;
- e) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Leonardo S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Enamor Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni oraz Telespazio S.p.A. z siedzibą w Rzymie (zwanymi dalej jako: „Konsorcjum Enamor”) - ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ także z przyczyn innych niż te, które wskazuje zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia TTcomm z postępowania oraz odrzucenia jego oferty pomimo tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ, a co najmniej mogące mieć wpływ na wynik postępowania;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TTcomm pomimo jej niezgodności z SIWZ oraz oferty Konsorcjum Enamor ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ także z innych przyczyn niż te, które wskazał zamawiający;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 i art. 14 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TTcomm pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów UZNK;
4. art. 8 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK, poprzez zaniechanie odtajnienia części oferty TTcomm oraz wyjaśnień złożonych przez TTcomm w zakresie wskazanym w odwołaniu pomimo tego, że nie spełniają one przesłanek niezbędnych dla zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
5. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty TTcomm jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w postępowaniu za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez odwołującego;

6. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie odwołania przez Izbę, a także uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wyboru oferty TTcomm jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2) odtajnienie części oferty TTcomm oraz wyjaśnień złożonych przez TTcomm w zakresie określonym w odwołaniu;
- 3) wykluczenie TTcomm z postępowania oraz odrzucenie jego oferty;
- 4) odrzucenie oferty Konsorcjum Enamor;
- 5) wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Dodatkowo wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ był wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, a oferta ta została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert. Jednocześnie wykonawca, który został sklasyfikowany na pierwszym miejscu tj. TTcomm podlega wykluczeniu, zaś jego oferta odrzuceniu, a zatem w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta o stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Jednocześnie wyjaśnił, że jego interes we wniesieniu odwołania w zakresie dotyczącym nieprawidłowości w ofercie Konsorcjum Enamor polega na tym, że w przypadku, gdy Konsorcjum Enamor skutecznie zakwestionuje czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty spowoduje to „przywrócenie” Konsorcjum Enamor do postępowania, zaś złożona przez niego oferta „wyprzedzi” jego ofertę w rankingu ofert oraz zostanie ona uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu. Z tego względu w odwołaniu wskazał na dodatkowe okoliczności, które - obok okoliczności wskazanych przez zamawiającego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 31 lipca 2018 r. - przesądzają o konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum Enamor, zwiększając tym samym szanse na uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Nieuwzględnienie odwołania pozbawi go natomiast możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, czego skutkiem będzie poniesienie przez niego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując zamówienie. Powyższe okoliczności jego zdaniem wyczerpały przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp warunkujące dopuszczalność wniesienia odwołania.

[zarzut nr 1 - złożenie przez TTcomm nieprawdziwych informacji wpływających na wynik postępowania]

W pierwszej kolejności odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie polegające na niewykluczeniu wykonawcy TTcomm z postępowania pomimo tego, że wykonawca ten przedstawił nieprawdziwe informacje mające wpływ, a co najmniej mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający naruszył tym samym art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Jego zdaniem nieprawdziwe informacje podane w ofercie TTcomm obejmowały:

- a) prędkość transmisji w paśmie Ku oraz moc EIRP (pkt 2.2.b. oraz pkt 2.3. tiret drugi Formularza oferty, str. 2 oferty TTcomm);
- b) wskazywanie podwykonawcy TTcomm, tj. GISS Sp. z o.o. (dalej zwanego jako: „GISS”) jako producenta komponentów wchodzących w skład oferowanego terminala („Opis oferowanego terminala i wyposażenia” - Załącznik nr 2 do Formularza oferty);
- c) zaoferowanie terminala Satpack, typ Cobalt, Model 18/1 jako *„terminala fabrycznie nowego, nieużywanego, bez braków i uszkodzeń, pochodzącego z bieżącej produkcji”* (wymóg z pkt III.10 SIWZ), podczas gdy terminal ten na dzień złożenia oferty przez TTcomm w rzeczywistości nie został skonstruowany i ma wyłącznie prototypowy charakter.

Odwołujący stwierdził przy tym, iż wskazane powyżej informacje zawarte w ofercie TTcomm są: (i) nieprawdziwe, (ii) ich złożenie stanowiło poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały, a co najmniej mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, (iii) TTcomm działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd.

W zakresie prędkości transmisji w paśmie Ku oraz mocy EIRP odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w pkt IX.4.2.b) SIWZ określił wymaganie w postaci prędkości transmisji z terminala w paśmie Ku, za które przyznał wykonawcom dodatkowe punkty. W wersji 3.0 Wstępnych Założeń Taktyczno-Technicznych stanowiących załącznik nr 1 do SIWZ (zwanymi dalej: „WZTT”) zostały doprecyzowane w stosunku do poprzednich wersji WZTT (1.0 i 2.0) warunki pomiaru prędkości transmisji. Wymagania w tym zakresie zostały powtórzone w finalnej wersji WZTT - tj. wersji 4.0. Jednocześnie zamawiający w pkt IX.4.3.b) SIWZ określił wymagania dotyczące poziomu mocy EIRP w paśmie Ku, za które również przyznał wykonawcom dodatkowe punkty w ramach kryteriów oceny ofert. Ze względu na istotne doprecyzowanie wymagań w tym obszarze przez zamawiającego (dokładne określenie anteny odbiorczej, trybu pracy, lokalizacji anten) na etapie złożenia oferty, jedynym skutecznym i obiektywnym sposobem zbadania prędkości było wykonanie analizy łącza satelitarne (*Link Budget*) na wskazanym przez zamawiającego satelicie -

Eutelsat-21B. Zauważył bowiem, że zamawiający nie wymagał przeprowadzenia testów przed złożeniem oferty. Jednocześnie najbardziej adekwatnym i wskazanym sposobem opracowania *Link Budgetu*, było wykonanie obliczeń przez operatora satelitarnego, który posiada pełne i aktualne dane nt. parametrów satelity oraz określonej mocy EIRP. Na potrzeby złożenia swojej oferty Konsorcjum Siltec zwróciło się do firmy wskazanej przez zamawiającego tj. Eutelsat - operatora satelity Eutelsat-21B - i uzyskało dane, wg. których prędkość transmisji z terminala wynosi 1024 kb/s przy mocy promieniowania wynoszącej 49,07 dBW (przy maksymalnej mocy EIRP wskazanej w ofercie Konsorcjum Siltec wynoszącej 49,4 dBW). Tymczasem w ofercie TTcomm została wskazana bardzo wysoka prędkość transmisji - 3100 kb/s, przy mocy EIRP zaoferowanej w formularzu ofertowym w wysokości 50,4 dBW. Stwierdził, że zgodnie z zasadami pracy systemów satelitarnych prędkość transmisji z terminala jest praktycznie liniowo zależna od mocy EIRP (w przypadku zastosowania tego samego satelity, anteny odbiorczej, lokalizacji stacji, podobnej technologii modemowej, modulacji i korekcji błędów - co zresztą podkreśla sam zamawiający w wezwaniu TTcomm do wyjaśnień z dnia 20 czerwca 2018 r.). Zamawiający określił w WZTT satelitę, antenę odbiorczą i lokalizację stacji (terminala i stacji odbiorczej). Wobec tego, w ofertach powinna występować praktycznie liniowa zależność pomiędzy EIRP, a osiąganą prędkością transmisji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w ofertach uczestników postępowania, którzy przedłożyli *Link Budget* ujęto następujące wartości EIRP i osiągniętych prędkości w paśmie Ku:

WYKONAWCA	MOC EIRP W PAŚMIE KU (PKT 2.3 TIRET DRUGI FORMULARZA OFERTY)	PRĘDKOŚĆ TRANSMISJI DANYCH W PAŚMIE KU (PKT 2.2.b. FORMULARZA OFERTY)
Konsorcjum Siltec	49.4 dBW	1024 kb/s
Konsorcjum KenBIT	52.2 dBW	2189 kb/s
TTcomm	50.4 dBW	3100 kb/s

Z powyższych informacji odwołujący wysnuł następujące wnioski:

- wyliczenia Konsorcjum Siltec oraz konsorcjum KenBIT są zgodne z zasadą określoną powyżej, iż prędkość transmisji z terminala jest praktycznie liniowo zależna od mocy EIRP (wzrost EIRP w ofercie Konsorcjum KenBIT o blisko 3 dBW skutkuje w przybliżeniu dwukrotnym wzrostem prędkości transmisji w stosunku do oferty Konsorcjum Siltec);
- TTcomm podał znacznie wyższą prędkość (o prawie 1000 kb/s) od prędkości wskazanej

w ofercie Konsorcjum KenBIT, przy zdecydowanie mniejszej wartości EIRP.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący uznał, iż TTcomm podał nieprawdziwe wartości EIRP (50,4 dBW) albo prędkości transmisji danych (3100 kb/s.).

Następnie odwołujący podkreślił, iż zarówno moc EIRP jak i prędkość transmisji w paśmie Ku są wymaganiami punktowanymi w kryteriach oceny ofert (pkt IX.4.2 i IX.4.3 SIWZ). Zatem zaoferowanie wyższej mocy EIRP oraz prędkości transmisji, która według odwołującego niż jest możliwa do osiągnięcia w realnych warunkach eksploatacyjnych, skutkuje również wyższą oceną oferty w stosunku do ofert innych wykonawców, którzy zastosowali najbardziej adekwatne wyliczenia uzyskane od operatora satelity Eutelsat. Nadto odwołujący zaznaczył, iż *Link Budget* zawierający informacje i wyliczenia dotyczące mocy EIRP oraz prędkości transmisji danych, jak również wyjaśnienia, które TTcomm skierował w tym zakresie do zamawiającego w dniu 26 czerwca 2018 r., zostały bezpodstawnie w jego ocenie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa TTcomm, co zostało omówione szerzej w dalszej części odwołania. Tym samym odwołujący został pozbawiony możliwości wglądu do ww. dokumentów, co umożliwiłoby mu jednoznaczne potwierdzenie stawianych powyżej zarzutów.

W dalszej kolejności odwołujący podkreślił, iż wykonanie *Link Budget* służy potwierdzeniu oferowanych przez wykonawcę parametrów terminala i utwierdzeniu zamawiającego w przekonaniu, że zostały one poprawnie zadeklarowane w ofercie, na podstawie stosownych dla oferowanego zestawu terminala obliczeń. W tym znaczeniu manipulacja wartością poziomu mocy EIRP zestawu terminala - w formularzu ofertowym TTcomm zadeklarował EIRP=50.4 dBW zaś w obliczeniach *Link Budget* przyjęto EIRP=52,24 dBW - jest ewidentnym wprowadzaniem zamawiającego w błąd, poprzez zawyżenie jego wartości dla obliczeń. Powyższa manipulacja wpływa również na ocenę oferty, związaną z kryterium deklarowanej przez wykonawcę w formularzu ofertowym szybkości transmisji *uplink* (oferowana 3100 kb/s) terminala, liniowo zależnej od wzrostu EIRP i niemożliwej do osiągnięcia w realnych warunkach eksploatacji zestawu terminala dla poziomu mocy EIRP=50.4 dBW. Według odwołującego, w powyższym zakresie, TTcomm działał intencjonalnie (umyślnie), podając celowo i świadomie nieprawdziwe informacje zmierzające do powstania szkodliwych skutków po stronie zamawiającego (zamawiający nabędzie terminal, który nie posiada deklarowanych przez TTcomm parametrów w rzeczywistych warunkach eksploatacyjnych) oraz wpłynięcia na wynik postępowania (uzyskanie dodatkowych punktów).

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, iż TTcomm podał nieprawdziwe informacje w „Opisie oferowanego terminala i wyposażenia”, stanowiącym Załącznik nr 2 do Formularza oferty. Dotyczą one m.in. nazwy, typu, modelu:

a. zespołu anteny wyspecyfikowanej anteny (pkt 1.1),

- b. systemu radiowego (pkt 1.2),
- c. Modemu MF-TDMA z odbiornikiem DVB-S2 Terminala (pkt 1.4),
- d. Modemu SCPC z odbiornikiem DVB-S2 Terminala (pkt 1.5),
- e. elementu toru radiowego dla pasma X (pkt 2),
- f. testera akumulatorów i analizatora widma (pkt 8) - (w tym kontekście odwołujący zwrócił uwagę, iż w wyjaśnieniach TTcomm z dnia 14 czerwca 2018 r. pojawia się analizator R&S typ FSH20 model 30). TTcomm wskazuje, iż zaoferował ten model w ofercie, jednak takiego urządzenia, zdaniem odwołującego, w ofercie wykonawcy w ogóle nie ma,
- g. zespołu zasilania wraz z zestawem akumulatorów (pkt 1.3),
- h. ładowarki akumulatorów (pkt 6).

Według odwołującego z powyższego zestawienia jednoznacznie wynika, że poza nielicznymi wyjątkami TTcomm w „Opisie oferowanego terminala i wyposażenia” wskazywał jako producenta terminala i jego komponentów swojego podwykonawcę, tj. GISS. Tymczasem już z samych opisów poszczególnych komponentów, ich specyfikacji technicznych oraz wiedzy rynkowej dla odwołującego jasno wynika, że ich producentem nie jest GISS, lecz inni producenci, co może zostać z łatwością wykazane. Nadto, produkcja nie stanowi przedmiotu działalności firmy GISS, która jest jedynie ich dostawcą. Powyższe potwierdza również sam TTcomm, który w treści formularza oferty (str. 4/5 formularza oferty) wskazuje, iż GISS jest dostawcą, a nie producentem terminala oraz elementów jego ukompletowania. Podanie przez TTcomm nieprawdziwych nazw producentów komponentów oferowanego terminala i jego wyposażenia - poza tym, że stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co odwołujący rozwinął w dalszej części odwołania - w sposób oczywisty wpływa także na wynik postępowania, wypełniając przesłankę wykluczenia TTcomm z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Brak prawdziwych nazw producentów uniemożliwia bowiem identyfikację przez zamawiającego tego, co w istocie stanowi przedmiot oferty TTcomm, a w konsekwencji - ocenę oferty TTcomm co do jej zgodności z wymaganiami zamawiającego. Podkreślił, iż podanie nazw producentów w kolumnie nr 2 „Opisu oferowanego terminala i wyposażenia” stanowiącego załącznik nr 2 do Formularza oferty miało na celu ustalenie faktycznych nazw/typów/modeli/producentów poszczególnych komponentów wchodzących w skład oferowanego sprzętu. Wskazuje na to jednoznacznie kształt i treść załącznika „Opis oferowanego terminala i wyposażenia”, w którym w pkt 1 należało podać nazwę/typ/model/producenta całego terminala (tutaj za teoretycznie dopuszczalne można by uznać podanie nazwy: Satpack, typ: Cobalt, model: 18/1, producenta: GISS), zaś w pkt 1.1-1.10 oraz 2-8 trzeba było podać nazwę/typ/model/producenta poszczególnych elementów wchodzących w jego skład oraz w skład wyposażenia. Za niewystarczające oraz wprowadzające w błąd zamawiającego

należy zatem uznać wskazywanie GISS jako producenta poszczególnych komponentów terminala w sytuacji, w której GISS mógłby zostać potencjalnie uznany jedynie za producenta całego terminala (przy założeniu, że GISS w przyszłości rzeczywiście „złożyłby” zaoferowany terminal z elementów wymaganych przez zamawiającego - należy bowiem sądzić, że na dzień złożenia oferty przez TTcomm terminal ten miał bowiem wyłącznie prototypowy charakter.

W zakresie oferowania prototypu terminala odwołujący wskazał, że podanie przez TTcomm nieprawdziwych informacji wpływających na losy postępowania polega także na tym, że wbrew wymaganiom zamawiającego określonym w pkt III.10 SIWZ, zgodnie z którymi wykonawcy zobowiązani byli do zaferowania „*terminala fabrycznie nowego, nieużywanego, bez braków i uszkodzeń, pochodzącego z bieżącej produkcji*”, terminal oferowany przez TTcomm, tj. Terminal Satpack, typ Cobalt, Model 18/1, nie istniał w dniu złożenia oferty przez TTcomm i na dzień złożenia odwołania miał wyłącznie prototypowy charakter. Powyższy wniosek wypływa m.in. z tego, że TTcomm nie był w stanie podać szczegółowej specyfikacji oferowanego terminala i jego wyposażenia do czego zobowiązywały go postanowienia SIWZ i WZTT, a w szczególności „deklaracja zgodności spełnienia wymagań WZTT przez oferowany terminal i wyposażenie” (zwanej dalej: „Deklaracja zgodności”, str. 14 - 70 Załącznika nr 2 do formularza oferty). W tym zakresie TTcomm ograniczył się niemal wyłącznie do przepisania wymagań stawianych przez zamawiającego, w żaden sposób nie uszczegóławiając w jaki sposób są one spełnione przez oferowany terminal oraz nie odnosząc się do dokumentu zawartego w ofercie, w którym ten sposób jest opisany (zgodnie z instrukcją zawartą na stronie 14/70 „deklaracji zgodności”). Brak podania konkretnej specyfikacji technicznej oferowanego terminala i jego wyposażenia może świadczyć jedynie o tym, że TTcomm zaferował sprzęt, który nie został wyprodukowany na dzień złożenia oferty i dlatego też TTcomm nie może określić jego parametrów.

[zarzut nr 2 - niezgodność oferty TTcomm z treścią SIWZ]

Niezależnie od tego, że zdaniem odwołującego wykonawca TTcomm powinien zostać wykluczony z postępowania ze względu na podanie nieprawdziwych informacji mających lub co najmniej mogących mieć wpływ na wynik postępowania, jego oferta powinna zostać odrzucona ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ. Zamawiający jego zdaniem poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TTcomm dopuścił się więc naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Niezgodność oferty TTcomm z SIWZ dotyczyła zdaniem odwołującego przede wszystkim:

- wypełnienia Deklaracji zgodności stanowiącej Załącznik nr 2 do Formularza oferty (str. 14 - 70) bez podania „*sposobu spełnienia wymagania lub odniesienia do dokumentu (np. karty technologicznej, certyfikatu) zawartego w ofercie, w którym ten sposób jest opisany (nazwa dokumentu, nr strony)*”, lecz jedynie poprzez przepisanie wymagań jakościowych i ilościowych określonych przez zamawiającego w poszczególnych polach Deklaracji zgodności;
- modemów MF-TDMA (pkt 6.2.14 WZTT) w zakresie, w jakim zamawiający wymagał obsługi przez modem MF-TDMA co najmniej 4 kanałów nadawczych i 4 kanałów odbiorczych oraz możliwości automatycznej zmiany kanału odbiorczego w trakcie normalnej pracy modemu, natomiast TTcomm zaoferował modem Skywan 5G, który może pracować wyłącznie na jednym (*fixed*) kanale odbiorczym bez możliwości jego zmiany w trakcie pracy;
- mocy EIRP oraz prędkości transmisji danych w paśmie Ku (pkt IX.4.2.b. i IX.4.3.b. oraz pkt 6.3.9., 6.3.10 i 6.3.11 WZTT) w zakresie w jakim TTcomm przyjął w kalkulacji *Link Budget* wyższą wartość EIRP (52.24 dBW), która jest niezgodna z wyliczeniami opartymi na formule zawartej w pkt 6.3.10 WZTT, w którym zamawiający określił precyzyjnie sposób wyliczenia mocy EIRP z terminala - ten wątek niezgodności został przedstawiony szerzej powyżej, w części dotyczącej podania przez TTcomm nieprawdziwych informacji;
- oferowania przez TTcomm prototypu terminala zamiast „*terminala fabrycznie nowego, nieużywanego, bez braków i uszkodzeń, pochodzącego z bieżącej produkcji*” (pkt III.10 SIWZ) - ten wątek niezgodności został przedstawiony szerzej powyżej, w części dotyczącej podania przez TTcomm nieprawdziwych informacji.

Zdaniem odwołującego najpoważniejszą nieprawidłowością występującą w ofercie złożonej przez TTcomm, która obliguje zamawiającego do jej odrzucenia ze względu na niezgodność z treścią SIWZ, jest sposób wypełnienia (a właściwie jego brak) Deklaracji zgodności, stanowiącej Załącznik nr 2 do Formularza oferty. Takie działanie TTcomm, poza niespełnieniem wymogów formalnych określonych w SIWZ dotyczących sposobu sporządzenia oferty, w praktyce uniemożliwia także ustalenie, co w istocie stanowi przedmiot oferty TTcomm. Na str. 14-70 Deklaracji zgodności zamawiający wymagał od wykonawców, aby w kolumnie 4 wskazali oni czy oferowany terminal i wyposażenie spełniają poszczególne wymagania jakościowe i ilościowe określone przez zamawiającego w kolumnie 2 Deklaracji, zaś w kolumnie 5 wykonawcy zobowiązani byli wskazać „*sposób spełnienia wymagania lub odniesienie do dokumentu (np. karty technologicznej, certyfikatu) zawartego w ofercie, w którym ten sposób jest opisany (nazwa dokumentu, nr strony)*”. Analizując Deklarację zgodności przedłożoną przez TTcomm stwierdził, iż wykonawca ten w żaden sposób nie sprecyzował w kolumnie 5 na czym polega spełnienie danego wymagania. TTcomm nie odniósł się także do żadnego dokumentu zawartego w ofercie, w którym byłoby to opisane, bowiem takowy dokument w ogóle nie został załączony do oferty. Zamiast tego,

w zdecydowanej większości przypadków TTcomm ograniczył się jedynie do przepisania w kolumnie 5 wymagań określonych przez zamawiającego w kolumnie 2. Takie działanie TTcomm zdaniem odwołującego uniemożliwia ustalenie, co w istocie stanowi przedmiot oferty tego wykonawcy oraz ocenę czy oferowany terminal i wyposażenie rzeczywiście spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Najbardziej jaskrawe i krytyczne jego zdaniem z punktu widzenia interesu zamawiającego przypadki dotyczą następujących wymagań:

- a) ładowarki (pkt 25 i 26 Deklaracji zgodności oraz odpowiednio pkt 6.2.20 i 6.2.21 wg WZTT) - brak podania przez TTcomm jakichkolwiek danych technicznych lub opisu oraz brak możliwości weryfikacji z uwagi na brak danych dotyczących oferowanego akumulatora;
- b) akumulatora (baterii) (pkt 11,108,109 Deklaracji zgodności oraz odpowiednio pkt 6.2.6, 6.12.8, 6.12.9 wg WZTT) - brak zaoferowania akumulatora (baterii) oraz podania przez TTcomm jakichkolwiek danych technicznych lub opisu co powoduje brak możliwości weryfikacji; co istotne brak danych w tym zakresie często powoduje także niemożliwość ustalenia sposobu spełnienia wymagań w innych pozycjach Deklaracji;
- c) zespołu zasilania (pkt 6,11, 62, 64 i 65 Deklaracji zgodności oraz odpowiednio pkt 6.2.1, 6.2.6, 6.5.1, 6.5.3, 6.5.4. wg WZTT) - brak podania przez TTcomm jakichkolwiek danych technicznych lub opisu oraz brak możliwości weryfikacji;
- d) zestawu narzędzi, materiałów i wyposażenia testowego do realizacji zadań obsługowo-remontowych na poziomie 2 (pkt 150 Deklaracji zgodności oraz pkt 7.8 wg WZTT) - brak podania przez TTcomm jakichkolwiek danych technicznych lub opisu oraz brak możliwości weryfikacji; dotyczy to w szczególności danych odnoszących się do testera akumulatorów oraz analizatora widma, sondy.

Ponadto odwołujący zauważył, iż w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 11 czerwca 2018 r. zamawiający na str. 3, w „UWADZE” wskazał, iż TTcomm powinien załączyć do oferty ukompletowanie zestawu, w ofercie brak jest bowiem takiego ukompletowania. Dodatkowo należy podkreślić, iż Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 14 czerwca 2018 r. wskazał urządzenie (analizator widma) marki R&S i stwierdził, iż zaproponował je w ofercie. Tymczasem w ofercie brak jest jakichkolwiek danych wskazujących, że TTcomm zaoferował takie urządzenie. Takie działanie TTcomm sprowadza się w istocie do uzupełniania oferty po dacie jej złożenia oraz próby istotnej zmiany treści pierwotnej oferty, co stoi w jawnej sprzeczności z obowiązującymi przepisami Pzp.

W ocenie odwołującego oferta TTcomm jest również niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w jakim TTcomm zaoferował modem Skywan 5G, który zgodnie z kartą katalogową tego urządzenia, może pracować wyłącznie na jednym (*fixed*) kanale odbiorczym bez możliwości jego zmiany w trakcie pracy, natomiast zamawiający wymagał obsługi przez

modem MF-TDMA co najmniej 4 kanałów nadawczych i 4 kanałów odbiorczych oraz możliwości automatycznej zmiany kanału odbiorczego w trakcie normalnej pracy modemu. W wersji WZTT 4.0 z dnia 6 lutego 2018 r. zostały znacznie zmienione wymagania odnośnie do specyfikacji modemu MF-TDMA do zabudowy w terminalu i wersji Rack. Kluczowy nowy zapis dotyczył możliwości obsługi przez modem MF-TDMA co najmniej 4 kanałów nadawczych i 4 kanałów odbiorczych. Pomimo jednoznacznej odpowiedzi zamawiającego z dnia 16 marca 2018 r. na pytanie nr 5, TTcomm S.A. zaproponował technologię Skywan 5G, która zdaniem odwołującego nie jest zgodna z wymaganiem zamawiającego odnośnie pracy na 4 kanałach nadawczych i 4 kanałach odbiorczych. Powyższego w żaden sposób nie zmieniają wyjaśnienia TTcomm z dnia 14 czerwca 2018 r., do których TTcomm załączył także oświadczenie producenta ND Satcom z dnia 13 czerwca 2018 r. W kartach katalogowych modemów Skywan 5G i 5G mini, stwierdzono bowiem wprost, że modemy te mogą pracować wyłącznie na jednym *[fixed]* kanale odbiorczym. Tym samym, w świetle odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 5 z dnia 16 marca 2018 r. jednoznacznie wykluczono możliwość zastosowania modemów Skywan. Choć oświadczenie producenta ND Satcom potwierdza zgodność z niektórymi wymaganiami WZTT, to jednak w żadnym stopniu nie wyjaśnia ewidentnej niezgodności z WZTT specyfikacji modemu określonej w karcie katalogowej tego urządzenia. Informacja podana w karcie katalogowej: „*Access typ TDMA - fixed RX home channel*” oznacza bowiem, że modem jest przywiązany do jednego kanału odbiorczego i nie ma możliwości jego zmiany w trakcie normalnej pracy. Odpowiedź udzielona przez zamawiającego w dniu 26 marca 2018 r., zgodnie z którą w systemie można zdefiniować 4 kanały lub kanały te mogą być określone przez operatora nie zmienia faktu, że modem powinien mieć możliwość automatycznej zmiany kanału odbiorczego (tak jak dzieje się to na kanale nadawczym) w trakcie normalnej pracy modemu. Tymczasem karta katalogowa modemów Skywan 5G jednoznacznie to wyklucza. Odwołujący zauważył także, że wyjaśnienia udzielone przez TTcomm w dniu 14 czerwca 2018 r. dotyczą modemów ND Satcom, natomiast TTcomm w swej ofercie zaoferował modemy TDMA Satpack, Cobalt MM SG 18/1 producenta GISS (str. 5/70, pkt 1.4 w oferty TTcomm). W konsekwencji należy więc uznać, że TTcomm w swych wyjaśnieniach zmierza w istocie do modyfikacji treści swej oferty, w sposób niezgodny z przepisami Pzp.

[zarzut nr 3 - złożenie oferty przez TTcomm jako czyn nieuczciwej konkurencji]

Kolejnym zarzutem podniesionym przez odwołującego stanowiącym, obok niezgodności oferty TTcomm z SIWZ, podstawę odrzucenia oferty tego wykonawcy stanowił art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów UZNK. W przypadku oferty

złożonej przez TTcomm czyn nieuczciwej konkurencji polega na podaniu przez TTcomm nieprawdziwych informacji w zakresie:

- nazw producentów oferowanego terminala, jego elementów oraz wyposażenia;
- informacji o tym, że oferowany terminal jest *„fabrycznie nowy, nieużywany, bez braków i uszkodzeń, pochodzący z bieżącej produkcji”*;
- informacji o mocy EIRP oraz prędkości transmisji danych w paśmie Ku.

W tym zakresie odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 UZNK, *„czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.”* W świetle art. 3 ust. 2 UZNK. czynem nieuczciwej konkurencji jest zaś w szczególności *„wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług”*. Z powyższą regulacją koresponduje art. 14 ust. 1 UZNK, zgodnie z którym *„czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody”*. Z kolei art. 14 ust. 2 UZNK jako przykład wiadomości, o których mowa w ust. 1 podaje informacje o *„wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach”*. W ocenie odwołującego, w przypadku oferty złożonej przez TTcomm czyn nieuczciwej konkurencji polegał po pierwsze na tym, że wykonawca ten przedstawił nieprawdziwe informacje na temat producenta wytwarzanych towarów (wskazywanie GISS jako producenta, podczas gdy producentami komponentów terminala są inne podmioty), po drugie zaś na tym, że wskazuje on, że oferowane towary posiadają określone właściwości (moc EIRP, prędkość transmisji danych oraz to, że pochodzą z bieżącej produkcji). Działanie takie w sposób oczywisty narusza interes innych podmiotów (w szczególności zamawiającego oraz pozostałych wykonawców, w tym odwołującego), bowiem wytwarza u zamawiającego mylne wrażenie co do właściwości przedmiotu zamówienia, jednocześnie utrudniając pozostałym wykonawcom jego pozyskanie (moc EIRP oraz prędkość transmisji danych były dodatkowo premiowane przez Zamawiającego, a zatem podanie przez TTcomm zawyżonych parametrów przekłada się na wyższą punktację tego dla wykonawcy). Ponadto, czyn nieuczciwej konkurencji, którego dopuścił się TTcomm zdaniem odwołującego polega także na tym, że TTcomm podając nieprawdziwe informacje o mocy EIRP oraz prędkości transmisji danych w paśmie Ku uzyskał dzięki nim dodatkowe punkty w ramach kryteriów oceny ofert. Jak bowiem wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 15 maja 2015 r., sygn. akt: I ACa 1458/14, *„aby popełnić czyn nieuczciwej konkurencji działanie sprawcy musi być podjęte ze świadomością wywołania określonych skutków, a działający musi dążyć do nieuczciwego przysporzenia sobie korzyści bądź wyrządzenia innemu szkody.”* W analizowanym stanie faktycznym korzyść TTcomm polega na zwiększeniu szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia poprzez uzyskanie dodatkowych punktów, co jednocześnie powoduje szkodę

u odwołującego, w postaci zmniejszenia tej szansy na skutek pogorszenia jego pozycji rankingowej.

[zarzut nr 4 - zaniechanie odtajnienia części oferty TTcomm oraz treści wyjaśnień złożonych przez TTcomm]

W dalszej kolejności odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1 – 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK, poprzez zaniechanie odtajnienia:

- dokumentu „Analiza łączy satelitarnych - budżet linku w pasmach Ku oraz X z wykorzystaniem modemu MF-TDMA 5G Mini" (*Link Budget*) oraz
- wyjaśnień treści złożonej oferty z dnia 26 czerwca 2018 r. w zakresie spełniania wymagań WZTT przez oferowany terminal dotyczących szybkości transmisji i regulacji kątów azymutu i elewacji anteny terminala,

pomimo tego, że nie spełniają one przesłanek niezbędnych dla zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa TTcomm.

W ocenie odwołującego TTcomm nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK. Dokument o nazwie „*Uzasadnienie w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa*”, który został złożony przez TTcomm wraz z ofertą oraz na który wykonawca ten powołuje się uzasadniając zastrzeżenie poufności dla obu dokumentów wskazanych w niniejszym piśmie, ma jedynie ogólnikowy charakter, nie zawierając przy tym żadnych dowodów potwierdzających zasadność tego zastrzeżenia. Tymczasem jak wskazał w swojej opinii UZP ustawodawca choć pozostawił wykonawcy dowolność w doborze środków służących realizacji obowiązku wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to jednak zawarte w treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pojęcia „zastrzeżenie” i „wykazanie” oznaczają, iż w ramach wykazywania istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 UZNK, w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedłożyć określone dowody, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Także orzecznictwo KIO w tym zakresie wskazuje, iż wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć miejsce w szczególności, w odniesieniu do przesłanek określających charakter zastrzeganych informacji (techniczny, technologiczny, organizacyjny etc.), które powinny być uprawdopodobnione poprzez ustalenie obiektywnych (nawet jeżeli tylko swoistych i odnoszących się tylko do danego wykonawcy) faktów przesądzających o tego typu charakterze zastrzeżonych danych (por. wyrok KIO z dnia 12 września 2012 r., sygn. akt 1921/12). Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać przy tym na złożeniu dowodów mających

postać np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący stwierdził, że mając na uwadze lakoniczność oraz ogólnikowość uzasadnienia przedstawionego przez TTcomm oraz brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających zasadność dokonanego zastrzeżenia, zamawiający powinien podjąć decyzję o odtajnieniu dokumenty pod nazwą „*Analiza łączy satelitarnych - budżet linku w pasmach Ku oraz X z wykorzystaniem modemu MF-TDMA 5G Mini*” oraz złożonych w związku z nim wyjaśnień z dnia z dnia 26 czerwca 2018 r. w zakresie spełniania wymagań WZTT przez oferowany terminal dotyczących szybkości transmisji i regulacji kątów azymutu i elewacji anteny terminala. Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, iż z orzecznictwa KIO jednoznacznie wynika, że utajnieniu mogą podlegać jedynie poszczególne informacje, a nie całe dokumenty. Wadliwe jest zatem, tak jak zrobił to TTcomm, zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce (zob. wyrok KIO z dnia 20 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 228/18). W tym kontekście jako przykład można wskazać zastrzeżone informacje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 26 czerwca 2018 r., które dotyczą zakresu regulacji azymutu i kąta elewacji, a które zostały ujęte również w oświadczeniu GISS sp. z o.o., które ma charakter jawny. Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż sam zamawiający upublicznił niektóre z informacji zawartych w dokumencie „*Analiza łączy satelitarnych - budżet linku w pasmach Ku oraz X z wykorzystaniem modemu MF-TDMA 5G Mini*” (tj. w *Link Budget*), który został utajniony przez TTcomm. W wezwaniu TTcomm do wyjaśnień z dnia 20 czerwca 2018 r. (który jest w całości jawny i został udostępniony odwołującemu) zamawiający podał bowiem parametr EIRP dla pasma Ku w wysokości EIRP=52.24 dBW. Skoro zatem sam zamawiający zdecydował o tym, że informacja ta może zostać odtajniona, to nie ma żadnych podstaw do tego, aby pozostałe informacje zawarte w dokumencie *Link Budget* pozostawały utajnione. W swym charakterze oraz wartości gospodarczej jaką posiadają dla TTcomm nie różnią się one bowiem w niczym od informacji dotyczącej parametru EIRP dla pasma Ku, który zamawiający zdecydował się finalnie odtajnić. Odwołujący zauważył także, iż wyjaśnienia z dnia 26 czerwca 2018 r. są ściśle związane z dokumentem *Link Budget* (dotyczą tego samego zakresu informacji), toteż odtajnienie tego dokumentu powinno jednocześnie skutkować koniecznością odtajnienia wyjaśnień TTcomm, które się do niego bezpośrednio odnoszą. W świetle wezwania TTcomm do wyjaśnień z dnia 20 czerwca 2018 r. należy także domniemywać, że wyjaśnienia te zawierają w większości obliczenia dokonane przez TTcomm na potrzeby *Link Budget* stanowiącego załącznik do oferty, które w żadnym wypadku nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa TTcomm (stanowiły podstawę do przyznania TTcomm dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert).

Zastrzeżenie przedmiotowych informacji przez TTcomm oraz zaniechanie ich odtajnienia przez zamawiającego, stanowi tym samym w ocenie odwołującego naruszenie zasad jawności postępowania oraz uczciwej konkurencji. TTcomm zastrzegając informacje będące podstawą do oceny jego oferty w praktyce uniemożliwił bowiem dokładną weryfikację przez konkurentów wypełniania przez niego wymagań zamawiającego oraz ewentualnego podważenia zawartych w nich danych. Stąd też dane, które zawarte są w dokumencie *Link Budget* oraz w wyjaśnieniach TTcomm z dnia 26 czerwca 2018 r. powinny być w pełni jawne.

[zarzut nr 5 - wybór oferty TTcomm jako najkorzystniejszej postępowaniu]

Konsekwencją zaniechania - zdaniem odwołującego - wykluczenia TTcomm z postępowania oraz odrzucenia jego oferty ze względów, o których mowa powyżej jest także naruszenie przez zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty TTcomm jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w postępowaniu za najkorzystniejszą powinna bowiem zostać uznana oferta złożona przez odwołującego

[zarzut nr 6 - niezgodność oferty Konsorcjum Enamor z SIWZ]

Odwołujący wskazał także, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Enamor ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ także z innych przyczyn niż te, które zamawiający wskazał w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 31 lipca 2018 r., a które odwołujący w całej rozciągłości popiera.

W pierwszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż Konsorcjum Enamor w pkt. 1.1 „*Opisu oferowanego terminala i wyposażenia*” - *Zespół anteny z podstawą* (str. 1/172 Załącznika nr 2 do Formularza oferty) zaoferował dla apertury wielkość zasadniczą: 0.90 x 0.59 w sytuacji, gdy zamawiający dla ukompletowania zespołu antenowego wymagał podania wymiarów apertury zasadniczej oraz dodatkowej, której średnica, zgodnie z pkt. 6.3.1. WZTT dla anteny zasadniczej, winna się mieścić w przedziale 90 - 100 cm. Konsorcjum Enamor wskazało natomiast dla apertury zasadniczej wymiary średnic czaszy anteny: 0.90 x 0.59 m. Tym samym średnica o długości 0.59 m jest niezgodna z WZTT zamawiającego.

Po drugie odwołujący wskazał, że Konsorcjum Enamor w pkt. 1.1 *Zespół anteny z podstawą* „*Opisu oferowanego terminala i wyposażenia*” - *Zespół anteny z podstawą* (str. 1/172 Załącznika nr 2 do Formularza oferty) wbrew wymaganiu zamawiającego zawartym we wzorze formularza polegającym na podaniu „zysku anteny zasadniczej i dodatkowej w środku pasma nadawczego” nie podał tych parametrów. Zgodnie

orzecznictwem KIO (zob. w szczególności wyrok KIO z 22 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1110/18), brak podania takich danych wbrew wymaganiom zamawiającego, stanowi niezgodność oferty z treścią SIWZ, skutkującą koniecznością odrzucenia takiej oferty. Jak bowiem wskazała Izba, „*powyższy brak nie może zostać uzupełniony przez wykonawcę, bowiem uzupełnienie takie stanowiłoby istotną zmianę treści pierwotnej oferty, zrównaną w skutkach z przedstawieniem nowej oferty*”.

Ponadto zdaniem odwołującego oferowane przez Konsorcjum Enamor wartości wzmocnienia w torze odbiorczym są wprost niezgodne z wymaganiami zamawiającego zawartymi w pkt. 6.3.12 ppkt. b WZTT, który przewidywał zysk anten mierzony w środku pasma odbiorczego, co najmniej na poziomie:

- 35 dBi w paśmie X,
- 39 dBi w paśmie Ku.

Konsorcjum Enamor w pkt 1.1 tiret Antena RX Gain (midband) zaoferowało natomiast dla zasadniczej apertury wartości:

- X-Band: 34,4 dBi (pasmo X),
- Ku-Band: 38,6 dBi (pasmo Ku).

Powyższe w ocenie odwołującego wskazuje jednoznacznie na kolejną niezgodność oferty Konsorcjum Enamor z SIWZ i WZTT.

Nadto, zamawiający w pkt. 50 i 51 „*Opisu oferowanego terminala i wyposażenia*” stanowiącego załącznika nr 2 do Formularza oferty (str. 31-33/172) wskazał, iż: „*Wykonawca powinien przygotować analizy łączy satelitarnych dla podanych satelitów referencyjnych (Link Budget) z zastosowaniem proponowanych typów i modeli wzmacniaczy dla warunków określonych w uwadze do wymagania 6.3.8 odpowiednio dla pkt. 6.4.3 i 6.4.4 WZTT.*” Oferta Konsorcjum Enamor natomiast nie zawiera wymaganej przez zamawiającego analizy łączy satelitarnych, co udowadnia sam wykonawca w pkt. 1.2 (str. 3/172 Załącznika nr 2 do Formularza oferty) oświadczeniem o przedstawieniu *Link Budget* dopiero po podpisaniu umowy.

Kolejna niezgodność oferty Konsorcjum Enamor z treścią SIWZ, zdaniem odwołującego, wynikała z pkt. 5 „*Opisu oferowanego terminala i wyposażenia*” stanowiącego załącznik nr 2 do Formularza oferty w związku z pkt 6.1.5 WZTT. Zamawiający wskazał (w 6.1.5 WZTT), że „*Terminal powinien umożliwiać realizację łączności satelitarnej z wykorzystaniem techniki TDMA (MF-TDMA), FDMA (SCPC), DVB-S2 w sieciach o topologii gwiazdy (star) oraz połączeń końcowych typu punkt-punkt.*” Natomiast zgodnie z pkt. 2 (str. 7 i n.) Załącznika nr 4 do oferty Konsorcjum Enamor (M18012.01.02.1004PT), kontroler DVB-S2 nie jest wspólny dla modemów TDMA i SCPC. Konsorcjum Enamor przewidziało bowiem w ofercie osobne kontrolery dla modemów TDMA i SCPC.

Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, iż jak wynika z pkt. 6.2.18 WZTT, jak i wyjaśnień zamawiającego, Kontrolery DVB-S2 określone w wymaganiu 6.2.11, powinny zapewniać przepustowość na poziomie co najmniej 10 Mb/s oraz obsługę co najmniej 4 nośnych (kanałów) nadawczych. Konsorcjum Enamor natomiast w pkt. 3.3. (str. 39 i n.) Załącznika nr 4 do oferty (M18012.01.02.1004PT) wskazuje, iż oferowane ukompletowanie pozwala na pracę wyłącznie na 1 kanale. Każdy z oferowanych kontrolerów będzie wyposażony w (jeden) modulator, która pozwala na pracę tylko na jednym kanale nadawczym - co wprost potwierdza kolejną niezgodność oferty Konsorcjum Enamor z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ (w szczególności z WZTT), analogicznie jak ma to miejsce w przypadku oferty złożonej przez TTcomm.

Odwołujący zwrócił także uwagę na niejednoznaczność związaną z oferowaną przez Konsorcjum Enamor w pkt 1.1 „Opisu oferowanego terminala i wyposażenia” stanowiącego załącznik nr 2 do Formularza oferty, wartością EIRP dla pasma Ku wynoszącą 45.6 dBW. Wartość ta, w ocenie odwołującego, jest niezgodna ze wzorem dla wyliczenia EIRP wskazanym przez zamawiającego w pkt. 6.3.10. WZTT, na który składa się: Antenna TX Gain + moc wzmacniacza P1dB - 1 dB, co w przypadku oferty Konsorcjum Enamor powinno być skalkulowane w następujący sposób: 40.0 dB + 6 dBW (36 dBm) -1 dB = 45.0 dBW. Zwrócił przy tym zwrócić uwagę na fakt, iż Konsorcjum Enamor w pkt. 2.2.1 (str. 10) Załącznika nr 4 do oferty (M18012.01.02.1004PT) wskazuje dla mocy wysycenia EIRP (*saturated*) wartość 45.6 dBW, niezgodną z wyliczeniem opartym na wzorze wskazanym przez Zamawiającego. Tymczasem „*saturated*” oznacza pominięcie marginesu 1 dB (P1dB) dla wzmacniacza.

Zdaniem odwołującego kolejną niezgodność oferty Konsorcjum Enamor z SIWZ dotyczy modemu SCPC z funkcją inwersji sygnału nadawczego w odbiorczy. Z oświadczenia Konsorcjum Enamor zawartego w pkt. 55 ppkt a) (str. 70/172) „Opisu oferowanego terminala i wyposażenia” stanowiącego załącznik nr 2 do Formularza oferty, wynika iż oferowany przez Konsorcjum Enamor modem SCPC spełnia wymaganą przez zamawiającego funkcjonalność. Natomiast jak wynika z pkt. 2.3.2 Załącznika nr 4 do oferty (M 18012.01.02.1004PT), oferowany terminal nie zostanie wyposażony w tę funkcję. Dodatkowo wskazał, iż zgodnie z wyjaśnieniami udzielanymi przez zamawiającego (odpowiedź na pytanie nr 2 z dnia 16 marca 2018 r.) funkcja ta ma pracować z prędkością równą przepustowości modemu SCPC w wersji rack tj. 10 Mb/s. Konsorcjum Enamor w opisie technicznym (Załącznik nr 4 do oferty pkt 3.2, tabela 11, wiersz „*Paired Comed*”) zawarto informację, że przepustowość modemu SCPC wynosi 10 Mb/s, a funkcja inwersji sygnału („*Paired Carrier*”) pracuje do prędkości 2.5 Mb/s.

W dalszej kolejności, analogicznie do użycia przez Konsorcjum Enamor sformułowania „lub podobne” dla Typu baterii: BB2590, stanowiących w myśl

„Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 11 lipca 2018 r. podstawę do odrzucenia oferty, wykonawca używa równie nieprecyzyjnego opisu w pkt. 2.8 Załącznika nr 4 do oferty. W tym kontekście analogiczne wątpliwości zamawiającego może budzić sformułowanie, iż: „Wszystkie zamki używane do plecaka wykonane są zgodnie ze standardem YKK lub odpowiednikiem (metal lub odpowiednik)”.

Odwołujący zwrócił także uwagę, iż oferta Konsorcjum Enamor nie zawiera wszystkich wymaganych przez zamawiającego danych tj. nazw, modeli, typów oraz producentów elementów ukompletowania terminala, które to należało podać stosownie do treści załącznika nr 2 do Formularza oferty pn. „Opis oferowanego Terminala i Wyposażenia”. Nieprawidłowość we wskazanym zakresie znajduję się odpowiednio w:

- Pkt 1.1. - zespół anteny - brak typu, modelu, producenta;
- Pkt 1.2 - system radiowy - brak typu, modelu, producenta;
- Pkt 1.7 - wykaz realizowanych funkcji sterowania i nadzoru niezgodny z pkt 6.6.2 WZTT;
- Pkt 2 - elementy toru X - brak typu, modelu, producenta;
- Pkt 5 - kontrolery DVB-S2 - brak typu, modelu, producenta;
- Pkt 8 - brak wymaganego testera akumulatorów (pkt 7.8 WZTT), brak na liście dostarczanych przyrządów, a ponadto niedookreślony model i producent dla testera cyfrowego.

W konkluzji odwołujący stwierdził, że wobec powyższych niezgodności oferty Konsorcjum Enamor z treścią SIWZ, jak również nieprawidłowości wskazanych przez zamawiającego w „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 11 lipca 2018 r., nie może budzić wątpliwości, że oferta Konsorcjum Enamor powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy TTcom oraz Konsorcjum Enamor.

Na posiedzeniu niejawnym, które odbyło się w dniu 24 sierpnia 2018 r. zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, w której wniósł o oddalenie odwołania Konsorcjum Siltec w całości oraz o obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego. Przy czym część odpowiedzi na odwołanie zawierała treści zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie w tym samym dniu na posiedzeniu, zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca TTcomm złożył pismo procesowe wraz z załącznikiem, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Załącznik do przedmiotowego pisma został zastrzeżony jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa.

Sygn. akt KIO 1602/18

W dniu 10 sierpnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Leonardo S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Enamor Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni oraz Telespazio S.p.A. z siedzibą w Rzymie (zwani dalej: „odwołującym” lub „Konsorcjum Enamor”) wnieśli odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- a) zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp dotyczącej ukompletowania wyposażenia terminala, w zakresie wyposażenia Grupowego Zestawu Części Zamiennych (zwanego dalej: „GZCZ’), elementów systemu radiowego, możliwości montażu paneli w dowolnej kolejności, zakresu ruchu systemu antenowego, a także właściwości zaproponowanej baterii określonych w załączniku do SIWZ - Wstępnych Założeń Taktyczno-Technicznych (nadal jako: „WZTT”);
- b) bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp;
- c) wyboru oferty TTcomm, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu, a niepodlegających odrzuceniu;
- d) zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- e) ewentualnie wobec zaniechania poprawienia omyłki w treści oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, iż oferta odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, podczas gdy z treści oferty, w szczególności Załącznika nr 2 oraz Załącznika nr 4 do oferty wynika, iż jest ona zgodna z treścią SIWZ, w tym w szczególności z WZTT, a w konsekwencji nie podlega odrzuceniu;
2. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i bezpodstawne zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty co do: i) elementów oferowanych przez odwołującego w ramach GZCZ, ii) elementów systemu radiowego, iii) możliwości montażu panelu anteny w dowolnej kolejności w ramach jednej apertury, iv) zakresu ruchu systemu antenowego, a także v) właściwości zaproponowanej przez odwołującego baterii, oraz bezzasadne uznanie przez zamawiającego, że oferta odwołującego zawierała braki lub niezgodności co do elementów wymaganych przez zamawiającego w SIWZ niepodlegające wyjaśnieniu w sytuacji, gdy zamawiający powziawszy wątpliwości co do zgodności zaoferowanego przez odwołującego przedmiotu oferty z treścią SIWZ, był zobowiązany wezwać wykonawcę do wyjaśnienia oferty w trybie ww. art. 87 ust. 1 Pzp;
3. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców, w szczególności w związku z zaniechaniem wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty podczas, gdy pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zostali co najmniej raz wezwani do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp;

4. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przekazania odwołującemu należytego uzasadnienia Decyzji o odrzuceniu, a w konsekwencji uniemożliwienie odwołującemu odniesienia się do podstaw faktycznych odrzucenia oferty, a w dalszej kolejności skorzystania ze środków ochrony prawnej, co prowadzi także do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
5. ewentualnie, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w treści oferty Konsorcjum Enamor i stwierdzenie, że oferta nie może być poprawiona na podstawie powyższego przepisu, pomimo że dostrzeżone przez zamawiającego niespójności oferty w stosunku do treści SIWZ mają charakter nieistotny i możliwe jest poprawienie treści oferty odwołującego w oparciu o jej treść, co nie spowoduje niedopuszczalnej jej zmiany ani złożenia nowej oferty.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 5) ewentualne wezwanie odwołującego do wyjaśnienia treści oferty lub poprawienie przez zamawiającego treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- 6) a w konsekwencji wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Dodatkowo wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentów przywołanych w treści uzasadnienia, a znajdujących się w aktach postępowania, na okoliczności wskazane w treści odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp, bowiem wskutek dokonania przez zamawiającego wyżej opisanych czynności niezgodnie z Pzp jego oferta obecnie niesłusznie i bezpodstawnie jest uznawana za odrzuconą, co w konsekwencji oznacza, że został niezasadnie pozbawiony szansy na uzyskanie zamówienia publicznego. W przypadku zaś

uwzględnienia wskazanych powyżej zarzutów oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, a w konsekwencji zamówienie zostało udzielone odwołującemu. W świetle powyższego ma on interes w uzyskaniu zamówienia w postępowaniu oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Ponadto naruszenie przez zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem doprowadziło do podjęcia wadliwej decyzji, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu, a w konsekwencji do odrzucenia oferty będącej najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu. Zatem w następstwie skarżonych czynności zamawiającego zamówienie zostanie udzielone niezgodnie z przepisami PZP

[zarzut nr 1 - bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp]

Odwołujący podniósł, że zamawiający wskazał na rzekome niezgodności jego oferty z treścią SIWZ, wynikające z informacji znajdujących się w Załączniku nr 2 do oferty („Opis oferowanego terminala i wyposażenia”), w kolumnie „Sposób spełnienia wymagania lub odniesienie do dokumentu (...) zawartego w ofercie” (zwanym dalej: „Sposób spełnienia wymagań”) oraz Załącznika nr 4 do oferty zawierającego opis techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia (dalej jako „Opis techniczny”). Zauważył jednak, że zamawiający w treści SIWZ nie sprecyzował, w jaki sposób wykonawca powinien wypełnić kolumnę „Sposób spełnienia wymagań”. Stwierdził że zamawiający ograniczył się jedynie do sformułowania krótkiego wyjaśnienia w treści omawianej kolumny poprzez określenie, że: *„sposób spełnienia wymagania lub odniesienie się do dokumentu (np. karty technologicznej, certyfikatu) zawartego w ofercie, w którym ten sposób jest opisany (nazwa dokumenty, nr strony)”*. Natomiast, zgodnie z pkt VII.2 SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” w celu złożenia oferty wykonawcy powinni wykorzystać Formularz Ofertowy stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ. Zamawiający przewidział również załączniki do Formularza Ofertowego, w tym Załącznik nr 2 do Formularza oferty („Opis oferowanego terminala i wyposażenia”). Zamawiający nie wskazał jednak w SIWZ żadnych wymagań co do sposobu ani szczegółowości wypełniania Formularza Ofertowego ani jego załączników.

Odwołujący zaznaczył, że Opis techniczny (Załącznik nr 4 do oferty) nie był dokumentem wymaganym przez zamawiającego (jednak dopuszczalnym), a został załączony do oferty przez odwołującego celem przedstawienia szczegółowych informacji dotyczących oferowanego terminala i stanowi część oferty Konsorcjum Enamor. Opis techniczny stanowi charakterystykę oferowanego przedmiotu, jednak odwołujący nie był zobowiązany do zamieszczenia w tym dokumencie wszystkich danych dotyczących oferowanego przedmiotu, gdyż zamawiający nie formułował w tym zakresie żadnych

wymagań. W Opisie technicznym odwołujący przedstawił informacje mające na celu uszczegółowienie danych dotyczących oferowanego przedmiotu wynikających z Załącznika nr 2 do oferty.

W związku z powyższym odwołujący uznał, że zamawiający nie określił w jaki sposób należy wypełnić Załącznik nr 2 do oferty, w szczególności nie wymagał, aby opis dokonywany w tej kolumnie polegał na przepisaniu kolumny zawierającej wymagania zamawiającego, a więc sporządzony przy użyciu tych samych sformułowań. Nadto nie wymagał innych szczególnych informacji ponad te wynikające z Załącznika nr 2. W związku z tym, odwołujący nie był zobowiązany do przedstawiania w ramach Opisu technicznego żadnych szczególnych informacji potwierdzających zgodność oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący stwierdził również, że mając na uwadze całość złożonej oferty, zaoferował on zamawiającemu dostarczenie przedmiotu zamówienia w pełni spełniającego wymagania zawarte w SIWZ i WZTT, na co wskazują w szczególności:

- oświadczenie zawarte w pkt 1 Formularza Ofertowego, zgodnie z którym „*Oferujemy wykonanie zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie określonym w SIWZ;*
- oświadczenia złożone w Załączniku nr 2 o zgodności oferowanych elementów przedmiotu zamówienia z SIWZ i WZTT;
- parametry terminali wyszczególnione w Opisie technicznym, stanowiącym integralną część oferty.

Zdaniem odwołującego zamawiający zaniechał dogłębnego przeanalizowania całości oferty Konsorcjum Enamor (w szczególności składającego się nań ww. Opisu technicznego). Jak wprost wynika z uzasadnienia Decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający ocenił jego ofertę w sposób wybiórczy, skupiając się jedynie na treści kolumny „Sposób spełnienia wymagań” z pominięciem pozostałej części oferty oraz załączonych do niej dokumentów, z których bezsprzecznie wynikało, że zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z oczekiwaniami zamawiającego. Jednocześnie, według odwołującego, zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania go do wyjaśnienia oferty. Z kolei, w stosunku do pozostałych ofert innych wykonawców zamawiający podjął inicjatywę ich weryfikacji na podstawie zewnętrznych stron internetowych producentów oferowanych elementów terminala jak również wzywał wykonawców do wyjaśnienia. Mając na uwadze powyższe, decyzja zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp była błędna i nie znajduje oparcia w prawie.

Odnośnie wyposażenia GZCZ odwołujący wyjaśnił, że zamawiający wskazał w Decyzji o odrzuceniu (s. 2 - 3), jakoby wbrew wymogom zawartym w pkt 7.6 WZTT, odwołujący zaoferował niekompletne wyposażenie Grupowego Zestawu Części Zamiennych (GZCZ), pomijając następujące elementy ukompletowania terminala: system antenowy z podstawą zespół zasilania, zestaw urządzeń kontrolno-pomiarowych, plecak do przenoszenia zestawu,

dokumentację techniczną oraz skrzynkę transportową. Zamawiający wywodzi swoje stanowisko z treści pozycji nr 148 Załącznika nr 2 do Formularza oferty, s. 147, zaś w opinii odwołującego takie stanowisko jest nieprawidłowe. Odwołujący podniósł, że zadeklarował w kolumnie 3, że oferowany przedmiot zamówienia obejmuje ww. elementy wyposażenia terminali i spełnia wymagania zamawiającego: „Deklaracja Wykonawcy - spełnia, fulfilled”. Natomiast zamawiający nie przedstawił żadnego argumentu ani dowodu na poparcie twierdzenia, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych w SIWZ. Jednocześnie odwołujący zwrócił uwagę, że w kolumnie zatytułowanej jako „Sposób spełnienia wymagań” uszczegółowił elementy, które oferuje w ramach części zamiennych oraz nadmienił, że elementy te zostały dodatkowo wskazane w załączonym do formularza oferty Opisie technicznym w pkt 4.2.

Mając powyższe na uwadze odwołujący podkreślił, że zadeklarował w Załączniku nr 2 w pozycji 148 zgodność oferty z „Zestawieniem wymagań jakościowych” oraz wypełnił kolumnę „Sposób spełnienia wymagań”. Oznacza to, że zaoferował tożsame elementy, które zostały zawarte przez zamawiającego w pkt 7.6 WZTT. Niemniej, zamawiający powinien dokonać oceny treści całości oferty pod kątem zgodności z SIWZ, w szczególności dwóch wspomnianych kolumn w Załączniku nr 2 i Opisu technicznego. Tymczasem, zarówno z Opisu technicznego, jak i deklaracji odwołującego złożonych w Załączniku nr 2 do oferty, wynika jednoznacznie, że odwołujący zaoferował kompletny i w pełni zgodny z wymaganiami zamawiającego - dotyczącymi GZCZ - przedmiot zamówienia. Odwołujący wskazał przy tym, że zaoferował w ramach GZCZ dostawę 10 kompletów GZCZ, które zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawierają wszystkie elementy ukompletowania jakie zostały sformułowane dla pojedynczego Terminala objętego zamówieniem:

- 1) system antenowy z podstawą co wprost wynika z opisu terminala (pkt 2 Opisu technicznego), w którym wskazał, że system antenowy jest w pełni zintegrowany z reflektorem, pozostałą strukturą oraz jest elementem sterownika anteny (kontrolera anteny), będącego wewnętrzną częścią konstrukcji; system antenowy posiada także konstrukcję umożliwiającą utrzymanie go w pionowej pozycji, co wynika zarówno z Opisu technicznego, jak i z fotografii w nim zamieszczonych (fotografie na s. 7-8 Opisu technicznego). Nie może zatem budzić wątpliwości, że odwołujący wymieniając w GZCZ „Sterownik anteny bez modemów” - poz. 148 Załącznika nr 2 („Kontroler anteny bez modemów” pkt 4.2. Opisu technicznego) zaoferował, że system antenowy zostanie dostarczony w ramach GZCZ, a tym samym przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami SIWZ;
- 2) zespół zasilania, ponieważ w pkt 2.9 Opisu technicznego załączonego do oferty wskazano, że przedmiot oferty może być zasilany poprzez zewnętrzne zasilanie sieciowe AC lub zewnętrzne zasilanie DC w określonych zakresach, a także zestaw akumulatorów oraz

ładowarkę (s. 31). Ponadto zaś wskazał w Opisie technicznym, że „*Terminal oferuje kompletny system wejść DC i AC- zasilania prądem stałym i zmiennym do podłączenia do sieci elektrycznej i źródeł energii elektrycznej ad hoc; dostarczony jest również komplet baterii zapewniających pracę terminala przez 12 godzin, a jedna bateria - jako część terminala, zapewnia 2 godziny jego pracy*” (s. 9 Opisu technicznego). Mając na uwadze, że wspomniany wyżej „system wejść DC i AC” zawiera się w wymienionym „Systemie antenowym bez modułów” poz. 148 Załącznika nr 2 („Kontroler anteny bez modemów” pkt 4.2. Opisu technicznego), a w związku z tym, należy stwierdzić, iż zaoferował zespół zasilania w ramach GZCZ, spełniający wymagania zamawiającego postawione w tym zakresie dla pojedynczego terminala;

- 3) zestaw urządzeń kontrolno-pomiarowych, któremu poświęcił odrębny pkt 2.7 w Opisie technicznym oferowanych urządzeń, wskazując jednocześnie już w ogólnym opisie terminala, że „*Dokładne, wspomagane ręcznie wskazywanie zapewnia intuicyjny GUI i sprzęt, poprzez GNSS, elektroniczny kompas i inklinometr*” stanowiące elementy systemu pomiarowo-kontrolnego (s. 7 Opisu technicznego). Z kolei, pkt 2.7 Opisu technicznego wprost przewiduje wyposażenie terminala w instrumenty kontrolno-pomiarowe, w tym w Analizator Spektrum USB (s. 29 Opisu technicznego). Ponadto, w tym przypadku „intuicyjny GUI i sprzęt, GNSS, elektroniczny kompas i inklinometr” także zawierają się w wymienionym „Systemie antenowym bez modułów” poz. 148 Załącznika nr 2 („Kontroler anteny bez modemów” pkt 4.2. Opisu Technicznego)”, tym samym są one zapewnione w ramach GZCZ razem z akcesoriami (Analizator Spektrum USB); tym samym należy stwierdzić, że zaoferował dostawę zestawu urządzeń kontrolno-pomiarowych w ramach GZCZ;
- 4) plecak do przenoszenia zestawu, któremu został poświęcony w całości pkt 2.8 Opisu technicznego (s. 31), w którym dokładnie opisał budowę i funkcjonalności plecaka dołączonego do każdego zestawu zaproponowanego w ofercie: indywidualnego zestawu części zamiennych, jak i GZCZ. Tym samym całkowicie niezrozumiałe jest stanowisko wyrażone w Decyzji o odrzuceniu, jakoby plecak nie został objęty GZCZ. Co więcej, rodzaj oferowanego plecaka wynika z pkt 1.9 Załącznika nr 2 (s. 7). Powyższe pokazuje, że plecak stanowi standardowy element wyposażenia systemu antenowego, więc w związku z tym zapewniony jest on w ramach GZCZ;
- 5) dokumentacja techniczna, której dostarczenie zamawiającemu potwierdził poprzez złożenie w tym przedmiocie kilku oświadczeń w następujących punktach Załącznika 2 do Formularza Ofertowego: poz. 119 określającego treść dokumentacji w zakresie sposobu utrzymania sprzętu, poz. 123 określającego treść dokumentacji w zakresie przepisów bezpieczeństwa, poz. 158 i następne, w których zamawiający określił wymagania dotyczące dokumentacji technicznej, wskazując, że „*Dokumentacja techniczna (DT)*”

powinna zawierać wszystkie niezbędne informacje dotyczące przeznaczenia, budowy, zasad działania, ukończenia, konfiguracji i integracji oraz odbioru i użytkowania Terminala,” oraz pkt 174, wskazującym zawartość kompletu dokumentacji technicznej, który zobowiązał się zamawiającemu dostarczyć (s. 167 Załącznika nr 2). W konsekwencji, rozwinięcie dokumentacji technicznej w zgodności z wymaganiami zawarto w ofercie, a jej egzemplarz jest zapewniony w ramach GZCZ dla każdego zestawu antenowego (terminala);

- 6) skrzynka transportowa, której dostarczenie wynika wprost z deklaracji zawartej w pkt 1.8 Załącznika nr 2 do Formularza Ofertowego wskazującej dodatkowo, jaki dokładnie typ skrzynki zamawiający otrzyma w ramach realizacji zamówienia (s. 7 Załącznika nr 2). Co więcej zaś, zobowiązanie do dostarczenia skrzynki wynikało także z Opisu technicznego, w którym wskazano, że „Dodatkowa skrzynia transportowa IP67 służy do przenoszenia sprzętu przez dwie osoby.” (s. 9 Opisu technicznego). W związku z tym, skrzynka transportowa stanowi standardowy element systemu antenowego, tym samym jest zapewniona w ramach GZCZ.

Zdaniem odwołującego w świetle powyższych uwag nie ulega wątpliwości, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania WZTT w zakresie niezbędnego wyposażenia GZCZ.

Co do elementów systemu radiowego odwołujący wskazał, że nie jest prawdą jakoby nie zaoferował w ramach GZCZ - wbrew pkt 6.2.4 WZTT - elementów toru pośredniego, separatora długofalowego oraz zestawu kabli i falowodów składających się na system radiowy terminala. Ponownie wskazał, że zarówno z Opisu technicznego, jak i Załącznika nr 2 do Formularza Ofertowego wprost wynika, że zaoferował system radiowy w pełni korespondujący z wymaganiami zamawiającego.

W pierwszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę, że wprost potwierdził w poz. 9 Załącznika nr 2 (s. 16), że system radiowy będzie składał się z elementów opisanych przez zamawiającego w pkt 6.2.4 WZTT, w tym z elementów toru pośredniego oraz separatora długofalowego, które są integralnymi elementami BUC oraz LNB, a także zestawu kabli i falowodów, które są uzupełniającymi elementami BUC oraz LNB. Zaopatrzenie systemu radiowego w ww. elementy wynika także z pkt 2.2 Opisu technicznego. W konsekwencji oferując BUC oraz LNB w ramach GZCZ odwołujący zaoferował również elementy toru pośredniego, separatora długofalowego oraz zestaw kabli i falowodów składających się na system radiowy terminala.

W zakresie kształtu i montażu paneli anteny zasadniczej odwołujący stwierdził, że w nawiązaniu do pkt II.2 Decyzji o odrzuceniu (s. 3) oraz wbrew stanowisku zamawiającego, zaoferował aperturę anteny umożliwiającą montaż paneli w dowolnej kolejności, dowolnym miejscu elementu łączącego oraz posiadającą możliwość wymiany pomiędzy różnymi

egzemplarzami terminali, a więc zgodnie z pkt 6,3.5 WZTT. W pkt 31 (s. 32 - 33) Załącznika nr 2 do Formularza Ofertowego, jednoznacznie zadeklarował zgodność terminala z wymaganiami WZTT, zaś w Sposobie Spełnienia Wymagań zawarł odniesienie do Opisu technicznego, pkt 2.1 zawierającego charakterystykę ogólną terminala – przy czym zamawiający nie wykluczał możliwości zaoferowania paneli o różnych kształtach (brak takiego zakresu w SIWZ i WZTT). W ocenie odwołującego wymogiem było natomiast zapewnienie odpowiedniej funkcjonalności paneli terminala, tj. montaż w dowolnej kolejności. Tego rodzaju funkcjonalność terminali przewiduje zaś jego oferta. Natomiast zamawiający w Zawiadomieniu nie przedstawił żadnego argumentu na potwierdzenie swoich twierdzeń. W konsekwencji powyższego, w ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego dotyczące omawianej kwestii uznał za całkowicie gołosłowne. Dalsze ewentualne zarzuty i twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie w jego ocenie należy uznać za spóźnione.

Ponadto, jak wynika z Opisu technicznego i w zawartych w nim grafik (s. 7 i 8 Opisu technicznego), reflektor anteny zawiera trzy panele: jeden centralny i dwa boczne. Centralny panel jest stale zespolony ze strukturą terminala (jest to bowiem typowa struktura komercyjnego satelitarnego terminala), więc nie musi być montowany. Natomiast dwa boczne panele są zamienne i mogą być montowane w dowolnej kolejności i w dowolnym miejscu elementu łączącego. Z uwagi na powyższe, według odwołującego, jego oferta odpowiada wymaganom pkt 6.3.5 WZTT.

W odniesieniu do zakresu i regulacji ruchu antenowego odwołujący wskazał, że zamawiający nie ma racji twierdząc, iż zaoferował on system antenowy o zakresie ruchu rzekomo niezgodnym z treścią SIWZ. Na wstępie rozważań w tym zakresie odwołujący podniósł, że uzasadnienie Decyzji o odrzuceniu jest bardzo ogólnikowe, zamawiający poza zestawieniem swych wymagań wynikających z Załącznika nr 2 z opisem w kolumnie „Sposób spełnienia wymagań”, nie wyjaśnił na czym ta niezgodność ma polegać. W szczególności nie wiadomo, który rzekomo parametr podany przez odwołującego jest niezgodny z SIWZ. Ponadto, zamawiający bez jakiegokolwiek podstawy stwierdził, że odwołujący proponuje fizyczne przestawienie terminala (co nie jest zgodne z treścią oferty), co rzekomo ma być niezgodne z SIWZ. Jednak zamawiający nie odwołał się do żadnego postanowienia SIWZ, które nakłada taki wymóg.

Stosownie do pkt 6.3.6. WZTT, w odniesieniu do wymagań dotyczących systemu antenowego terminala, *zakres ruchu antenowego (apertury zasadniczej i dodatkowej) powinien wynosić co najmniej:*

- a) *regulacja kąta elewacji od 5° do 80°,*
- b) *regulacja ruchu w zakresie azymutu w zakresie -180° do +180°,*
- c) *regulacja kąta polaryzacji anteny co najmniej w zakresie -90° do +90°,*

W poz. 32 (s. 33) Załącznika nr 2 do Formularza Ofertowego, jednoznacznie zadeklarował

zgodność terminala z wymaganiami WZTT, nie powielając jednak treści wymagań określonych przez zamawiającego wskazanych w Zestawieniu wymagań jakościowych. W kolumnie poświęconej „Sposobowi spełnienia wymagań” wskazał na dodatkowe cechy przyjętego rozwiązania tj.: „a) między 5° -10°, pochył anteny do przodu, b) między 90°-180°, fizyczne przesuwanie terminala”. Są to więc inne parametry urządzenia niż te żądane przez zamawiającego w poz. 32 Załącznika nr 2 do Formularza Ofertowego.

Ponadto odwołujący podkreślił, że zgodność przyjętych parametrów związanych z ruchomością terminala, nie tylko wynika z jego oświadczeń zawartych w Załączniku nr 2 do Formularza Ofertowego, ale również z Opisu technicznego, w którym w pkt 2, 2.1 i 2.2.1 (s. 9 -10), odwołujący przedstawił ogólną charakterystykę ruchomości systemu antenowego. Należy bowiem wskazać, jak stwierdzono na s. 9 Opisu technicznego, iż „w proponowanej konfiguracji tylne podpory zostaną usunięte w celu ułatwienia pozycjonowania terminala bez ograniczania jego właściwości mechanicznych i środowiskowych”, w rezultacie zaproponowana wersja systemu antenowego umożliwi ruch anteny pomiędzy 5° a 85° elewacji i może być obrócona w zakresie azymutu -180° - +180° (alternatywny ruch jest również możliwy z uwagi na lekkość terminala). Parametry te zostały wprost określone w tabeli w Opisie technicznym w pkt 2.1 (s. 10 Opisu technicznego) i są zgodne z wymaganiami zamawiającego zawartymi w pkt 32 Załącznika nr 2 lit. a) oraz b) kolumna „Zestawienie wymagań jakościowych i ilościowych wymaganych do spełnienia przez oferowany Terminal i wyposażenie”. Z kolei, w zakresie regulacji kąta polaryzacji Konsorcjum zaoferowało zamawiającemu ruchomość w zakresie +/-100°, co z nadmiarem nawet spełnia minimalne wymagania postawione przez Zamawiającego w pkt 32 Załącznika nr 2 lit. c) kolumna „Zestawienie wymagań jakościowych i ilościowych wymaganych do spełnienia przez oferowany Terminal i wyposażenie” (por. ostatni wiersz w tabeli w pkt 2.2.1, s. 10 Opisu technicznego złożonego przez Konsorcjum Enamor).

Na końcu, w odniesieniu do rzekomego braku możliwości regulacji odwołujący wskazał, że zarówno goniometr azymutu 360°, jak i inklinometr pozwalają na regulację. Dodatkowo, o „znamionach regulacji” świadczy również dokładne, wspomagane ręcznie wskazywanie zapewnione przez intuicyjny GUI i sprzęt, poprzez GNSS oraz elektroniczny kompas (pkt 2, s. 7 Opisu technicznego). Jednocześnie odwołujący zwrócił uwagę, że w SIWZ i WZTT brak jest definicji regulacji, zaś zarzucanie, iż sposób ustawienia anteny „nie nosi znamion regulacji” jest zupełnie niezrozumiałe. Zamawiający w sposób nieprecyzyjny formułuje podstawy faktyczne będące przyczyną odrzucenia oferty Konsorcjum Enamor. Gdyby zatem zamawiający oceniał oświadczenia w zakresie w pkt 6.3.6. WZTT w świetle całej oferty, do czego jest zobowiązany, to doszedłby do wniosku, że zaoferował on ruchomość anteny odpowiadającą wymaganiom zamawiającego, a nawet je przewyższającą. Odwołujący zauważył także, że zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do tego, że

w kolumnie „Sposób spełnienia wymagań” odwołujący przedstawił dodatkowe parametry niż te, co do których zamawiający stawiał wymagania. Zamawiający, pomimo posiadania danych znajdujących się w Opisie technicznym, nie dokonał prawidłowej oceny zaproponowanych przez odwołującego parametrów przedmiotu zamówienia, które są zgodne z pkt 6.3.6. WZTT.

Z kolei jeśli chodzi o baterię w ramach zespołu zasilania odwołujący stwierdził, że zamawiający w Decyzji o odrzuceniu (s. 4) błędnie wskazał na rzekomą niezgodność jego oferty, polegającą na zaproponowaniu w ramach zespołu zasilania w pkt 1.3. Załącznika nr 2 do Formularza Ofertowego (s. 17) typu baterii: *BB2590 lub podobne*, co zamawiający źle zinterpretował jako „rozbieżności w złożonej ofercie”. Tym samym, zamawiający nie przedstawił precyzyjnej podstawy odrzucenia oferty. W tym zakresie, w ocenie odwołującego, uzasadnienie jest bardzo lakoniczne, a zamawiający nie przedstawia żadnych konkretnych powodów, dla których rzekomo oferta odwołującego jest niezgodna z SIWZ.

Mając na względzie powyższe, zaznaczając, że jedynie z ostrożności, odwołujący wskazał, że zamawiający nie wymagał zaoferowania konkretnej nazwy baterii, a jedynie takiej, która będzie spełniać postawione przez zamawiającego wymagania. W pkt 6.5 WZTT („Wymagania dotyczące zespołu zasilania”), zamawiający podał wyłącznie parametry (właściwości), jakie powinien posiadać zespół zasilania. Oferta wykonawcy w niniejszym postępowaniu jest więc zgodna z WZTT, ponieważ oświadczył on zarówno w Opisie technicznym (pkt 2.4, s. 23), jak i w pkt 1.3 Załącznika nr 2 (s. 4), że dostarczona przez niego bateria będzie odpowiadać powyższym parametrom (właściwościom).

Ponadto odwołujący zadeklarował w pkt 89 Załącznika nr 2 do Oferty (s. 104), że zaproponowany terminal jest kompatybilny w zakresie zasilania z akumulatorami użytkowymi przez Siły Zbrojne RP: *„Terminal powinien być kompatybilny w zakresie zasilania co najmniej z akumulatorami użytkowymi przez SZ RP takimi jak a) B41 0014 028, b) BB-2590/U. c) BB-390B/U”*.

Niezgodność, w ocenie zamawiającego, dotyczy sformułowania „lub podobne”, co miałoby rzekomo uniemożliwić zamawiającemu zweryfikowanie prawidłowości zaoferowanej baterii. Według odwołującego użycie sformułowania „lub podobne” wynika jednak przede wszystkim z faktu, że BB2590 jest „rodziną” baterii do radiostacji wojskowych. Niezależnie od tego odwołujący zauważył, że w Opisie technicznym na s. 25 - 26 określona bateria BB 2590HC/U została zaprezentowana w sposób szczegółowy, więc nie jest prawdą że zaproponowana bateria jest nieweryfikowalna. Samo zaoferowanie alternatywnej baterii nie powoduje, że oferta odwołującego jest niezgodna z SIWZ; tym samym, bateria zaoferowana przez niego spełnia wymagania zamawiającego wyrażone w WZTT.

[zarzut nr 2 – zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści ofert na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp]

Zdaniem odwołującego w niniejszej sprawie nie może budzić wątpliwości, że zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 Pzp. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wbrew literalnemu brzmieniu tego przepisu, aktywność tego rodzaju, zgodnie z orzecznictwem KIO jest jednak nie tylko uprawnieniem zamawiającego, ale jego obowiązkiem.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający mając wątpliwości co do zaoferowania przez niego wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia oraz spełnienia przez jego poszczególne elementy wymagań opisanych w WZTT, całkowicie zaniechał podjęcia działań zmierzających do wyjaśnienia niejasności. Zwrócił przy tym uwagę, że analiza jego oferty oraz dołączonych do niej załączników (w szczególności Załącznika nr 2 i 4) w pełni potwierdziła, że jego oferta jest całkowicie zgodna z SIWZ, jednak w przypadku gdy pewne elementy oferty wzbudziły wątpliwości, Zamawiający zobowiązany był, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, wezwać go do wyjaśnienia jej treści.

Odwołujący podkreślił przy tym, że zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami zamawiającego. Wielokrotnie w treści oferty oświadczył, że oferowany przedmiot spełnia wymagania SIWZ, co wynika z treści formularza oferty oraz Załącznika nr 2. Natomiast, jeżeli zamawiający powziął wątpliwości co do elementów jego oferty, powinien wezwać odwołującego do wyjaśnienia.

[zarzut nr 3 – naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców]

Odwołujący wskazał w tym aspekcie, że zamawiający naruszył w postępowaniu także zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą *„zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”*

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że w trakcie postępowania zamawiający wielokrotnie wzywał wszystkich pozostałych trzech wykonawców - poza odwołującym – w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści oferty, przede wszystkim w zakresie zgodności z wymaganiami SIWZ, pod rygorem jej odrzucenia. Co jednak najistotniejsze, wezwania te dotyczyły niejasności treści ofert innych wykonawców, w analogicznym zakresie

do tych, które w ocenie zamawiającego stanowiły podstawę odrzucenia oferty odwołującego. W odwołaniu podał przykładowe w jego ocenie przypadki takich działań zamawiającego.

Odwołujący stwierdził przy tym, że zamawiający zastosował art. 87 ust. 1 Pzp do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu z wyłączeniem jednak odwołującego, pomimo tego, że wątpliwości stanowiące podstawę odrzucenia jego oferty przez zamawiającego dotyczyły podobnych okoliczności. Poza tym zamawiający, pomimo powzięcia podobnych wątpliwości co do rzekomo niezgodnej z SIWZ oferty odwołującego, nie podjął żadnej próby wyjaśnienia jej treści, zaś w sposób formalistyczny odrzucił ofertę. Dalej wyjaśnił, że w orzecznictwie wyrażany jest pogląd, że zasada równego traktowania wykonawców polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Powiązany z tą zasadą pozostaje obowiązek zamawiającego do zachowania przejrzystości i niedyskryminacji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przejawiający się m. in. w stosowaniu jednakowych zasad i zapewnieniu jednakowych szans na etapie późniejszej weryfikacji spełnienia stawianych wykonawcom wymagań.

W świetle powyższego odwołujący stwierdził, iż decyzja o odrzuceniu jego oferty w jaskrawy sposób narusza art. 7 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp. Nie sposób bowiem twierdzić, iż za przejrzyste i niedyskryminacyjne należy uznać takie badanie ofert wykonawców, w którym działania zmierzające do usunięcia z ofert niektórych niedokładności czy błędów zamawiający podejmuje wyłącznie w stosunku do niektórych z wykonawców, pomijając przy tym całkowicie odwołującego.

[zarzut nr 4 – brak podstaw faktycznych w Zawiadomieniu potwierdzających niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ - naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp]

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający zobowiązany jest do poinformowania wykonawców, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający nie dopełnił obowiązku polegającego na przedstawieniu podstawy faktycznej odrzucenia oferty Konsorcjum Enamor. Zdaniem odwołującego zamawiający podjął Decyzję zarzucając naruszenia rzekomych wymagań co do przedmiotu zamówienia, które jednak nie zostały wyrażone w SIWZ oraz nie przywołał postanowień SIWZ, które miałyby potwierdzać jego stanowisko, a tym samym nie podał podstaw faktycznych zaskarżanej czynności.

W ocenie odwołującego zamawiający nie przedstawił żadnych konkretnych faktów potwierdzających, że odwołujący nie zaoferował urządzeń wymienionych w pkt 1 Decyzji. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że zamawiający stwierdza w pkt 2 Decyzji, że panele anteny zasadniczej mają różny kształt i z tego faktu błędnie wywodzi, że są one niezgodne z pkt 6.3.5 WZTT. Należy jednak podkreślić, że z przywołanego postanowienia WZTT nie wynika,

aby panele anteny zasadniczej musiały mieć ten sam kształt. Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający opiera się w Decyzji o odrzuceniu na podstawach, które nie wynikają z treści SIWZ, a tym samym zarzuty stawiane Konsorcjum Enamor przez zamawiającego są bezpodstawne.

Z kolei, w pkt 3 Decyzji o odrzuceniu zamawiający nie przywołał żadnego postanowienia SIWZ z jakim rzekomo oferta odwołującego ma być niezgodna. Zamawiający argumentując podstawę odrzucenia oferty, ze względu na rzekomy nieprawidłowy zakres ruchu systemu antenowego, stwierdził jedynie, że treść oferty Konsorcjum Enamor była niezgodna z SIWZ („(...) *co jest niezgodne z SIWZ*”), jednak nie odwołał się w ogóle do jakiegokolwiek konkretnego postanowienia SIWZ. Ponadto zamawiający nie wyjaśnił na czym polegała taka niezgodność. W dalszej części, zamawiający uznał, że odwołujący proponuje fizyczne przestawianie terminala, jednak ponownie nie przywołuje postanowień SIWZ, które tego zakazują.

Ponadto odwołujący stwierdził, że zamawiający nie przedstawił również jakichkolwiek podstaw faktycznych, z których wynikałoby, że zaoferowana przez odwołującego bateria nie spełniała wymagań SIWZ. Innymi słowy, na podstawie niezrozumiałej Decyzji o odrzuceniu nie jest możliwe zweryfikowanie podstawy uznania, że bateria zaoferowana przez Konsorcjum Enamor nie spełnia wymagań zamawiającego, w szczególności z jakimi postanowieniami SIWZ jest ona rzekomo niezgodna.

[zarzut nr 5 – zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego ewentualnych tzw. „innych omyłek” na art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwzględnieniem wyjaśnień]

Odwołujący w ramach tego zarzutu stwierdził, że nawet gdyby uznać - czemu stanowczo zaprzeczył - że w jego ofercie znajdują się omyłki i nieścisłości, to w wyniku wezwania go do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, zamawiający mógłby dokonać odpowiedniego poprawienia ewentualnych omyłek, które nie powodowałyby zmiany oferty. W konsekwencji zamawiający powinien był wezwać go do wyjaśnienia treści oferty, a w wyniku otrzymanych wyjaśnień, dokonać ewentualnego poprawienia treści oferty, jako tzw. „innych omyłek” na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy TTcom oraz Konsorcjum Siltec.

Na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 sierpnia 2014 r. zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania Konsorcjum Enamor w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania przed Izba. Podobnie w tym

samym dniu, na posiedzeniu, wykonawcy zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego - TTcomm oraz konsorcjum Siltec złożyli pisma procesowe, w których wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

Sygn. akt KIO 1603/18

W dniu 10 sierpnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: KenBIT K. i Wspólnicy Sp. J. z siedzibą w Warszawie oraz Tampa Microwave LLC z siedzibą w Saint Petersburg (zwani dalej: „odwołującym” lub „Konsorcjum KenBIT”) wnieśli odwołanie wobec następujących czynności zamawiającego polegających na:

- a) zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy TTcomm;
- b) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy TTcomm;
- c) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Siltec;
- d) wyborze oferty wykonawcy TTcomm, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W związku powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

A. W zakresie badania i oceny oferty TTcomm:

1. art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 marca 2016 r.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie wskazał w treści oferty nazwy producenta, rodzaju, typu, modelu ani specyfikacji baterii w oferowanym terminalu, która to informacja jest kluczowa z punktu widzenia wymaganego opisu sposobu spełnienia wymogów odnoszących się do baterii;
2. art. 24 ust 2 pkt. 3 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 marca 2016 r.) poprzez zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy podał on nieprawdziwe informacje o liczbie cykli ładowania (401) z zachowaniem 75% pojemności baterii, o możliwości wyprodukowania i wprowadzenia do obrotu baterii przez spółkę GISS Sp. z o.o. (ewentualnie samego wykonawcę) oraz o możliwości spełnienia wymogu odczytu ilości cykli ładowania, co miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania w ten sposób, iż doprowadziło zamawiającego do błędnego przekonania, iż oferowany sprzęt spełnia wymogi określone w SIWZ, a w konsekwencji wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oraz mogło mieć wpływ na wynik postępowania w ten sposób, iż wykonawca uzyskałby większą liczbę punktów;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 marca 2016 r.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie wskazał w treści oferty sposobu, w jaki spełnia wymaganie odnoszące się do odporności

terminala na skoki typu HALO, określone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.11.4 oraz w pkt. 6.11.4 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT);

4. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 marca 2016 r.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie określił sposobu, w jaki oferowany sprzęt spełnia wymogi zamawiającego określone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.18.7 oraz w pkt. 6.18.7 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT);
 5. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 marca 2016 r.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo złożenia wyjaśnień, w których wykonawca wbrew obowiązкови zawartemu w art. 90 ust. 2 Pzp nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
 6. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 marca 2016 r.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie określił sposobu, w jaki oferowany sprzęt spełnia wymogi zamawiającego określone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.1.1. oraz w pkt. 6.1.1 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT);
- B. W zakresie badania i oceny oferty Konsorcjum Siltec:
1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 marca 2016 r.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie wskazał w treści oferty nazwy producenta, rodzaju, typu, modelu ani specyfikacji baterii w oferowanym terminalu która to informacja jest kluczowa z punktu widzenia wymaganego opisu sposobu spełnienia wymogów odnoszących się do baterii;
 2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 marca 2016 r.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie wskazał w treści oferty sposobu, w jaki spełnia wymaganie odnoszące się do odporności terminala na skoki typu HALO, określone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.11.4 oraz w pkt. 6.11.4 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT);
 3. art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 marca 2016 r.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie określił sposobu, w jaki oferowany sprzęt spełnia wymogi zamawiającego określone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.1.1 oraz w pkt. 6.1.1 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT);

4. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 marca 2016 r.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie określił sposobu, w jaki oferowany sprzęt spełnia wymogi zamawiającego określone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.3.15 oraz w pkt. 6.3.15 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT), oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wobec niespełnienia tego wymogu przez oferowany sprzęt;
5. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 marca 2016 r.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie określił sposobu, w jaki oferowany sprzęt spełnia wymogi zamawiającego określone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.3.16 oraz w pkt. 6.3.16 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT), oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wobec niespełnienia tego wymogu przez oferowany sprzęt;
6. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 marca 2016 r.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie określił sposobu, w jaki oferowany sprzęt spełnia wymogi zamawiającego określone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.18.5 oraz w pkt. 6.18.5 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT), oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wobec niespełnienia ww. wymogu przez oferowany sprzęt;
7. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 marca 2016 r.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie określił sposobu, w jaki oferowany sprzęt spełnia wymogi zamawiającego określone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.18.7 oraz w pkt. 6.18.7 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT), oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wobec niespełnienia ww. wymogu przez oferowany sprzęt – zarzut cofnięty na rozprawie.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty TTcomm, jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2) ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) wykluczenia wykonawcy TTcomm;
- 4) odrzucenia oferty wykonawcy TTcomm;
- 5) odrzucenia oferty Konsorcjum Siltec.

Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 Pzp. Jest także zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia publicznego i złożył ofertę w postępowaniu. Ponadto wyjaśnił, że oferta złożona przez niego nie została odrzucona i została sklasyfikowana na trzeciej pozycji w rankingu punktowym, za ofertą TTcomm (poz. 1 - wybrana jako najkorzystniejsza) i ofertą Konsorcjum Siltec (poz. 2). Dalej stwierdził, że na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia ofert ww. wykonawców sklasyfikowanych na poz. 1 i 2, jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, a w wyniku ww. bezprawnych działań, które w konsekwencji doprowadziły do niezgodnego z przepisami Pzp wyboru oferty wykonawcy TTcomm został on pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i zysku związanego z jego realizacją, co stanowi szkodę.

[zarzut nr 1 – w zakresie badania i oceny oferty TTcomm]

Odwołujący wskazał, że w rozdziale VII SIWZ zamawiający określił sposób przygotowania ofert. Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wypełnili treść formularza stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ (rozdz. VII ust. 2 SIWZ). Z wykazu załączników zawartego we wzorze ww. formularza wynika natomiast, iż załącznikiem nr 2 do wzoru formularza ofertowego, a zarazem integralną częścią tego formularza, jest „Opis oferowanego terminala i wyposażenia”.

Z kolei z opisu kolumn tabeli zawartej w „Opisie oferowanego terminala i wyposażenia”, w części zatytułowanej „Deklaracja zgodności spełnienia wymagań WZTT przez oferowany Terminal i Wyposażenie” wynika jednoznacznie, iż oprócz deklaracji spełnienia WZTT na zasadzie spełnia / nie spełnia, każdy wykonawca zobowiązany był do przedstawienia swojej propozycji danego wymagania, np. opisowo przedstawiając cechy i/lub funkcjonalność urządzenia bądź jego elementu lub wskazując zastosowanie urządzenia, wraz z jego opisem, producentem, parametrami technicznymi itp.

Zatem zdaniem odwołującego nie ulega wątpliwości, iż intencją zamawiającego było zapoznanie się ze szczegółową specyfikacją techniczną i funkcjonalnością przedmiotu oferty. W przeciwnym wypadku, tabela nie zawierałaby kolumny „sposób spełnienia wymagania lub odniesienia do dokumentu zawartego w ofercie, w którym jest opisany”, zaś ocena zamawiającego ograniczałaby się do zbadania prostej deklaracji wykonawcy spełnia / nie spełnia, zawartej w innej kolumnie tabeli.

Powyżej przywołane postanowienia SIWZ i załączników, w tym w szczególności

formularza ofertowego, zakreślają wymagany przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu zakres treści oferty, która nie ograniczała się do deklaratoryjnego potwierdzenia spełniania wymaganych parametrów, ale kompleksowego (opisowego) zaprezentowania, w jaki sposób oferowany przez wykonawcę sprzęt spełnia wymogi zamawiającego. Taki charakter informacji zawartych w formularzu oferty przesądził, iż składały się one na merytoryczną treść oferty, czyli oświadczenie woli wykonawcy, jakie konkretnie wyroby oferuje, ze wskazaniem sposobu spełniania wymogów technicznych, funkcjonalnych i innych. Oznacza to, że zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę nie tylko w razie, gdy *explicite* z jej treści wynika niespełnienie wymagania obligatoryjnego, ale również wtedy, gdy nie sprecyzowano w niej (lub w ogóle nie wskazano) sposobu spełnienia któregośkolwiek z wymagań, z ewentualnym zaznaczeniem proponowanego odstępstwa od parametru pożądanego przez zamawiającego.

Powyższe zdaniem odwołującego jest o tyle istotne, iż sprzęt nabywany w ramach przedmiotowego postępowania - jako służący łączności - jest kluczowy dla efektywnego prowadzenia działań militarnych oraz kluczowy dla zapewnienia przetrwania żołnierzy na polu walki. Zamawiający nie mógł więc pozwolić sobie na pominięcie oceny któregośkolwiek z zakreślonych w treści formularza oferty parametrów technicznych lub funkcjonalnych oferowanego sprzętu.

Bateria jest kluczowym elementem nabywanego sprzętu. Stanowi ona o jego żywotności, co ma istotne przełożenie na wachlarz praktycznych zastosowań. Zastosowania te określa zamawiający, stąd już na etapie prowadzonego postępowania musi mieć świadomość, jakie są cechy i funkcjonalności oferowanej baterii. Jest to ponadto element wymienny, stąd zamawiający - nawet dysponując pozostałymi danymi dotyczącymi oferowanego sprzętu - nie jest w stanie na ich podstawie ustalić parametrów baterii. Muszą one zostać określone w ofercie wykonawcy w taki sposób, aby zamawiający na ich podstawie mógł jednoznacznie stwierdzić, czy oferowana bateria spełnia wszystkie zakreślone wymagania. W opinii odwołującego zamawiający wymagał podania określonych parametrów oferowanej baterii w następujących wierszach formularza ofertowego:

- Tabela „Opis oferowanego Terminala i Wyposażenia” z załącznika nr 2 do Formularza oferty - punkt nr. 1.3 „Zespół zasilania (Zamawiający wprost wymagał podania tu typów baterii kompatybilnych z zespołem zasilania oraz nazwy, typu, modelu i producenta oferowanej baterii - nagłówek kol. 2 tabeli);
- Tabela - „Deklaracja zgodności spełnienia wymagań WZTT przez oferowany Terminal i Wyposażenie” z załącznika nr 2 do Formularza oferty - Wiersz Lp. 67 odnoszący się do wymagania nr 6.5.6. z WZTT;
- Tabela - „Deklaracja zgodności spełnienia wymagań WZTT przez oferowany Terminal i Wyposażenie” z załącznika nr 2 do Formularza oferty - Wiersz Lp. 108 odnoszący się do

wymagania nr 6.12.8. z WZTT;

- Tabela - „Deklaracja zgodności spełnienia wymagań WZTT przez oferowany Terminal i Wyposażenie” z załącznika nr 2 do Formularza oferty - Wiersz Lp. 100 odnoszący się do wymagania nr 6.12.9. z WZTT - wymaganie premiowane w kryterium „Parametry techniczne”.

W żadnym z tych punktów, w ocenie odwołującego, wykonawca nie wskazał producenta baterii, modelu, typu, czy chociażby specyfikacji baterii, jedynie przepisał wymagania z WZTT w zdaniach twierdzących. W tabeli „Opis oferowanego Terminala i Wyposażenia” z załącznika nr 2 do Formularza oferty - punkt nr. 1.3 „Zespół zasilania” wskazał kilka przykładowych typów baterii, z którymi kompatybilny jest zespół zasilania (str. 12 oferty), nie wskazując przy tym, który z nich jest oferowany.

W konsekwencji powyższego, w opinii odwołującego, wykonawca może dostarczyć jakiegokolwiek typ baterii, co więcej z powodu przepisania zapisów oferty w treść umowy w przypadku jej podpisania, wykonawca na czas testów może dostarczyć jeden typ baterii, a w trakcie dostawy zupełnie inny typ baterii. Wykonawca dokonał własnej oceny w zakresie określonych wymagań. Wobec takiego działania wykonawcy, zamawiający pozbawiony został możliwości oceny, czy bateria faktycznie spełnia określone w SIWZ wymagania.

Następnie odwołujący podniósł, iż zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Konsorcjum Enamor, zawartym w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 31 lipca 2018 wskazał, iż wpisanie przez Konsorcjum Enamor typu baterii „BB2590 lub podobne” nie pozwala na jednoznaczną weryfikację oferty, ponieważ zamawiający nie może mieć pewności o jakie „podobieństwa” chodziło wykonawcy pomimo, iż Konsorcjum Enamor załączył kartę katalogową baterii jasno wskazującą nazwę, typ, model, producenta. W przypadku oferty Konsorcjum Siltec również nie ma możliwości pewności czy chodziło wykonawcy o baterie BB 2590 czy BB 2590/U, dodatkowo Konsorcjum Siltec nie wskazał ani producenta baterii, ani nazwy baterii ani modelu. Jest to nierówne traktowanie wykonawców przy czym oferta Konsorcjum Siltec daje jeszcze mniejszą pewność, jaką baterie oferuje, i jakiego producenta.

Z uwagi na powyższe, zamawiający zdaniem odwołującego zobowiązany był odrzucić ofertę tego wykonawcy, z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

[zarzut nr 2 – w zakresie badania i oceny oferty TTcomm]

Odwołujący stwierdził, że w treści oferty TTcomm wskazano, iż producentem systemu zasilania jest spółka GISS Sp. z o.o. (tabela „Opis oferowanego Terminala i Wyposażenia” z załącznika nr 2 do Formularza oferty - punkt nr 1.3 „Zespół zasilania”, kolumna „producent i model”) i wobec braku odrębnego wskazania producenta oferowanych baterii, zamawiający

mógłby uznać, iż spółka ta jest również producentem baterii, stanowiących element oferowanego systemu zasilania. Ewentualnie, potencjalnie takim producentem mógłby być sam wykonawca. Tymczasem w ocenie odwołującego ani spółka GISS Sp. z o.o. ani sam wykonawca - spółka TTcomm S.A. nie zostały wpisane do rejestru podmiotów wprowadzających baterie lub akumulatory oraz prowadzących zakłady przetwarzania zużytych baterii lub zużytych akumulatorów, prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, do dnia 24 stycznia 2018 r., ani też do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Informacja o tym, iż którykolwiek z tych podmiotów mógłby choćby potencjalnie być producentem baterii bądź wprowadzać takowe do obrotu nie jest więc prawdziwa.

Ponadto, zdaniem odwołującego, w treści oferty TTcomm wskazano również, iż oferowana bateria umożliwia 401 cykli ładowania przy zachowaniu 75% jej pojemności. Według wiedzy odwołującego, żaden producent nie oferuje baterii odnawialnych tego typu, które działając w wymaganych przez WZTT warunkach środowiskowych gwarantowałyby 401 cykli ładowania z zachowaniem 75% początkowej pojemności.

W treści oferty wykonawca TTcomm deklaruje również spełnienie wymogu: *„wyposażone w moduł zarządzania umożliwiający, z poziomu oprogramowania do zarządzania konfiguracją oraz monitorowaniem parametrów pracy Terminala, odczyt co najmniej napięcia akumulatora, ilości wykonanych cykli ładowania, aktualnej pojemności akumulatora”*. Zaś w opinii odwołującego spełnienie tego wymogu nie jest technologicznie możliwe, gdyż nawet zastosowanie w bateriach magistrali SMBus wraz z systemem Smart Battery System nie daje technologicznej możliwości badania ilości cykli ładowania. Najbardziej zaawansowane baterie o przeznaczeniu wojskowym tego typu pozwalają jedynie na zliczenie, ile razy bateria została wykorzystana do 80% początkowej pojemności. Przykładowo: jeśli bateria zostanie wykorzystana do 50% swojego poziomu pojemności i później ponownie naładowana, to nie zostanie to policzone przez oprogramowanie baterii jako cykl ładowania. Jeśli bateria zostanie 100 razy rozładowana do poziomu 60% i po każdym razie naładowana, system SMS i SMbus nie zliczą ani jednego cyklu ładującego. W praktyce taka funkcjonalność nie ma zastosowania w masowych bateriach czy to o przeznaczeniu na rynek cywilny czy militarny. Również najnowsze telefony komórkowe typu smartfon nie są w stanie zliczyć ilości cykli ładowania, ani też najnowszej generacji laptopy nie są w stanie zliczyć ilości cykli ładowania swoich baterii.

Z uwagi na powyższe, odwołujący podniósł, że deklaracja wykonawcy zawarta w punkcie 2 podpunkt 8] Formularza Oferty w brzmieniu *Akumulatory Terminala zapewniają więcej niż 350 cykli ładowania i ilość cykli ładowania wynosi 401 z zachowaniem 75% początkowej pojemności i są wyposażone w moduł zarządzania umożliwiający,*

z poziomu oprogramowania do zarządzania konfiguracją oraz monitorowaniem parametrów pracy Terminala, odczyt co najmniej napięcia akumulatora, ilości wykonanych cykli ładowania, aktualnej pojemności akumulatora” jest niemożliwa do spełnienia z powodów ograniczeń współczesnej technologii ogniw bateryjnych i wykorzystywanych systemów SBS i magistrali SMBus.

Powyższe, zdaniem odwołującego, miało wpływ nie tylko na przekonanie zamawiającego, iż oferowany przez wykonawcę sprzęt spełnia podstawowe wymogi SIWZ oraz iż w treści oferty wskazano wszystkie wymagane informacje (w szczególności o producencie baterii), lecz również na liczbę punktów uzyskanych w ramach kryterium oceny ofert, o którym mowa w rozdziale IX ust. 4 pkt. 8 SIWZ - „żywność baterii”, gdzie zadeklarowanie liczby cykli ładowania powyżej 400 powodowało uzyskanie większej liczby punktów. Informacja zawarta w treści oferty mogła mieć więc wpływ na wynik postępowania, co jest warunkiem wystarczającym do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie ar. 24 ust. 4 pkt. 3 Pzp, do czego - zdaniem odwołującego - zobowiązany był zamawiający.

[zarzut nr 3 – w zakresie badania i oceny oferty TTcomm]

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy w formularzu stanowiącym załącznik nr 2 do formularza oferty, w kolumnie „sposób spełnienia wymagania” opisali sposób spełnienia wymogu w pkt. 6.11.4, lub oznaczyli dokument, w którym ten sposób jest opisany. W tym zakresie odwołujący wskazał, że w przedmiocie waloru zawartego w ofercie opisu sposobu spełnienia wymogu zastosowanie znajduje argumentacja zawarta przy zarzucie nr 1. Zwraca uwagę, że wykonawca ograniczył się do prostego skopiowania wymogu do kolumny „sposób spełnienia”, nie wskazując konkretnych okoliczności, które miałyby przesądzić o jego spełnieniu.

Natomiast według odwołującego brak wskazania szczegółowych informacji uniemożliwia zamawiającemu weryfikację spełnienia przez oferowany terminal wymagania w zakresie odporności na skoki typu HALO. Poprzestanie jedynie na powieleniu w miejscu przeznaczonym na wykazanie sposobu spełnienia wymagań informacji zawartych w kolumnie „zestawienie wymagań jakościowych i ilościowych wymaganych do spełnienia przez oferowany Terminal i wyposażenie” nie jest przekazaniem zamawiającemu danych umożliwiających ocenę zgodności zaoferowanego urządzenia z treścią SIWZ. Niepoparta dodatkowymi szczegółowymi informacjami deklaracja wykonawcy zawierająca stwierdzenie, iż *„terminal posiada zabezpieczenia w celu wyeliminowania ryzyka uszkodzenia sprzętu podczas operacji spadochronowych na dużych wysokościach (...)”* nie pozwala na uzyskanie przez zamawiającego wiedzy o przyjętych rozwiązaniach gwarantujących zarówno zapewnienie bezpieczeństwa operatora jak również zapobieżenie uszkodzenia sprzętu.

Zamawiający nie mógł tym samym opierając się na przedstawionej deklaracji ocenić oświadczenia, które w istocie nie zawiera żadnych szczegółów odnoszących się do specyfiki w tym zakresie. Przyjęcie, iż każda deklaracja zgodności z wymaganiami wskazanymi w kolumnie 2 załącznika nr 2 do oferty bez przedstawienia danych odnoszących się do sposobu w jaki wykonawca zamierza zagwarantować spełnienie wymagania jest wystarczająca przeczyłaby opisowi zawartemu w nagłówku kolumny tabeli, zgodnie z którym zamawiający wymagał wskazania sposobu spełnienia wymagania, a więc pewnej konkretyzacji, a nie jak przyjął wykonawca podczas uzupełnienia swojej oferty potwierdzenia informacji zawartych we wcześniejszych kolumnach tabeli omawianego załącznika. Wykonawca potwierdził funkcjonalność poprzez wybór opcji „spełnia”. Sformułowanie „sposób” powinno odnosić się do wskazania jak wykonawca deklarujący spełnienie wymagania jakościowego zamierza zapewnić określoną funkcjonalność. W przypadku gdyby zamawiający oczekiwał, że deklaracja wykonawcy odnosić się będzie do potwierdzenia spełnienia wymagań wówczas wystarczające byłoby zaznaczenie jednej z opcji „spełnia/nie spełnia” przedstawionej w kolumnie „Deklaracja Wykonawcy”, nie oczekując wypełnienia dodatkowej kolumny tabeli. Wobec skonstruowania formularza oferty i załączników w formie przedstawionej w SIWZ oczywistym jest, w ocenie odwołującego, że potwierdzenie spełnienia wymagań nie jest wystarczające do oceny wykazania zgodności oferty z jej treścią, co pozwala na stwierdzenie, że zamawiający dokonał wyboru tej oferty pomimo braku dysponowania informacjami pozwalającymi na jej zbadanie z zachowaniem należytej staranności.

Dokonanie opisu sposobu spełnienia zakreślonego wymogu odwołujący uznał za obiektywnie możliwe. Przykładowo, należałoby wskazać, iż oferowany sprzęt wyposażony jest w służę/zawór do wyrównywania ciśnienia i wilgotności. Odwołujący wyjaśnił przy tym, że pierwsza generacja terminali SHF firmy Tampa Microwave nie posiadała tego typu zabezpieczenia, co skutkowało implozją bądź eksplozją sprzętu. W momencie wyjścia poza próg platformy desantowej, na wysokości 7500 m. n. p. m. panuje duża wilgotność, ujemne temperatury oscylujące w okolicach -50 st. C, 3-krotnie niższe ciśnienie niż na poziomie morza, a operator po osiąga prędkość graniczną ok. 200km/h. W przypadku desantu powietrznego odbywającego się w gorącym klimacie (Afryka, Bliski Wschód itd.) w ciągu 2 minut temperatura może wzrosnąć do 40 st. C, a ciśnienie atmosferyczne 3-krotnie, co sprawia, że terminale hermetycznie zamknięte i nie wyposażone w zawór wyrównujący ciśnienie ulegnąć mogą zniszczeniu. W skokach tego typu, z bardzo długą fazą swobodnego spadania „Accelerated Freefall”, wszelki ekwipunek, w tym przypadku terminal SHF musi być przymocowany do uprząży operatora na jego piersi i brzuchu, tak aby był on w stanie utrzymywać i kontrolować pozycję ciała. W przypadku uszkodzenia terminala co może nastąpić bez specjalistycznego zaworu bezpieczeństwa niezaoferowanego przez

wykonawcę, istnieje ryzyko zranienia operatora, bądź uszkodzenia spadochronu, narażając go na uratę zdrowia i życia. Z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, iż sprzęt oferowany przez tego wykonawcę nie posiada wyżej opisanej funkcjonalności.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę tego wykonawcy zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

[zarzut nr 4 – w zakresie badania i oceny oferty TTcomm]

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy w formularzu stanowiącym załącznik nr 2 do formularza oferty, w kolumnie „sposób spełnienia wymagania” opisali sposób spełnienia wymogu w pkt. 6.18.7, lub oznaczyli dokument, w którym ten sposób jest opisany. W tym zakresie odwołujący wskazał, że w przedmiocie waloru zawartego w ofercie opisu sposobu spełnienia wymogu zastosowanie znajduje argumentacja zawarta przy zarzucie nr 1.

Zdaniem odwołującego TTcomm nie oznaczył dokumentu opisującego sposób spełnienia ww. wymogu, ani też de facto nie opisał sposobu jego spełnienia. Ograniczył się jedynie do prostego przepisania wymogu zamawiającego w kolumnie „sposób spełnienia wymagania” (wiersz nr 142 w złożonym przez wykonawcę załączniku nr 2 do formularza ofertowego), który nie zawiera kluczowej dla zamawiającego treści, a mianowicie przyjętych przez wykonawcę konkretnych rozwiązań technicznych i funkcjonalności. Gdyby bowiem intencją zamawiającego było uzyskanie prostej deklaracji - spełnia bądź nie, w ogóle nie wprowadzałyby on do przedmiotowego formularza kolumny „sposób spełnienia”.

Przedmiotowe wymaganie odnosi się do kluczowych funkcjonalności oferowanego sprzętu - zabezpieczeń przed porywami wiatru i zabezpieczeń przed uszkodzeniami wynikłymi z awarii zasilacza bądź wzrostu VSWR.

Dokonanie opisu sposobu spełnienia tych wymagań należy uznać za obiektywnie możliwe, choćby przez wskazanie konkretnych cech konstrukcyjnych sprzętu, takich jak np. sposób mocowania do podłoża, wraz ze wskazaniem, czy mocowania są integralną czy też osobną częścią zestawu.

W ocenie odwołującego taki sposób wypełnienia formularza ofertowego nie pozwala zamawiającemu na ocenę, czy oferowany terminal rzeczywiście posiada oferowane zabezpieczenia oraz lub ewentualne zabezpieczenia odpowiadają zakreślonym przez zamawiającego wymogom. Zamawiający nie wie, co oferuje wykonawca pomimo, iż wprost wymagał określenia sposobu spełnienia wymogów.

Z publicznie dostępnej fotografii poglądowej oferowanego sprzętu, dostępnej na stronie <https://giss.pl/en/offer/25-offer-en/satellite-systems-pl>, zamawiający mógł także powziąć informację, iż oferowany sprzęt nie spełnia co najmniej wymogu posiadania konstrukcji, umożliwiającej przytwierdzenie go do podłoża. Wskazana fotografia wskazuje

antenę umieszczoną na trójnogu, w którym żadna z podpór nie jest zakończona elementem, który choćby potencjalnie mógłby służyć przytwierdzeniu sprzętu do podłoża. Może on służyć co najwyżej w miarę stabilnemu ustawieniu sprzętu na podłożu płaskim, przy czym z uwagi na dość znaczną powierzchnię czaszy anteny w stosunku do długości każdej z podpór, zostanie on przewrócony przy silniejszym wietrze. Nawet gdyby uznać, iż możliwe byłoby rozszerzenie sprzętu wskazanego na fotografii o dodatkowe elementy (czego wykonawca - wbrew wyraźnemu wymogowi zamawiającego - nie opisał w kolumnie „sposób spełnienia”), to sprzęt ten nie jest do tego przygotowany konstrukcyjnie, albowiem na fotografii nie są widoczne punkty mocowań takich ewentualnych elementów. Dla zapewnienia stabilności tego typu sprzętu powszechnie stosuje się przykładowo otwory w podporach, do których mocowane jest obciążenie mające zapewnić stabilność w przypadku silnego wiatru. Otworów tych nie ma na wskazanej fotografii. Nie można więc ustalić jednoznacznie, w jaki sposób wykonawca zamierza spełnić wymagania zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, zamawiający zobowiązany był odrzucić złożoną ofertę z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

[zarzut nr 5 – w zakresie badania i oceny oferty TTcomm]

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 marca 2016 r.) jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (...). Zgodnie natomiast z art. 90 ust. 2 Pzp, ciężar dowodu, iż oferta rażąco niskiej ceny nie zawiera, spoczywa w całości na wykonawcy. Zamawiający nie ma prawa ani obowiązku wykazywania tej okoliczności za wykonawcę.

Zdaniem odwołującego analiza wyjaśnień złożonych przez TTcomm prowadzi do wniosku, iż nie sprostał on ww. ciężarowi dowodu, a wyjaśnienia stanowią zbiór ogólnikowych twierdzeń i sprowadzają się w istocie nie tyle do wykazania, co prostego zapewnienia zamawiającego, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Dalej odwołujący zwrócił uwagę, że TTcomm w złożonych wyjaśnieniach w dużym stopniu polemizuje z podjęciem przez zamawiającego decyzji odnośnie zasadności skierowania wezwania o wyjaśnienie ceny złożonej oferty podkreślając fakt, iż niższa o ponad 30% od wartości zamówienia cena nie powoduje w żadnym razie, że może być ona uznana za rażąco niską. Wykonawca argumentując powyższe odniósł się do daty

oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia oraz do wzmianki odnośnie nieuwzględnienia w badaniu rynku krajowego producenta terminali SHF podkreślając, że przed dniem ogłoszenia postępowania krajowi producenci nie mieli w swoich ofertach przedmiotowych terminali. Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, że porównanie cen złożonej oferty z cenami ofert wykonawców konkurencyjnych nie daje podstaw do jej oceny jako rażąco niskiej. Powyższa argumentacja stanowi w swej istocie polemikę z ustawodawcą, który w Pzp zawarł wymagania w zakresie przesłanek, których spełnienie wymaga od zamawiającego konieczności podjęcia czynności w postępowaniu - skierowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp wykonawca jest zobowiązany do wykazania, że cena nie jest ceną rażąco niską, musi więc w swoich wyjaśnieniach wskazać sposób dotyczący przyjętych składników cenotwórczych uzasadniając ich realność, nie zaś oceniać zasadność lub brak zasadności czynności podjętych przez zamawiającego. Natomiast w ocenie odwołującego wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie odnoszą się do konkretnych danych lecz zawierają ogólniki, które odpowiadałyby każdemu postępowaniu o udzielenie zamówienia bez względu na jego przedmiot. Sformułowania, jakimi posługuje się wykonawca, takie jak *„przygotowanie oferty z należytą starannością, na podstawie wnikliwej analizy warunków rynkowych oraz kosztów pracy niezbędnych do realizacji zamówienia”* nie umożliwiają zamawiającemu uzyskania informacji odnośnie tego, w czym przejawia się należyta staranność wykonawcy lub w jaki sposób została przeprowadzona analiza warunków rynkowych oraz kosztów pracy. Podkreślenie powyższych czynników bez zawarcia w treści pisma szczegółowego odniesienia do nich nie stanowi potwierdzenia realności oszacowania oferty, nie jest więc realizacją spoczywającego na wykonawcy obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Również przytoczona w ust. 4 pisma wykonawcy wzmianka o skalkulowaniu ceny *„z uwzględnieniem właściwych wykonawcy okoliczności i kosztów realizacji”* nie przekazuje zamawiającemu informacji, jakie okoliczności i koszty wykonawca uznaje za właściwe.

Odwołujący podkreślił również, iż wykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny nie polega również na przedstawieniu zamawiającemu informacji stanowiących porównanie ceny oferty wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień z cenami innych ofert (czego zamawiający niewątpliwie dokonał będąc zobowiązanym do obliczenia średniej arytmetycznej cen złożonych ofert zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp) lub podkreślania okoliczności powszechnie znanych wszystkim podmiotom rynku zamówień publicznych takich jak fakt, że wraz z upływem czasu od ogłoszenia postępowania ceny ulegają zmianie. Niewątpliwie zamawiającemu powyższe okoliczności były znane, a ich podkreślenie przez wykonawcę wezwanego do wyjaśnień nie wnosi niczego nowego w zakresie wykazania realności założeń związanych z określeniem koniecznych składników cenotwórczych. Istota udzielenia

wyjaśnień sprowadza się do przekazania informacji nieznanym zamawiającemu, nie zaś podkreślania okoliczności oczywistych.

Podsumowując, w opinii odwołującego, TTcomm poprzez złożenie wyjaśnień o treści zawartej w piśmie z dnia 24 maja 2018 r. nie sprostował obowiązkowi zawartemu w art. 90 ust. 2 Pzp, tj. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Dokonana na podstawie ogólnych i lakonicznych informacji ocena wyjaśnień powinna prowadzić zamawiającego do wniosku, że wykonawca wobec posłużenia się wyłącznie deklaracją należytego i starannego oszacowania nie dokonał ponad wszelką wątpliwość wykazania realności zaoferowanej ceny.

Wobec powyższego zdaniem odwołującego zasadne jest uznanie naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zakresie zaniechania odrzucenia oferty pomimo tego, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

[zarzut nr 6 – w zakresie badania i oceny oferty TTcomm]

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy w formularzu stanowiącym załącznik nr 2 do formularza oferty, w kolumnie „sposób spełnienia wymagania” opisali sposób spełnienia wymogu w pkt. 6.1.1, lub oznaczyli dokument, w którym ten sposób jest opisany. W tym zakresie odwołujący wskazał, że w przedmiocie waloru zawartego w ofercie opisu sposobu spełnienia wymogu zastosowanie znajduje argumentacja zawarta przy zarzucie nr 1.

Zdaniem odwołującego TTcomm S.A. nie oznaczył dokumentu opisującego sposób spełnienia ww. wymogu, ani też de facto nie opisał sposobu jego spełnienia. Ograniczył się jedynie do prostego przepisania wymogu zamawiającego w kolumnie „sposób spełnienia wymagania” (wiersz nr 1 w złożonym przez wykonawcę załączniku nr 2 do formularza ofertowego), który nie zawiera kluczowej dla zamawiającego treści, a mianowicie przyjętych przez wykonawcę konkretnych rozwiązań technicznych, funkcjonalności mających stanowić o niezawodności łączności. Gdyby bowiem intencją zamawiającego było uzyskanie prostej deklaracji - spełnia bądź nie, w ogóle nie wprowadzałby on do przedmiotowego formularza kolumny „sposób spełnienia”. Przedmiotowe wymaganie odnosi się do podstawowej cechy oferowanego sprzętu, a mianowicie jego bezawaryjności.

Dokonanie opisu sposobu spełnienia wskazanego wymagania należy uznać za obiektywnie możliwe, choćby przez wskazanie konkretnych cech technicznych oferowanego sprzętu, uzyskanych certyfikatów, wskazania na jego wcześniejszą bezproblemową eksploatację przez dotychczasowych użytkowników, specjalistycznych testów, uzyskania aprobat czy rekomendacji.

Taki sposób wypełnienia formularza ofertowego nie pozwala zamawiającemu na

ocenę, czy oferowany terminal rzeczywiście daje rękojmię niezawodności łączności. Nie wskazano również na jakiegokolwiek podstawy faktyczne czy też inne do tego typu twierdzeń. Nie można więc ustalić jednoznacznie, w jaki sposób wykonawca zamierza spełnić wymagania zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego zamawiający zobowiązany był odrzucić złożoną ofertę z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

[zarzut nr 1 – w zakresie badania i oceny oferty Konsorcjum Siltec]

W opinii odwołującego uzasadnienie zawarte w ramach zarzutu nr 1 odnośnie oferty TTcomm znajduje zastosowanie również w przypadku oferty Konsorcjum Siltec. Wykonawca ten nie podał w swojej ofercie ani producenta ani modelu czy też typu baterii zastosowanej w terminalu. Co więcej w Załączniku nr 3 rozdział 6.1. Akumulator Terminala SHF przedstawił zdjęcie akumulatora BB2590/U będącego innym typem niż podany w Tabeli Opis oferowanego Terminala i Wyposażenia z załącznika nr 2 do Formularza oferty - punkt 1.3 „Zespół zasilania”, gdzie podał BB-2590. Dodatkowo w Tabeli 11 ze specyfikacją baterii o nieznanym nazwie i producencie w Załączniku nr 3 rozdział 6.1. znowu w tabeli podał typ BB-2590 podpisując tabelę „Parametry akumulatora BB-2590/U”. Oferta nie może być wariantowa, a w różnych miejscach wykonawca ten zamiennie podaje jako oferowaną baterie BB-2590 bądź BB-2590/U.

Wykonawca ten, zdaniem odwołującego, nigdzie nie podał nazwy, modelu oraz producenta baterii. Podanie w ofercie jako proponowanego rozwiązania BB-2590 bądź BB2590/U nie jest wystarczające. Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych. Idąc tym tokiem, wykonawca mógłby równie dobrze zaoferować w miejsce wymaganego modemu SCPC zaproponować „Modem SCPC” bez podania producenta, modelu oraz nazwy, w miejsce wymaganego modemu MF-TDMA zaproponować „Modem MF- TDMA”, a w miejsce Terminal Plecakowy SHF wpisać Terminal Plecakowy SHF. Producent ogniw zasilających ma wiele wersji baterii BB-2590 bądź BB2590/U różniących się trwałością, specyfikacją i żywotnością. Nie wskazując konkretnego modelu, wykonawca nie złożył oświadczenia woli co do sposobu realizacji zamówienia w zakresie wymaganym w SIWZ.

Dalej odwołujący stwierdził, że zamawiający w uzasadnieniu do wykluczenia oferty Konsorcjum Enamor, zawartym w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 31 lipca 2018 wskazał, iż wpisanie przez Enamor „BB2590 lub podobne” nie pozwala na jednoznaczną weryfikację oferty, ponieważ zamawiający nie może mieć pewności o jakim „podobieństwie” chodziło wykonawcy pomimo, iż Konsorcjum Enamor załączyło kartę katalogową baterii jasno wskazującą nazwę, typ, model, producenta. W przypadku oferty Konsorcjum Siltec również nie ma możliwości pewności czy chodziło wykonawcy o baterie

BB 2590 czy BB 2590/U, dodatkowo Konsorcjum Siltec nie wskazało ani producenta baterii, ani nazwy baterii ani modelu. Jest to nierówne traktowanie wykonawców przy czym oferta Konsorcjum Siltec daje jeszcze mniejszą pewność, jaką baterie oferuje, i jakiego producenta.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, zamawiający zobowiązany był odrzucić złożoną ofertę z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

[zarzut nr 2 – w zakresie badania i oceny oferty Konsorcjum Siltec]

W opinii odwołującego uzasadnienie zawarte w ramach zarzutu nr 3 odnośnie oferty TTcomm znajduje zastosowanie również w przypadku oferty Konsorcjum Siltec. Wykonawca ten nie podał w swojej ofercie sposobu, w jaki zaoferowany sprzęt miałby posiadać odporność na skoki typu HALO.

Wykonawca ten w kolumnie „sposób spełnienia” odwołał się do części zatytułowanej „trwałość i odporność całkowita terminala na działalność zewnętrznych czynników środowiskowych” złożonego wraz z ofertą dokumentu. Opis zawarty w ww. dokumencie nie zawiera jednak treści przedmiotowo istotnej dla oceny, czy oferowany sprzęt posiada odporność na skoki typu HALO. Brak jest zatem opisu sposobu zapewnienia tej odporności.

Informacje zawarte w tym załączniku odnoszące się do zaoferowania przez wykonawcę sprzętu bez zagwarantowania dodatkowej funkcjonalności w postaci specjalistycznego zaworu bezpieczeństwa (o zapewnieniu którego wykonawca nie zamieścił w załączniku żadnej informacji) nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę wymagania określonego przez zamawiającego, ponieważ brak tego elementu nie gwarantuje trwałości i odporności oferowanego terminala. W przypadku uszkodzenia terminala bez specjalistycznego zaworu bezpieczeństwa istnieje ryzyko zranienia operatora bądź uszkodzenia spadochronu, narażając go na uratę zdrowia i życia. W skokach cechujących się bardzo długą fazą swobodnego spadania „Accelerated Freefall” wszelki ekwipunek, w tym przypadku terminal SHF musi być przyczepiony do uprząży operatora na jego piersi i brzuchu, tak aby był on w stanie utrzymywać i kontrolować pozycję ciała. Oferowane przez wykonawcę urządzenie bez wspomnianych dodatkowych funkcjonalności w odniesieniu do podstawowej wersji terminala nie gwarantuje odpowiedniego zabezpieczenia, nie spełnia tym samym wymagań określonych w SIWZ - nie gwarantuje zabezpieczenia w celu wyeliminowania ryzyka uszkodzenia sprzętu podczas operacji spadochronowych na dużych wysokościach. Zamawiający nie mógł tym samym opierając się na informacjach zawartych w załączniku wobec braku wyraźnego odniesienia do zastosowania zaworu bezpieczeństwa ocenić, że oferta wykonawcy jest zgodna z treścią SIWZ. Brak uwzględnienia deklaracji o zagwarantowaniu tego elementu świadczy o niedostatecznej znajomości funkcjonowania oferowanego urządzenia. Wykonawca, który nie zapewnia tego elementu oferując terminal

w wersji podstawowej naraża operatora urządzenia na niebezpieczeństwo. Powyższy fakt dla każdego podmiotu specjalizującego się w oferowaniu terminali omawianego typu powinien być zważywszy na opisane powyżej okoliczności znany i niebudzący wątpliwości. W rozdziale 10.3 omawianego załącznika wykonawca w przedostatnim akapicie jedynie deklaruje, że terminal będzie posiadał odpowiednie zabezpieczenia w celu wyeliminowania ryzyka uszkodzenia sprzętu podczas operacji spadochronowych na dużych wysokościach przy bardzo szybko zmieniających się ciśnieniu i warunkach atmosferycznych.

Powyższe w ocenie odwołującego, bez szczegółowego wskazania sposobu zapewnienia tego wymagania, sprowadza się w istocie do powielenia opisu dotyczącego wymagania 6.11.4 zawartego w tabeli załącznika nr 2 do formularza oferty, nie stanowi więc o skonkretyzowaniu sposobu spełnienia przez wykonawcę opisanego wymogu. Wobec zamieszczenia tak ogólnej i nieprecyzyjnej informacji odnoszącej się do charakterystyki zabezpieczenia zamawiający nie miał podstaw do oceny, iż oferowane urządzenie jest zgodne z treścią SIWZ.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego zamawiający zobowiązany był odrzucić złożoną ofertę z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

[zarzut nr 3 – w zakresie badania i oceny oferty Konsorcjum Siltec]

W opinii odwołującego uzasadnienie zawarte w ramach zarzutu nr 6 odnośnie oferty TTcomm znajduje zastosowanie również w przypadku oferty Konsorcjum Siltec. Wykonawca ten nie podał w swojej ofercie sposobu, w jaki oferowany sprzęt miałby zapewnić niezawodną łączność dla pododdziałów wojsk specjalnych oraz wybranych pododdziałów wojsk lądowych, ani też nie wskazał faktów lub dokumentów, na podstawie których taki wniosek wyprowadził.

Wykonawca ten w kolumnie „sposób spełnienia” odwołał się do części zatytułowanej „przeznaczenie terminala SHF” złożonego wraz z ofertą dokumentu, zawierającego ogólny opis funkcjonalności oferowanego terminala. Opis zawarty w ww. dokumencie nie zawiera jednak treści przedmiotowo istotnej dla oceny, czy oferowany sprzęt zapewnia niezawodną łączność dla pododdziałów wojsk specjalnych oraz wybranych pododdziałów wojsk lądowych. Brak jest zatem opisu sposobu zapewnienia tej niezawodności.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego zamawiający zobowiązany był odrzucić złożoną ofertę z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

[zarzut nr 4 – w zakresie badania i oceny oferty Konsorcjum Siltec]

W opinii odwołującego Konsorcjum Siltec nie podało w swojej ofercie sposobu, w jaki oferowany sprzęt miałby spełnić wymóg „podstawa systemu antenowego powinna umożliwiać wypoziomowanie na nierównym podłożu tj. co najmniej 10^0 odchylenia podłoża od poziomu w kierunku na satelitę i równoczesnego co najmniej 10^0 odchylenia podłoża od poziomu w kierunku prostopadłym do kierunku na satelitę”. Jego zdaniem oferowany przez tego wykonawcę sprzęt nie spełnia tego wymogu.

Z rysunku nr 1. Budowa Terminala SHF - apertura zasadnicza, Rozdział 3.1. Załącznika nr 3 do Oferty wynika, że właściwe i dokładne wypoziomowanie na nierównym podłożu o stopniu nierówności wskazanym przez zamawiającego jest niemożliwe, z uwagi na konstrukcję terminala. Terminal posiada dwie regulowane nóżki z bardzo małym zakresem regulacji poprzez kręcenie śrubą. Trzecią nogą jest modem, który nie ma możliwości regulacji swojej długości czy wysokości od podłoża. Przy podanych przez zamawiającego parametrach nierówności wszystkie nogi muszą posiadać możliwość regulacji swojej wysokości, aby warunek ten mógł być spełniony. Gdy jeden z trzech punktów, na których podpira się terminal jest nieregulowany, pozostałe jego punkty podparcia muszą mieć taką samą wysokość, aby całość była wypoziomowana. Łatwo można wyobrazić sobie trudność z wypoziomowaniem trójnożnego stołu na nierównej, często grząskiej, bądź kamienistej powierzchni w momencie gdy tylko dwie jego nogi umożliwiają regulację i to w małym zakresie.

Dodatkowo, okrągły wskaźnik wypoziomowania znajdujący się na nóżce terminala nie ma możliwości wskazania dokładnego wypoziomowania anteny, a o to chodziło zamawiającemu w tym zapisie, gdyż tylko dokładne wypoziomowanie anteny zapewni właściwy odczyt położenia terminala i nawiązania silnego i stałego sygnału zapewniającego niezawodną łączność. Nóżki terminala są dodatkowo lekko wyprofilowane. Całkowita pewność co do wypoziomowania anteny, gdyż to wypoziomowanie anteny jest krytyczne, jest możliwa tylko wtedy, gdy poziomica znajduje się na środku podstawy terminala, na którą nakłada się pozostałe moduły w tym moduł antenowy.

Wykonawca pomimo zadeklarowania spełnienia wymagania nr 6.3.15 z WZTT, załączając rysunek oferowanego terminala udowadnia, że jego cechy konstrukcyjne uniemożliwiają spełnienie tego warunku, licząc zapewne na to, że jeśli zamawiający zdecyduje się na kupno tego terminala to wiedział co kupuje i nie może mieć zastrzeżeń co do jego konstrukcji gdyż rysunek ten widział.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego zamawiający zobowiązany był odrzucić złożoną ofertę z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

[zarzut nr 5 – w zakresie badania i oceny oferty Konsorcjum Siltec]

Zdaniem odwołującego Konsorcjum Siltec nie podało w swojej ofercie sposobu, w jaki oferowany sprzęt miałby spełnić wymóg „*Podstawa anteny powinna być wyposażona w optyczny wskaźnik wypoziomowania*”. Oferowany przez wykonawcę sprzęt nie spełnia tego wymogu.

Z Rysunku nr 3. „Libella umożliwiająca wypoziomowanie Terminala” zawartym w załączniku nr 3 do oferty (str. 17 u góry) wynika, że to nóżka podstawy, a nie sama podstawa, jest wyposażona w optyczny wskaźnik wypoziomowania. Całkowita pewność co do wypoziomowania anteny jest możliwa tylko wtedy gdy poziomica znajduje się na środku podstawy terminala, na którą nakłada się pozostałe moduły w tym moduł antenowy.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego zamawiający zobowiązany był odrzucić złożoną ofertę z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

[zarzut nr 6 – w zakresie badania i oceny oferty Konsorcjum Siltec]

Zdaniem odwołującego Konsorcjum Siltec nie podało w swojej ofercie sposobu, w jaki oferowany sprzęt miałby spełnić wymóg „*w celu zwiększenia stabilności Terminala podczas pracy wszystkie podzespoły niezbędne do pracy Terminala (oprócz akumulatorów) powinny być montowane na podstawie anteny*”. Oferowany przez wykonawcę sprzęt nie spełnia tego wymogu.

Z Rysunku nr 1. Budowa Terminala SHF - apertura zasadnicza, Rozdział 3.1. Załącznika nr 3 do Oferty wynika, że modem pełni funkcję podstawy. Nie znajduje się on jednak na podstawie anteny, jak wprost stanowi ww. wymóg. Nawet opis Rysunku pokazuje, że modem wbudowany jest w podstawę zamiast, a nie jest na niej umiejscowiony, tak jak wymaga tego ww. zapis. Ogranicza to zdolność zarówno do wypoziomowania, o której mowa we wcześniejszym zarzucie odwołania, jak i stabilność całego terminala. Ponieważ zakres ruchu anteny umożliwia jej ustawienie w pod kątem 900 wobec części modemowej, co może być niezbędne do nawiązania dobrej widoczności na satelitę, wtedy zarówno antena jak i na modem wbudowany w podstawę stawiać będą duży opór w stosunku do wiatru, który może przewrócić terminal, bądź powodować lekkie odchylenia anteny. W przypadku ruchu anteny w terminalu typu SHF, nawet niewielkie drgania mogą prowadzić do zakłócenia łączności.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego zamawiający zobowiązany był odrzucić złożoną ofertę z uwagi na treść art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy TTcom oraz Konsorcjum Siltec.

Na posiedzeniu niejawnym, które odbyło się w dniu 24 sierpnia 2018 r., zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania Konsorcjum KenBIT w całości oraz o obciążenie wykonawcy kosztami postępowania odwoławczego. Podobnie, w tym samym dniu na posiedzeniu, wykonawcy zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego - TTcomm oraz konsorcjum Siltec złożyli pisma procesowe, w których wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania oraz dowody przedstawione na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań. Tym samym Izba nie podzieliła wniosku wykonawcy TTcomm o odrzucenie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1586/18 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. Problematyka dotycząca wniesienia odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia była niejednokrotnie przedmiotem rozważań Izby i doczekała się dość jednolitej linii orzeczniczej, która sprowadzała się do zwrócenia szczególnej uwagi na konieczność tożsamości podmiotowej wnoszącego odwołanie. W konsekwencji Izba niejednokrotnie wskazywała, że odwołanie powinno być wniesione wyłącznie przez wszystkich uczestników konsorcjum, bądź w jego imieniu (zob. np. postanowienia: z dnia 18 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 495/16 czy też z dnia 16 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1654/17). W postępowaniu ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Siltec Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz Integrated Microwave Technology Limited z siedzibą w Colchester. Następnie w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania umocowany przez każdego z nich z osobna pełnomocnik wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W związku z tym Izba stwierdziła, że przedmiotowej sprawie nie doszło do niedochowania tożsamości podmiotowej po stronie odwołującego i uznała, że nie została spełniona, wnioskowana przez TTcomm przesłanka odrzucenia odwołania zawarta w art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Skład orzekający stwierdził także, że zgłoszone w rozpatrywanych sprawach przystąpienia spełniały wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pismem z dnia 17 sierpnia 2018 r. uzupełnionej podczas rozprawy o pisma kierowane do niektórych wykonawców wraz z odpowiedziami oraz ze złożonych na posiedzeniu i rozprawie dowodów.

Izba odmówiła przeprowadzenia, zgłoszonego na rozprawie przez odwołującego KenBIT (sprawa o sygn. akt KIO 1603/18), wniosku dowodowego w postaci opinii biegłego, na okoliczność zbadania czy zaoferowania przez TTcomm bateria osiąga parametry, wskazane w ofercie.

Izba wskazuje, że stosownie do podstawowej zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 Pzp, ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, kto ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. W rozpoznawanej sprawie takim obowiązkiem dowodowym obciążony był odwołujący. Odwołujący podnosił kwestię parametrów baterii zaoferowanej przez TTcomm w odwołaniu oraz na rozprawie i w tym zakresie stanowisko pisemne zajęli zarówno zamawiający jaki i przystępujący TTcomm, które wykonawcy dostarczono jeszcze na posiedzeniu. Przy czym należy zaznaczyć, że wniosek odwołującego o przeprowadzenie przedmiotowego dowodu, został złożony na rozprawie - w zdaniu końcowym strony. Przy czym odwołujący poznał dużo wcześniej argumenty strony przeciwnej, które w ocenie Izby, łącznie ze stanowiskiem odwołującego dają pełny obraz sprawy oraz pozwalają na rozstrzygnięcie sporu.

W związku z powyższym, przy uwzględnieniu materiału dowodowego w postaci zebranej w przedmiotowej sprawie dokumentacji oraz stanowisk stron i uczestników postępowania, Izba uznała, że dopuszczenie wniosku dowodowego z opinii biegłego doprowadziłoby do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania odwoławczego, tym samym mając na uwadze dyspozycję zawartą w art. 190 ust. 6 Pzp, oddaliła przedmiotowy wniosek dowodowy. Ponadto, jedynie na marginesie, należy zaznaczyć, że zgłoszony ustnie na rozprawie wniosek dowodowy nie był pełny, bowiem odwołujący nie wskazał specjalności biegłego, który miałby sporządzić opinię, a także zestawienia pytań oraz wskazania materiału, jaki miałaby być podstawą sporządzenia opinii biegłego.

Przedmiotem postępowania jest:

a) dostawa 100 kompletów terminala satelitarnego SHF (*Super High Frequency* - należy przez to rozumieć częstotliwości: 3-30 GHz albo zakres długości fal promieniowanych: 100-10 mm) szczelbła taktycznego w wersji przenośnej;

b) dodatkowe wyposażenie, na które składa się:

- 10 kompletów dodatkowego wyposażenia Terminala (elementów toru radiowego) do pracy w paśmie satelitarnym X;

- 10 modemów MF-TDMA/SCPC w wersji Rack 19;

- 3 kontrolery (modemy) DVB S2 w wersji Rack 19;

c) przeprowadzenie szkoleń użytkowników, instruktorów, personelu technicznego.

W ramach postępowania oferty złożyło czterech wykonawców:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Enamor Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, Leonardo S.p.A. z siedzibą w Rzymie i Telespazio S.p.A. z siedzibą w Rzymie (zwani dalej nadal: „Konsorcjum Enamor” lub w sprawie o sygn. akt KIO 1602/18 – „odwołującym”);
- 2) TTcomm S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej nadal: „TTcomm”);
- 3) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Siltec Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i Integrated Microwave Technology Limited z siedzibą w Colchester (zwani dalej nadal: „Konsorcjum Siltec” lub w sprawie o sygn. akt KIO 1586/18 – „odwołującym”);
- 4) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: KenBIT K. i Wspólnicy Sp. j. z siedzibą w Warszawie i Tampa Microwave LLC z siedzibą w Saint Petersburg (zwani dalej nadal: „Konsorcjum KenBIT” lub w sprawie o sygn. akt KIO 1603/18 – „odwołującym”).

Zamawiający pismem z dnia 31 lipca 2018 r. zawiadomił wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wybierając ofertę TTcomm. Jednocześnie zamawiający tym samym pismem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucił ofertę Konsorcjum Enamor ze względu na nieusuwalną (w trybie art. 87 ust. 2 Pzp) niezgodność jej treści z SIWZ.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach Izba stwierdziła, że żadne z wniesionych odwołań nie zasługuje na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 1586/18

[zarzut nr 1 - złożenie przez TTcomm nieprawdziwych informacji wpływających na wynik postępowania]

Zdaniem odwołującego nieprawdziwe informacje podane w ofercie TTcomm obejmowały:

- a) prędkość transmisji w paśmie Ku oraz moc EIRP (pkt 2.2.b. oraz pkt 2.3. tiret drugi Formularza oferty, str. 2 oferty TTcomm);
- b) wskazywanie podwykonawcy TTcomm, tj. GISS Sp. z o.o. (dalej zwanego jako: „GISS”) jako producenta komponentów wchodzących w skład oferowanego terminala („Opis oferowanego terminala i wyposażenia" - Załącznik nr 2 do Formularza oferty);
- c) zaoferowanie terminala Satpack, typ Cobalt, Model 18/1 jako *„terminala fabrycznie nowego, nieużywanego, bez braków i uszkodzeń, pochodzącego z bieżącej produkcji”* (wymóg z pkt III.10 SIWZ), podczas gdy terminal ten na dzień złożenia oferty przez TTcomm w rzeczywistości nie został skonstruowany i ma wyłącznie prototypowy charakter.

W zakresie okoliczności podanej powyżej w lit. a) zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż każda podana przez wykonawców informacja oparta jest na prezentowanych badaniach i wyliczeniach i jako niebudząca wątpliwości została uznana przez niego za prawdziwą i wiarygodną. Dalej podał, że prędkość transmisji w systemach satelitarnych zależy jest od wielu czynników. Wpływ na nią ma zastosowane w terminalu rozwiązanie anteny satelitarnej, użyty system radiowy, dobrany modem, lokalizacja, warunki atmosferyczne, wybór satelity telekomunikacyjnego oraz transpondera na tym satelicie, rodzaj zastosowanej modulacji i korekcji błędów, topologii sieci oraz zastosowanego dostępu do sieci. Niewątpliwie jednym z takich czynników jest także moc EIRP (ang. Equivalent Isotropical Radiated Power - efektywna, równoważna moc wypromieniowana izotropowo), czyli moc jaką musiałaby wypromieniować antena izotropowa, aby w odbiorniku otrzymać taki poziom sygnału, jaki wystąpiłby przy wykorzystaniu anteny kierunkowej w kierunku jej maksymalnego promieniowania. Poza tym jego zdaniem projektując cyfrowy system telekomunikacyjny jakim jest łączność satelitarna wykonawca, obok wyżej wymienionych czynników, musi także uwzględnić częstotliwość nośną oraz szerokość pasma tej częstotliwości możliwą do wykorzystania przez użytkownika na konkretnym, wskazanym satelicie. Wpływ na te czynniki ma rodzaj modulacji. Każda metoda modulacji charakteryzuje się efektywnością widmową czyli maksymalną liczbą bitów przesłanych w jednostce czasu przy określonej szerokości pasma.

Pozostawiając teoretyczne rozważania wyjaśnił, iż definiując wymagania dotyczące szybkości transmisji wskazał, że oferowany terminal z anteną zasadniczą powinien pracować w topologii gwiazdy (TDMA) na terenie Polski i poprzez satelitę Eutelsat 21B powinien komunikować się z drugim terminalem naziemnym z anteną o rozmiarze 4,6 m i nadajnikiem o mocy P sat +50 dBm (punkt IX.4.2 SIWZ). Ponadto, aby nie ograniczać możliwości zastosowania różnych rozwiązań sprzętowych w oferowanym terminalu w wymaganii dotyczącym prędkości transmisji nie wskazywał transpondera na satelicie, technologii modemowej, rodzaju modulacji i korekcji błędów oraz szerokości pasma częstotliwości,

zostawiając dobór ww. czynników każdemu z wykonawcy. Jednocześnie w pkt IX.4.2 b i w pkt IX.4.3.b SIWZ zamawiający określił, iż wartości wskazane w pozycji prędkości transmisji z terminala w paśmie Ku oraz poziom mocy EIRP, będą dodatkowo punktowane w sytuacji przekroczenia wskaźników wskazanych przez niego jako minimalne.

Jak wynika ze zgromadzonej dokumentacji zamawiający miał wątpliwości dotyczące deklarowanej szybkości transmisji w przedstawionej ofercie TTcomm i pismem z dnia 20 czerwca 2018 r. wezwał tego wykonawcę do wyjaśnień w powyższym zakresie. Pismem z dnia 26 czerwca 2018 r. TTcomm przedstawił odpowiedź na wezwanie zamawiającego.

Podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 24 sierpnia 2018 r. odwołujący przedłożył dowód w postaci opinii prywatnej w przedmiocie mocy EIRP i prędkości transmisji z terminali satelitarnych (SHF). Powyższa opinia, obejmowała analizę oferty TTcomm, w zakresie przedstawionych w formularzu ofertowym osiąganych wartości prędkości transmisji, przy określonej wartości mocy EIRP, które to zgodnie z SIWZ były dodatkowo punktowanymi kryteriami oceny ofert i stanowiły jeden z kluczowych parametrów użytkowych oferowanego sprzętu.

Na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2018 r. zamawiający przedstawił pisemną odpowiedź na ww. dowód wnosząc o jego oddalenie.

Po weryfikacji okoliczności podniesionych przez odwołującego w rozpoznawanym zarzucie, Izba stwierdziła, że podziela argumentację zamawiającego, zawartą w odpowiedzi na odwołanie, a przede wszystkim w pisemnej odpowiedzi zamawiającego na przedstawioną przez odwołującego opinię i uznała, że zarzut w tej części nie zasługuje na uwzględnienie.

W swojej opinii odwołujący wskazał iż pomimo tego, że w punkcie 6.3.10 WZTT — wersja 4.0. zamawiający określił precyzyjnie sposób wyliczenia mocy EIRP z terminala, sugerując przyjęcie zaproponowanej przez zamawiającego kalkulacji [EIRP zestawu Tx Gain + P1dB - 1 dBw, co daje wartość EIRP dla pasma Ku równą 50.4 dBw], TTcomm wskazał w wyliczeniach *Link Budget* inną wartość mocy EIRP — równą 52.24 dBW, a więc wyższą od wskazanej w przyjętej skali logarytmicznej o 1.84 dB (w skali liniowej o 52.7%).

Odnosząc się do powyższego zamawiający słusznie podkreślił, iż przywołany w opinii wzór dotyczył tylko i wyłącznie obliczania wartości EIRP w wymaganiu 6.3.10 a). Miało to na celu określenie przez zamawiającego parametrów eksploatacyjnych oferowanego nadajnika, rzetelne porównanie ofert oraz sprawdzenie spełnienia wymagań Normy Obronnej NO-58-A217.

Izba podzieliła przy tym również stanowisko zamawiającego, że w SIWZ nie wskazano sposobu obliczania parametru EIRP, przyjętego do sporządzania *Link Budget*, a sporządzając *Link Budget* dla oferowanego terminala, wykonawcy mieli dowolność i mogli posłużyć się maksymalną wartością EIRP uzyskiwaną przez oferowany terminal — co jest wprost zgodne z literalnym brzmieniem uwagi zawartej w pkt 6.4.3 WZTT, cyt. „(...)

z zastosowaniem proponowanych typów i modeli wzmacniaczy (...). Ponadto obowiązek sporządzenia *Link Budget* nie był związany z wymaganiem dotyczącym szybkości transmisji, tj. wymaganiem zawartym w pkt. 6.3.9. WZTT. Przedmiotowy *Link Budget* sporządzany był w związku z wymaganiem pkt. 6.4.3. WZTT, o treści:

„Terminal powinien zapewnić osiągnięcie wymaganego poziomu EIRP i maksymalnej mocy oferowanego nadajnika z uwzględnieniem strat kompletnego toru nadawczego Tx L-band.

Uwaga: Wykonawca powinien przygotować analizy łączy satelitarnych dla podanych w wymaganiu 6.3.8. satelitów referencyjnych (link budget) z zastosowaniem proponowanych typów i modeli wzmacniaczy dla warunków określonych w uwadze do wymagania 6.3.8.”.

Jak wynika z powyższego, *Link Budget* miał potwierdzić, że wykonawca odpowiednio dobrał elementy nadajnika terminala i będzie on w stanie uzyskać wymagane w WZTT wartości EIRP a nie deklarowaną przez wykonawców w wymaganiu 6.3.9 maksymalną szybkość transmisji.

Ponadto Izba podzieliła wyjaśnienia zamawiającego, że *Link Budget* powinien być sporządzony dla warunków określonych w wymaganiu 6.3.8. WZTT czyli dla prędkości transmisji w paśmie Ku 1024 kb/s oraz w paśmie X 512 kb/s.

W konsekwencji powyższego stwierdzenie zamawiającego, że za błędną należy uznać ocenę możliwości osiągnięcia maksymalnej szybkości transmisji, która dokonana jest w oparciu o załączony do opinii *Link Budget*, wyliczony w oparciu o błędne założenie, że jedyną dopuszczalną wartością EIRP wskazaną w tym formularzu jest wartość 50.4 dBW, w ocenie Izby jest uprawnione.

Tym samym, mając na uwadze zebraną w sprawie dokumentację Izba stwierdziła, że oferta TTcomm spełniła wymagania zamawiającego w zakresie wskazanych prędkości transmisji i mocy EIRP, a twierdzenia odwołującego w tym zakresie uznała za nieuzasadnione.

Co do części b) zarzutu nr 1 zamawiający wyjaśnił, że TTcomm wypełniając załącznik nr 2 do formularza ofertowego „Opis oferowanego terminala i wyposażenia” podał wszystkie wymagane przez zamawiającego wartości parametrów technicznych oferowanego terminala w sposób jednoznacznie pozwalający na weryfikację spełnienia wymagań, nie było więc żadnych podstaw do podważenia ich prawdziwości i wiarygodności. Zdaniem zamawiającego powodem wpisania spółki GISS jako producenta oferowanego terminala był fakt, iż to właśnie ten podmiot jest firmą która dokonała złożenia całego terminala, która dokonała doboru odpowiedniego sprzętu i w sposób zaawansowany zintegrowała wszystkie elementy składające się na jego całość. Podkreślił przy tym, iż terminale satelitarne to urządzenia, które nigdy nie są wytwarzane w całości przez jeden podmiot. Na rynku istnieją producenci-wytwórcy, którzy zajmują się wytwarzaniem poszczególnych elementów składowych takich jak anteny satelitarne, modemy, wzmacniacze itp. jednak finalny produkt

tj. terminal satelitarny oferowany przez konkretną firmę jest złożony z podzespołów pozyskanych od kooperantów. Nie zmienia to faktu, iż za producenta całości uznawany jest ten podmiot, który dokonuje scalenia, który na potrzeby konkretnego zamówienia, szczególnie w zakresie sprzętu wojskowego, dokonuje modyfikacji oferowanych podzespołów, który dobiera je i łączy w taki sposób, aby mogły spełnić specyficzne wymagania zamawiającego. Każde z takich działań, oparte w głównej mierze na indywidualnym know-how danego podmiotu, na jego wiedzy i doświadczeniu w zakresie realizacji poszczególnych zamówień, bez wątplenia pozwala nadać mu status producenta wyrobu.

Odnosząc się do zarzutu wskazania przez TTcomm firmy GISS jako producenta poszczególnych komponentów terminala, zamawiający wskazał, iż także w tym przypadku nie można mówić o podawaniu nieprawdziwych informacji. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do formularza oferty zamawiający wymagał aby wykonawca wskazał nazwę, typ, model i producenta oferowanych podzespołów terminala bez wyraźnego jednak definiowania i wskazywania sposobu w jaki zostanie to zrobione. Wskazując na poszczególne części składowe terminala, TTcomm zaznaczył, iż każda z zaznaczonych części jako blok funkcjonalny całego terminala przygotowywana jest na potrzeby producenta całości, tj. firmy GISS. Jednocześnie, mając możliwość szczegółowego odniesienia się do konkretnych podzespołów, wykonawca doprecyzował opisy poszczególnych bloków funkcjonalnych terminala, wskazując na konkretne modele, typy i rodzaje producentów takich części składowych w dalszej części załączonego formularza. I tak: przykładowo modem MF-TDMA wskazany w pozycji 1.4 formularza oferty został wyraźnie zdefiniowany w punkcie 3 (str. 12 oferty) czy opis Modemu SCPC z pozycji 1.5 formularza wchodzącego w skład oferowanego terminala doprecyzowany został w punkcie 4 formularza. Tym samym, analizując parametry zaoferowanego terminala, zamawiający bez problemu i w sposób jednoznaczny uzyskał możliwość zidentyfikowania przedmiotu oferty oraz ustalenia jaki konkretnie produkt oferuje mu wykonawca. Sam zaś fakt wskazania firmy GISS jako producenta całego bloku funkcjonalnego, który stworzony został przez konkretnego wytwórcę na jego potrzeby, uznał za możliwy i prawnie dopuszczalny.

Izba podzieliła powyższe twierdzenia zamawiającego, przyjmując je za własne. Przy czym argumentacja odwołującego pozostała nieudowodniona i na kanwie stanowiska zamawiającego, nie mogła być podstawą do stwierdzenia naruszenia prawa przez zamawiającego.

Ponadto odwołujący na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2018 r. stwierdził, że możliwość ustalenia, czy podmiot jest producentem danego sprzętu, oparł na podstawie informacji powszechnie dostępnych, w związku z czym trudno mu było w takich okolicznościach przeprowadzić dowód negatywny w zakresie okoliczności dotyczącej nieposiadania statusu

producenta przez spółkę GISS i w tym zakresie ciężar dowodu powinien przejść na TTcomm.

Izba w tym zakresie nie podzieliła twierdzeń odwołującego. Zgodnie z dyspozycją art. 190 ust. 1 p.z.p. obowiązkiem stron jest wskazanie dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Przy czym ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Izby) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (*vide* wyrok Sądu Najwyższego, sygn. akt II CSK 293/07). Ponadto powołanie się przez stronę postępowania odwoławczego na „fakt negatywny” czy rzekome trudności jakie posiada przy przeprowadzeniu dowodu, nie powoduje, że ciężar dowodowy przechodzi na stronę przeciwną - takie twierdzenia odwołującego, są wprost sprzeczne z ww. przepisami i jako takie, nie zasługują na aprobatę. To odwołujący, w związku z powołanymi przez siebie okolicznościami, z których wywodził korzystne twierdzenia, w postaci wykluczenia TTcomm z postępowania i odrzucenia jego oferty, winien udowodnić okoliczności na których oparł zarzut. Izba przy tym wskazuje, że przedstawienie przez stronę dowodu, w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem procesowym, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie (zob. wyrok SN z 17 czerwca 2009 r. IV CSK 71/09).

Zatem, mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostał ciążącemu na nim ciężarowi dowodowemu i jego twierdzenia pozostały gołosłowne.

W zakresie części c) zarzutu nr 1 zamawiający stwierdził, że w przywołanym przez odwołującego punkcie III.10 SIWZ, wymagał by dostarczony terminal był „fabrycznie nowy, nieużywany, bez braków i uszkodzeń, pochodzący z bieżącej produkcji tj. rok produkcji i rok dostawy są takie same.” Wymaganie to, zdaniem zamawiającego w sposób oczywisty, dotyczyło dostawy terminala, a nie jego prezentacji na etapie składania oferty. Wyjaśnił przy tym, że pierwsza dostawa ma nastąpić w terminie do 8 miesięcy od zawarcia umowy i to te dostarczane terminale mają być z bieżącej produkcji (w ten sposób zamawiający zabezpieczył się przed dostawą terminali bądź podzespołów będących elementami składowymi terminali, które są stare, po okresie gwarancji bądź zalegały w magazynach). Ponadto w odpowiedzi na zarzut odwołującego stwierdził, że w SIWZ nie wykluczył oferowania terminali prototypowych.

Co więcej biorąc pod uwagę wymagania WZTT, przewidział, że każdy oferowany w postępowaniu terminal tak naprawdę będzie prototypem lub modyfikacją (dostosowaniem)

istniejącego terminala do wymagań zamawiającego - wymagania WZTT opisują bowiem funkcjonalności jakie ma zapewnić terminal, a nie wskazują na konkretne rozwiązania sprzętowe (konkretne modele sprzętu), które mają być zastosowane. Jego zdaniem każdy z wykonawców, również odwołujący, na podstawie wymagań WZTT, miał odpowiednio dobrać komponenty składowe terminala (tj. system antenowy, system radiowy, system zasilania itp.) tak, aby spełnić wymagania zdefiniowane przez zamawiającego. Każdy więc miał dopiero złożyć poszczególne komponenty terminala tworząc produkt odpowiadający wszystkim wymaganiom przewidzianym w WZTT.

TTcomm, w swoim piśmie procesowym, w tym aspekcie uzupełnił argumentację zamawiającego zwracając uwagę na pełne brzmienie pkt III.10 SIWZ tj.: „Oferowane Terminale i Wyposażenie muszą być fabrycznie nowe, nieużywane, bez braków i uszkodzeń, pochodzące z bieżącej produkcji, tj. rok produkcji i rok dostawy są takie same z zastrzeżeniem, że dopuszcza się dostawę Terminali i Wyposażenia wyprodukowanych w drugim półroczu roku poprzedzającego rok dostawy”. Jego zdaniem zamawiający jednoznacznie zdefiniował tam bieżącą produkcję jako taki sam rok produkcji i rok dostawy, a odwołujący twierdząc, że na gruncie przedmiotowego postępowania nie można było zaoferować rozwiązań prototypowych, dokonał znacznego skrócenia treści tego postanowienia SIWZ, co istotnie zmodyfikowało jego wydźwięk.

Przy czym TTcomm stwierdził w swoim piśmie procesowym, że sprzęt zaoferowany przez niego w ramach postępowania istniał w dniu składania ofert i został przez niego przed dniem składania ofert zweryfikowany pod kątem spełniania wymagań określonych przez zamawiającego we WZTT, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Izba podzieliła powyższą argumentację dotyczącą interpretacji pkt III.10 SIWZ podaną przez zamawiającego i przystępującego i uznała, że twierdzenia odwołującego w zakresie tej części zarzutu także nie zasługują na uwzględnienie. Ponadto odwołujący nie wykazał stawianych przez siebie tez, które w oparciu o brzmienie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozostały nieuzasadnionymi twierdzeniami strony.

W konsekwencji powyższego wyводу Izba uznała, że twierdzenia odwołującego w zakresie zarzutu nr 1 pozostały niepotwierdzone, zatem zarzut ten należało oddalić. Izba stwierdziła, że nie sposób uznać, aby podane przez wykonawcę TTcomm informacje stanowiące treść złożonej oferty, były informacjami nieprawdziwymi, wprowadzającymi w błąd, a przez to wpływającymi na wynik prowadzonego postępowania, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Tym samym Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

[zarzut nr 2 - niezgodność oferty TTcomm z treścią SIWZ]

Zdaniem odwołującego niezgodność oferty TTcomm z SIWZ dotyczyła przede wszystkim:

- a) wypełnienia Deklaracji zgodności stanowiącej Załącznik nr 2 do Formularza oferty (str. 14-70) bez podania „sposobu spełnienia wymagania lub odniesienia do dokumentu (np. karty technologicznej, certyfikatu) zawartego w ofercie, w którym ten sposób jest opisany (nazwa dokumentu, nr strony)”, lecz jedynie poprzez przepisanie wymagań jakościowych i ilościowych określonych przez zamawiającego w poszczególnych polach Deklaracji zgodności;
- b) modemów MF-TDMA (pkt 6.2.14 WZTT) w zakresie, w jakim zamawiający wymagał obsługi przez modem MF-TDMA co najmniej 4 kanałów nadawczych i 4 kanałów odbiorczych oraz możliwości automatycznej zmiany kanału odbiorczego w trakcie normalnej pracy modemu, natomiast TTcomm zaoferował modem Skywan 5G, który może pracować wyłącznie na jednym (*fixed*) kanale odbiorczym bez możliwości jego zmiany w trakcie pracy;
- c) mocy EIRP oraz prędkości transmisji danych w paśmie Ku (pkt IX.4.2.b. i IX.4.3.b. oraz pkt 6.3.9., 6.3.10 i 6.3.11 WZTT) w zakresie w jakim TTcomm przyjął w kalkulacji *Link Budget* wyższą wartość EIRP (52.24 dBW), która jest niezgodna z wyliczeniami opartymi na formule zawartej w pkt 6.3.10 WZTT, w którym zamawiający określił precyzyjnie sposób wyliczenia mocy EIRP z terminala - ten wątek niezgodności został przedstawiony szerzej powyżej, w części dotyczącej podania przez TTcomm nieprawdziwych informacji;
- d) oferowania przez TTcomm prototypu terminala zamiast „terminala fabrycznie nowego, nieużywanego, bez braków i uszkodzeń, pochodzącego z bieżącej produkcji” (pkt III.10 SIWZ) - ten wątek niezgodności został przedstawiony szerzej powyżej, w części dotyczącej podania przez TTcomm nieprawdziwych informacji.

W zakresie okoliczności podanej powyżej w lit. a) zamawiający w odpowiedzi na odwołanie na wstępie rozważań dotyczących przedmiotowej okoliczności wyjaśnił, że każdy z wykonawców prezentując oferowany terminal zobligowany był do złożenia formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ (lub własnego którego treść musiała odpowiadać treści formularza zamawiającego). Przygotowany przez zamawiającego formularz, zawierał dwa załączniki: pierwszy „Kalkulacja cenowa”, drugi „Opis oferowanego terminala i wyposażenia”, który składał się z dwóch tabel: „Deklaracja zgodności spełnienia wymagań WZTT przez oferowany Terminal i Wyposażenie” i samego opisu. Pierwsza z ww. tabel wymagała potwierdzenia zgodności terminala z wymaganiami WZTT, druga zaprezentowania oferowanego produktu, tak aby możliwe było jego zidentyfikowanie. Każda z tych tabel, uzupełniać winna drugą i jako całość powinna być analizowana łącznie.

Zdaniem zamawiającego TTcomm przedstawiając Załącznik nr 2 do oferty, opisał oferowany Wyrób, scharakteryzował jego parametry techniczne i zadeklarował ich zgodność z wymaganiami WZTT. Forma i sposób przedstawienia powyższych informacji nie budziła

wątpliwości zamawiającego, jednoznacznie pozwalała bowiem na zweryfikowanie oferowanego terminala oraz ocenę czy spełnia on wszystkie stawiane przed nim wymagania. Zamawiający wskazał ponadto, iż niezrozumiałym jest dla niego zarzut odwołującego, iż TTcomm w żaden sposób nie sprecyzował na czym polega spełnianie danego wymagania przez oferowany terminal i jego wyposażenie. Zamawiający wyjaśnił przy tym, że w żadnym miejscu SIWZ nie przedstawił instrukcji co do sposobu ani szczegółowości wypełniania załączników do oferty zostawiając swobodę w tym zakresie poszczególnym wykonawcom. Powyższe oznacza, że to na wykonawcy ciążył obowiązek wyboru formy prezentacji oferowanego terminala oraz sposobu udowodnienia na czym polega zgodność jego parametrów z wymaganiami zamawiającego. Formą sprecyzowania, wskazania takiego sposobu, mogło być podanie nazwy lub danych technicznych oferowanego produktu, złożenie deklaracji o spełnieniu wymaganych parametrów lub po prostu odesłanie do karty katalogowej, certyfikatu lub innego dokumentu charakteryzującego dany Wyrób. Zamawiający wyjaśnił, że nie zabraniał w tym zakresie używania tych samych sformułowań co określonych w wymaganiach, nie wymagał także jednolitości w powyższym zakresie. Wybór metody weryfikacji lub uszczegółowienia wykonawca według niego winien uzależnić od oferowanego produktu, od możliwości jego konkretnego przedstawienia na etapie oferty lub po prostu od jego cech technicznych i technologicznych. Jedynym punktem odniesienia przy analizowaniu i ocenianiu złożonej oferty, był dla zamawiającego wymóg ustalenia na podstawie tak przedstawionej prezentacji co jest dokładnie przedmiotem oferty TTcomm, a następnie dokonanie jej oceny zgodnie z przyjętymi i wykazanymi w SIWZ kryteriami.

Według zamawiającego TTcomm dokładnie wypełnił każdą z kolumn „Deklaracji zgodności...”, wyraźnie określił wartości wymaganych parametrów, zaznaczył, że terminal i wyposażenie realizują wymagane funkcjonalności, przedstawił nazwy i dane techniczne każdego z bloku funkcjonalnego oferowanego produktu.

Przechodząc do uszczegółowienia tej części zarzutu należy przypomnieć, że zdaniem odwołującego najbardziej jaskrawe i krytyczne jego zdaniem z punktu widzenia interesu zamawiającego przypadki dotyczą następujących wymagań:

- ładowarki (pkt 25 i 26 Deklaracji zgodności oraz odpowiednio pkt 6.2.20 i 6.2.21 wg WZTT), brak podania przez TTcomm jakichkolwiek danych technicznych lub opisu oraz brak możliwości weryfikacji z uwagi na brak danych dotyczących oferowanego akumulatora;
- akumulatora (baterii) (pkt 11,108,109 Deklaracji zgodności oraz odpowiednio pkt 6.2.6, 6.12.8, 6.12.9 wg WZTT), brak zaoferowania akumulatora (baterii) oraz podania przez TTcomm jakichkolwiek danych technicznych lub opisu co powoduje brak możliwości weryfikacji; co istotne brak danych w tym zakresie często powoduje także niemożliwość ustalenia sposobu spełnienia wymagań w innych pozycjach Deklaracji;

- zespołu zasilania (pkt 6,11, 62, 64 i 65 Deklaracji zgodności oraz odpowiednio pkt 6.2.1, 6.2.6, 6.5.1, 6.5.3, 6.5.4. wg WZTT), brak podania przez TTcomm jakichkolwiek danych technicznych lub opisu oraz brak możliwości weryfikacji;
- zestawu narzędzi, materiałów i wyposażenia testowego do realizacji zadań obsługowo-remontowych na poziomie 2 (pkt 150 Deklaracji zgodności oraz pkt 7.8 wg WZTT), brak podania przez TTcomm jakichkolwiek danych technicznych lub opisu oraz brak możliwości weryfikacji; dotyczy to w szczególności danych odnoszących się do testera akumulatorów oraz analizatora widma, sondy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odniósł się szczegółowo do powyższych okoliczności i wskazał, iż żaden z przykładowo podanych przypadków nieprawidłowości przy wypełnieniu Deklaracji nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistym stanie sprawy. W jego ocenie przywołane w odwołaniu: ładowarka, akumulator, zespół zasilania czy zestaw narzędzi, materiałów i wyposażenia testowego, zostały określone w sposób wystarczający do tego, aby jednoznacznie stwierdzić, że oferowany przedmiot jest zgodny z jego wymaganiami. Na podstawie informacji zawartych w:

1. W odniesieniu do ładowarki akumulatorów:

- punktach 25, 26 „Deklaracji...” TTcomm wskazał, iż *„ładowarki akumulatorów określone w wymaganiu 6.2.11 zapewniają możliwość ładowania 1 albo 2 albo 3 albo 4 albo 5 albo 6 akumulatorów jednocześnie”, „ładowarki akumulatorów określone w wymaganiu 6.2.11 obsługują zasilanie z sieci elektrycznej prądu zmiennego AC o parametrach 100-240V 45-60 Hz, a także posiadają okablowanie z wtyczką zapewniającą ich podłączenie do polskich, europejskich oraz amerykańskich standardów gniazdek sieciowych (tzw. wtyczka uniwersalna)”*,
- Lp. 1.3 „Opisu oferowanego terminala i wyposażenia” TTcomm wskazał, iż: *„układ ładowania akumulatorów Terminala umożliwi ładowanie 3 akumulatorów jednocześnie z możliwością ładowania 1 albo 2 akumulatorów jednocześnie”. Nazwa: Satpack, Typ: Cobalt ZS Model: 18/1, Producent: GISS;*

2. W odniesieniu do akumulatorów terminala:

- punktach 108, 109 „Deklaracji...” TTcomm wskazał, iż *„Każdy z akumulatorów Terminala zapewnia 401 cykli ładowania z zachowaniem 75% początkowej pojemności”, „Każdy z akumulatorów Terminala zapewnia 401 cykli ładowania z zachowaniem 75% początkowej pojemności i jest wyposażony w moduł zarządzania umożliwiającą, z poziomu oprogramowania do zarządzania konfiguracją oraz monitorowaniem parametrów pracy Terminala, odczyt napięcia akumulatora, ilości wykonanych cykli ładowania, aktualnej pojemności akumulatora”*),
- L.p. 1.4. „Opisu oferowanego terminala i wyposażenia” TTcomm wskazał, iż: *„Zespół zasilania jest kompatybilny z akumulatorami takimi jak: B-41-, BB-2590/U, BB-390B/U”*

(w tym miejscu dodatkowo zaznaczył, że w ramach oferty wymagał jedynie wskazania typów baterii, które będą kompatybilne z całym zespołem zasilania a nie wskazywania ich konkretnych danych). Nazwa: Satpack, Typ: Cobalt MM 5G, Model: 18/1, Producent: GISS;

3. W odniesieniu do zespołu zasilania:

- w punktach 62, 64, 65 „Deklaracji...” TTcomm wskazał, iż: *„Zespół zasilania Terminala umożliwia jego bezpieczną pracę w warunkach polowych z sieci elektrycznej prądu zmiennego AC o parametrach 100-240 V 45-60 HZ oraz źródeł prądu stałego o napięciu 12-36 V”. „Zespół zasilania Terminala umożliwia podłączenie i zasilanie z 3 akumulatorów jednocześnie oraz zmianę wyczerpanego akumulatora/akumulatorów bez przerywania pracy Terminala. Zespół zasilania umożliwi również podłączenie i zasilanie Terminala z 1 albo 2 akumulatorów”. „Zespół zasilania Terminala w czasie gdy Terminal pracuje podłączony do sieci elektrycznej umożliwia jednoczesne ładowanie wszystkich podłączonych do niego akumulatorów, tj. 3 albo 2 albo 1 akumulatora”*,

- L.p. 1.3 „Opisu oferowanego terminala i wyposażenia” TTcomm wskazał, iż: *„Zespół zasilania jest kompatybilny z akumulatorami takimi jak: B-41-, BB-2590/U, BB-390B/U”, Nazwa: Satpack, Typ Cobalt ZS, Model 18/1, Producent: GISS Sp. z o.o.);*

4. W odniesieniu do zespołu narzędzi, materiałów i wyposażenia:

- punkcie 150 „Deklaracji...” TTcomm wskazał, iż: *„w skład zestawu wchodzi n/w elementy: a) tester akumulatorów (zapewniający co najmniej możliwość pomiaru pojemności akumulatora), b) Urządzenie/urządzenia zapewniające pomiar parametrów pracy Terminala takich jak: Pomiar BUC — moc wyjściowa, wzmocnienie, liniowość wzmocnienia. Pomiar modemu — pomiar stabilności częstotliwościowej i poziomu sygnału referencyjnego 10 MHz.”*,

- L.p. 8 „Opisu oferowanego terminala” *„Analizator widma wraz z osprzętem pomiarowym i sondą mocy zgodnie z wymaganiami WZTT, multimetr cyfrowy FLUKE 87 V jest zgodny z wymaganiami WZTT”*) Wykonawca wskazał jako producentów: PATCO Electronics/Rhode&Schwarz/Fluke/GISS Sp. z o.o. i dodatkowo, w wyniku wyjaśnień złożonych w dniu 14 czerwca 2018 r. opisał sposób pomiaru przeprowadzany przy użyciu zaofertowanych elementów, uzasadniając ich wybór oraz metodykę przeprowadzanych wyliczeń.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem odwołującego, iż nadesłane wyjaśnienia uzupełniają ofertę po dacie jej złożenia, w zakresie uzupełnienia ukończenia specjalistycznego zestawu narzędzi, materiałów i wyposażenia. Jego zdaniem TTcomm już na etapie składania oferty, na stronie 1 kalkulacji cenowej wskazał, że w ramach ww. zestawu dostarczy „Analizator widma wraz z osprzętem pomiarowym i sondą mocy”. Dodatkowo na stronie 14 Załącznika nr 2 do Formularza oferty (Lp.8), wskazał producenta tegoż analizatora, tj. firmę Rhode&Schwarz. Wszelkie wątpliwości powstałe w zakresie

spełnienia wymagań zamawiającego przez ww. elementy, zostały w jego ocenie jednoznacznie i w sposób nie budzący wątpliwości wyjaśnione w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 11 czerwca 2018 r. (odpowiedź TTcomm z dnia 14 czerwca 2018 r.) bez podawania nowych elementów lub uzupełniania o nowe części składowe. Z tego też względu, zarzut uzupełniania oferty w tym zakresie jest bezpodstawny i nie znajduje uzasadnienia w sprawie.

W ocenie Izby argumentacja zamawiającego w zakresie tej części zarzutu również w pełni zasługuje na uwzględnienie, zaś twierdzenia odwołującego pozostały subiektywnym stanowiskiem strony i nie znalazły potwierdzenia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przede wszystkim na podkreślenie zasługuje okoliczność, że całość załącznika nr 2 do formularza ofertowego należy traktować łącznie szczególnie „Opis oferowanego terminala i wyposażenia”, który składał się z dwóch tabel: „Deklaracji zgodności spełnienia wymagań WZTT przez oferowany Terminal i Wyposażenie” i samego opisu. Pierwsza z ww. tabel wymagała potwierdzenia zgodności terminala z wymaganiami WZTT, druga zaprezentowania oferowanego produktu, tak aby możliwe było jego zidentyfikowanie. Natomiast odwołujący skupił się właściwie wyłącznie na „Deklaracji zgodności spełnienia wymagań WZTT przez oferowany Terminal i Wyposażenie”. Natomiast zamawiający, zdaniem Izby, wykazał słuszność swojej argumentacji poprzez zestawienie informacji podanych w obu składnikach „Opisu oferowanego terminala i wyposażenia”. Z drugiej strony w kolumnie 5 „Deklaracji...” wykonawcy zobowiązani byli wskazać „sposób spełnienia wymagania lub odniesienie do dokumentu (np. karty technologicznej, certyfikatu) zawartego w ofercie, w którym ten sposób jest opisany (nazwa dokumentu, numer strony)”. Zamawiający przy jej wypełnianiu nie zabraniał używania tych samych sformułowań co określonych w wymaganiach, nie wymagał także jednolitości w powyższym zakresie. Jedynym punktem odniesienia przy analizowaniu i ocenianiu złożonej oferty, był wymóg ustalenia na podstawie tak przedstawionej prezentacji co było dokładnie przedmiotem oferty TTcomm, a następnie dokonanie jej oceny zgodnie z przyjętymi i wykazanymi w SIWZ kryteriami. Podobnie Izba podzieliła trafną argumentację zamawiającego dotyczącą wezwania TTcomm do wyjaśnień i uznała, że czynność ta nie doprowadziła do uzupełnienia oferty po dacie jej złożenia, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

W stosunku co do część b) przedmiotowego zarzutu, dotyczącego modemów MF-TDMA, Izba podzieliła stanowisko TTcomm wyrażone w jego piśmie procesowym i uznała, że argumentacja prezentowana przez odwołującego, że wymóg o 4 kanałach nadawczych i odbiorczych wyklucza zastosowanie modemów Skywan 5G i 5G mini, jest bezpodstawna. Ponadto powoływanie się w tym zakresie na karty katalogowe było niewystarczające, gdyż karty katalogowe ze swej istotny nie uwzględniają wszystkich dostępnych konfiguracji

sprzętowych i softwarowych modeli modemów i przez to mogą nie odzwierciedlać aktualnego stanu rozwoju technologicznego danego sprzętu.

W ocenie Izby w złożonych w dniu 14 czerwca 2018 r. wyjaśnieniach, TTcomm potwierdził spełnienie przez urządzenia w zaoferowanej konfiguracji wymagań zamawiającego określonych w pkt 6.2.14 oraz pkt 6.4.9a) WZTT, z uwzględnieniem odpowiedzi na pytania do treści SIWZ udzielonych przez zamawiającego w dniu 26 marca 2018 r. Zaoferowane rozwiązanie zostało potwierdzone jako spełniające wymagania SIWZ zarówno przez producenta modemów, jak i producenta oferowanego terminala. Do złożonych wyjaśnień TTcomm dołączył oświadczenie producenta oferowanych w postępowaniu modemów potwierdzające spełnianie wymagań SIWZ, zaś odwołujący nie wykazał podnoszonych przez siebie twierdzeń.

Nie znalazł także potwierdzenia zarzut odwołującego wskazujący, iż TTcomm w swych wyjaśnieniach dotyczących modemów MF-TDMA dokonał modyfikacji treści swojej oferty. W pkt 1.4 załącznika nr 2 do formularza ofertowego jako producenta modemów TTcomm rzeczywiście podał spółkę GISS, jednakże jednocześnie w kolumnie 3 Ukompletowanie przedmiotowy wykonawca podał, że objęty pkt 1.4 Modem MF-TDMA z odbiornikiem DVB-S2 terminala produkcji GISS zawiera komponent „*Modem MFTDMA ND SatCom 5G mini zawierający 4 portowy przełącznik oraz odbiornik DVB-S2, a także kontroler Terminala zawierający lokalny i zdalny interfejs użytkownika do zarządzania konfiguracją oraz monitorowa parametrów Terminala, całość zintegrowana w obudowie modułu Cobalt MM 5G.*”.

Natomiast, w odniesieniu do części c) i d) przedmiotowego zarzutu, Izba stwierdziła, że podnoszone przez odwołującego twierdzenia dotyczące mocy EIRP oraz prędkości transmisji danych w paśmie Ku, a także oferowania przez TTcomm prototypu terminala, są nieuprawnione - co zostało szczegółowo wyjaśnione przez Izbę w części uzasadnienia dotyczącej zarzutu nr 1 dla lit. a) i c).

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, zarzut niezgodności oferty TTcomm z treścią SIWZ nie znalazł uzasadnionych podstaw do jego uwzględnienia, twierdzenia odwołującego pozostały niewykazane i jako takie nie mogły odnieść zamierzonego skutku, zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako bezpodstawny, należało oddalić.

[zarzut nr 3 - złożenie oferty przez TTcomm jako czyn nieuczciwej konkurencji]

W konsekwencji niepotwierdzenia się powyższych dwóch zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, że nie ma także podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 14 UZNK.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza ten interes. Natomiast ust. 2 przytoczonego przepisu wskazuje, iż czynami takimi są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. Z kolei art. 14 UZNK wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych wiadomości o przedsiębiorcy i przedsiębiorstwie.

W ocenie Izby nie zaszła żadna z wyżej określonych okoliczności, zaś odwołujący nie wykazał twierdzeń przeciwnych. Na podstawie wyводу znajdującego się we wcześniejszej części uzasadnienia Izba uznała, że zarzuty nr 1 i 2 odwołania nie znalazły potwierdzenia, zatem - w konsekwencji powyższego - zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 14 UZNK także należy oddalić.

[zarzut nr 4 - zaniechanie odtajnienia części oferty TTcomm oraz treści wyjaśnień złożonych przez TTcomm]

Jak ustaliła Izba, TTcomm wraz z ofertą przedłożył „*Uzasadnienie w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa*”. Zamawiający uznał zastrzeżenie informacji zawartych w dokumencie Analiza łączy satelitarnych - budżet link oraz w wyjaśnieniach treści oferty z dnia 26 czerwca 2018 r., do których miało zastosowanie to uzasadnienie jako tajemnica przedsiębiorstwa, za skuteczne i zaniechał ich odtajnienia (z uwzględnieniem czynności zamawiającego dokonanej w dniu 20 lipca 2018 r.).

Dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa koniecznym jest wykazanie, że łącznie ziszczyły się przesłanki określone w art 11 ust. 4 UZNK, definiującym pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa. TTcomm w uzasadnieniu, w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, odniósł się do przesłanek określonych w tym przepisie. Natomiast odwołujący praktycznie w ogóle nie odniósł się do wykazania spełnienia przez TTcomm przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 UZNK. Odwołujący podniósł właściwie, że przedmiotowe uzasadnienie ma ogólnikowy charakter i nie zawiera żadnych dowodów potwierdzających zasadność tego zastrzeżenia, skupiając się wyłącznie na tej drugiej kwestii dotyczącej braku dowodów. W tym zakresie, w ocenie Izby, za w pełni uzasadnione należy

przyjąć stanowisko przytoczone przez TTcomm w swoim piśmie procesowym, które Izba w składzie rozpoznającym sprawę w pełni podziela, a wyrażone w wyroku z dnia 30 marca 2018 r. o sygn. akt KIO 496/18, w którym wskazano, że „wykonawca dokonujący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest zobowiązany do przedkładania dowodów dla wykazania okoliczności posiadania charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa przez informacje, którym walor ten przypisuje. Wbrew twierdzeniom odwołującego nie sposób uznać, że wykonawca ma obowiązek przedłożenia dowodów, na co wskazuje literalne brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który nie stanowi o udowodnieniu, a jedynie wykazaniu i nie można nakładać na wykonawcę dalej idących obowiązków niż to wynika z treści przepisu”.

W ocenie Izby zasadność zarzutu determinowana jest jego treścią, natomiast odwołujący zupełnie pominął najistotniejszą okoliczność dotyczącą przedmiotowego zarzutu tj. niewykazania przez TTcomm łącznego spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 UZNK, budując swoją argumentację na kwestii braku dowodów potwierdzających zasadność zastrzeżenia. Na ocenę zasadności zastrzeżenia przez TTcomm tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą wpływać podnoszone przez odwołującego zarzuty o charakterze ogólnym, odnoszące się do przedstawionego uzasadnienia i wskazujące na jego rzekomą lakoniczność i ogólny charakter. Tym samym, o ile niewątpliwym jest, że to na wykonawcy zastrzegającym informacje ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, to na etapie postępowania odwoławczego zadaniem odwołującego jest udowodnienie, że zamawiający błędnie uznał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast, na gruncie przedmiotowej sprawy, w ocenie Izby odwołujący nie udowodnił, że zamawiający naruszył wskazane przez niego przepisy Pzp oraz UZNK, przez co należy uznać, że TTcomm prawidłowo zastrzegł ww. informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zaś z drugiej strony, zgodnie z uzasadnieniem wykonawcy TTcomm, zastrzeżone przez wykonawcę informacje spełniają przesłankę materialną – zastrzeżona informacja spełnia wszystkie elementy przytoczonej powyżej definicji tajemnicy z art. 11 ust. 4 UZNK, tj. nie była ujawniona do wiadomości publicznej, ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, który dotyczy przedsiębiorstwa zastrzegającego lub stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą, oraz przesłankę formalną – wykonawca udowodnił, środkami adekwatnymi do treści informacji, iż podjął niezbędne działania w celu zachowania tej informacji w poufności. Przy czym Izba wskazuje, że działania podjęte przez przedsiębiorcę w celu utrzymania poufności określonych informacji muszą mieć charakter „niezbędnych”. Oznacza to spełnienie rozsądnych i adekwatnych wymagań w zakresie ochrony informacji, na określonym polu pozyskiwania danych. Jak ujął to Sąd Najwyższy, „podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do

sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony” (wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 304/00).

Finalnie, należało argumentację odwołującego uznać nie tyle za próbę podważenia spełniania przez zastrzeżoną informację kryteriów z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - czego w zasadzie w odniesieniu do tych informacji nie uczynił, a za polemikę z zastrzeżeniem jako takim. W związku powyższym Izba stanęła na stanowisku, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 1- 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK nie znalazł uzasadnionych podstaw i jako taki należało go oddalić.

[zarzut nr 5 - wybór oferty TTcomm jako najkorzystniejszej postępowaniu]

Jak wskazał sam odwołujący, podnoszony w tym punkcie zarzut stanowi konsekwencję zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia TTcomm z postępowania i odrzucenia jego oferty. Mając na uwadze fakt oddalenia zarzutów nr 1 i 2, Izba uznała za niezasadny jest także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

[zarzut nr 6 - niezgodność oferty konsorcjum Enamor z SIWZ]

Na wstępie należy wskazać, że odwołujący był uprawniony do formułowania zarzutów w stosunku do oferty Konsorcjum Enamor, ponieważ wykonawca ten także wniósł odwołanie i jego ewentualne uwzględnienie skutkowałoby unieważnieniem czynności odrzucenia jego oferty i „przywróceniem” jej w postępowaniu przez co odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego podanych w odwołaniu przepisów.

Tym niemniej Izba uznała, że zarzut ten należy uznać za nieudowodniony. W części odwołania dotyczącej oferty Konsorcjum Enamor odwołujący podał szereg dodatkowych zarzutów w związku z niezgodnością treści tej oferty z treścią SIWZ, które nie znalazły się w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 31 lipca 2018 r., w którym zamawiający podał uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia tej oferty. Przy czym należy zaznaczyć, że w tym zakresie zarzuty zostały sformułowane przez odwołującego w sposób lakoniczny i na dużym poziomie ogólności, co nie mogło skutkować ich uwzględnieniem.

Ponadto, zgodnie z zawiadomieniem z dnia 31 lipca 2018 roku, zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum Enamor z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W kontekście oddalenia przez Izbę odwołania wykonawcy Konsorcjum Enamor (w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1602/18) wskazywanie przez odwołującego dodatkowych niezgodności, których zamawiający nie sformułował, może tylko dodatkowo potwierdzać, że oferta Konsorcjum Enamor nie spełnia wymagań SIWZ i zamawiający

prawidłowo ją odrzucił. Jednocześnie przyjmując twierdzenie zamawiającego należy stwierdzić, że nie można „bardziej odrzucić” oferty niż uczynił to zamawiający i to bez względu na to, czy wskazane przez odwołującego niezgodności są słuszne czy nie.

Następnie skład orzekający wskazuje, że zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania. W przedmiotowej sytuacji w związku z oddaleniem odwołania Konsorcjum Enamor nawet przyjęcie, że te dodatkowe niezgodności w ofercie wykonawcy wystąpiły, w konsekwencji nie będzie miało wpływu na wynik postępowania, zatem nie zostanie wypełniona hipoteza art. 192 ust. 2 Pzp.

Mając na uwadze powyższe zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Enamor ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ także z innych przyczyn niż te, które wskazał zamawiający w ocenie Izby należy oddalić.

W związku z oddaleniem przez Izbę wszystkich wyżej wskazanych zarzutów, zawartych w odwołaniu pod nr 1 – 6, oddalony został także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. Na kanwie tego przepisu zostały określone przez ustawodawcę podstawowe zasady systemu zamówień publicznych, tj. zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron. Krótko wskazać należy, że odwołujący nie wykazał aby jego twierdzenia posiadały uzasadnione podstawy, w stosunku co do reszty zarzutów podniesionych w odwołaniu, a także nie wykazano, że doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, i zarzut tej również został przez Izbę oddalony.

Sygn. akt KIO 1602/18

[zarzut nr 1 - bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp]

Zgodnie z wymaganiami w zakresie Grupowego Zestawu Części Zamiennych (pkt 7.6 WZTT) „Wykonawca powinien dostarczyć w wymaganej ilości Grupowe Zestawy Części Zamiennych (GZCzZ). W skład każdego GZCzZ powinny wchodzić co najmniej:

- a) 2 kpl. wyposażenia ZCzZ,
- b) wszystkie elementy ukończenia pojedynczego Terminala tj.:
 - system antenowy z podstawą,
 - system radiowy dla pasma Ku,
 - zespół zasilania,
 - zestaw urządzeń kontrolno - pomiarowych,

- plecak do przenoszenia zestawu,
- dokumentacja techniczna (przeznaczona dla użytkownika określona w wymaganiu 9.17),
- skrzynia transportowa.

Uwaga: Wykonawca na etapie składania oferty powinien przedstawić ukompletowanie zestawu”.

Jak wynika z powyższego wykonawca był zobowiązany przedstawić ukompletowanie zestawu na etapie składania oferty.

Tymczasem jak ustaliła Izba odwołujący nie przedstawił pełnego ukompletowania GZCZ zarówno w wierszu lp. 7 Załącznika nr 2 do formularza oferty, „Opis oferowanego Terminala i wyposażenia” jak i w pkt 6.2.1 Załącznika nr 2 do formularza oferty, „Deklaracja zgodności spełnienia wymagań WZTT przez oferowany Terminal i wyposażenie”. Zamiast tego ograniczył się do wyspecyfikowania tylko niektórych wymaganych elementów GZCZ.

Ponadto, w załączniku nr 4 „Opis techniczny oferowanego systemu SHF z tłumaczeniem na język polski” w rozdziale 4.2 Grupowy Zestaw Części Zamiennej odwołujący podał:

„Dostawa obejmuje grupowy zestaw części zamiennych. Każdy z nich składa się z:

- N.2 Indywidualne zestawy części zamiennych
- N.1 Sterownik anteny bez modemów
- N.1 pasmo Ku BUC (4W) i N.1 LNB pasma Ku jako części zapasowe
- N.1 Karta modemu satelitarnego UHP-210 MF-TDMA
- N.1 Teledyne Paradise Kafla modemu SCPC / DVB-S2.”

Wśród zaoferowanych elementów odwołujący pomija jednak te elementy, które wskazał zamawiający w piśmie z dnia 31 lipca 2018 r. tj. system antenowy z podstawą, zespół zasilania, zespół urządzeń kontrolno-pomiarowych, plecak do przenoszenia zestawu, dokumentację techniczną, skrzynię transportową oraz wszystkie elementy wchodzące w skład systemu radiowego dla pasma Ku.

Rozstrzygając przedmiotowy zarzut Izba podzieliła stanowiska wykonawców TTcomm oraz Konsorcjum Siltec. W ocenie Izby na aprobatę nie zasługują twierdzenia odwołującego, jakoby zaoferował wszystkie wymagane elementy GZCZ dlatego, że wchodzi one w skład lub dotyczą samego terminala. Z treści i kształtu Załącznika nr 2 do formularza oferty, „Opis oferowanego Terminala i wyposażenia” wynika bowiem jednoznacznie, że terminal, którego specyfikacja została określona w pkt 1.1 — 1.10 jest czymś odrębnym od GZCZ, który został opisany w pkt 7. Tym samym elementy wchodzące w skład terminala, tj. zespół antenowy z podstawą (pkt 1.1), system radiowy (pkt 1.2), zespół zasilania (pkt 1.3), zespół urządzeń kontrolno-pomiarowych (pkt 1.7), plecak do przenoszenia zestawu (pkt 1.9), skrzynia transportowa (pkt 1.8), nie wchodzi automatycznie w skład GZCZ (pkt 7).

Zamawiający nie kwestionował, że odwołujący w ramach ukompletowania terminala zaoferował plecak czy skrzynię i na tej podstawie odrzucił ofertę Konsorcjum Enamor. Zamawiający słusznie, w ocenie Izby, zakwestionował brak zaoferowania przez odwołującego wymaganego ukompletowania zestawu GZCZ. Ponadto pomimo twierdzeń odwołującego należy stwierdzić, że co najmniej takie elementy jak plecak do przenoszenia zestawu, dokumentacja techniczna i skrzynia transportowa zostały zaoferowane jedynie w ramach dostawy terminala, brak ich w ramach GZCZ (próżno ich szukać w rozdziale 4.2 dotyczącym GZCZ załącznika nr 4 do formularza oferty odwołującego). Z kolei w zakresie systemu radiowego w GZCZ odwołujący zaoferował jedynie wzmacniacze i modemy.

Kolejną przyczyną odrzucenia oferty Konsorcjum Enamor podniesioną przez zamawiającego była kwestia systemu antenowego. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w WZTT dostarczony z terminalem system antenowy powinien charakteryzować się następującymi właściwościami:

„6.3.3. System antenowy (apertura zasadnicza i dodatkowa) powinien posiadać lekką konstrukcję, przenoszoną i składaną przez 1 operatora bez użycia narzędzi.

6.3.4. Apertura zasadnicza i dodatkowa powinny być wykonane w technice panelowej.

6.3.5. Każda z anten (odpowiednio dla apertury zasadniczej i apertury dodatkowej) nie powinna składać się z więcej niż 10 paneli. Panele apertury (zasadniczej i dodatkowej) powinny mieć możliwość montażu w dowolnej kolejności, dowolnym miejscu elementu łączącego oraz powinny posiadać zdolność wymiany pomiędzy różnymi egzemplarzami Terminali”.

Zaoferowany przez odwołującego system antenowy składa się z 3 paneli. Środkowy panel jest jednocześnie elementem łączącym dla pozostałych dwóch. Jak wskazał odwołujący środkowy panel jest na stałe przytwierdzony do podstawy anteny przez co nie może być zdemontowany bez użycia narzędzi i nie może być wymieniony pomiędzy innymi terminalami. Powyższe oznacza, że zaoferowany przez odwołującego system antenowy nie spełnia wymagań zamawiającego tak w zakresie przenoszalności jak i składania bez użycia narzędzi. Powyższy system nie spełnia również wymogu określonego w punkcie 6.3.5 WZTT. Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że panele apertury (zasadniczej i dodatkowej) powinny mieć możliwość montażu w dowolnej kolejności, dowolnym miejscu elementu łączącego oraz powinny posiadać zdolność wymiany pomiędzy różnymi egzemplarzami terminali, natomiast oferowanie przez odwołującego panelu, który nie jest wymienialny pomiędzy terminalami nie spełnia wymagań zamawiającego. Tym samym w zakresie systemu antenowego Izba przyjęła słuszną argumentację zamawiającego.

Następnie należy wskazać, iż oferta odwołującego pozostaje niezgodna z SIWZ także w zakresie kolejnej przyczyny podanej przez zamawiającego w piśmie z dnia 31 lipca

2018 r., dotyczącej zakresu ruchu systemu antenowego (pkt 6.3.6 WZTT). Według ustaleń Izby odwołujący zaoferował terminal, którego regulacja kąta elewacji wynosi między 5° do 10° (wobec 5° do 80° , które wymagał zamawiający), zaś regulacja ruchu w zakresie azymutu wynosi od 90° do 180° i odbywa się poprzez fizyczne przesuwanie terminala (wobec -180° do $+180^{\circ}$, które wymagał zamawiający).

Z treści pkt 6.3.6. WZTT wynika jednoznacznie jakie parametry (przedziały) regulacji powinien posiadać oferowany terminal. Ponadto trudno sobie wyobrazić, że pod pojęciem „regulacji ruchu” może mieścić się także „fizyczne przesuwanie terminala” (choćby dotyczyło to wyłącznie przedziału od 90° do 180°). Oznaczałoby to bowiem, że w zakreślonym przez odwołującego przedziale oferowany terminal będzie musiał zostać fizycznie obrócony, co w sposób oczywisty pozostaje niezgodne z wymaganiami zamawiającego, który wymagał pełnej i mechanicznej regulacji terminala w przedziale od -180° do $+180^{\circ}$.

Ostatnim powodem odrzucenia oferty Konsorcjum Enamor, podanym przez zamawiającego, było wyjaśnienie związane z zaoferowaną baterią w ramach zespołu zasilania. Odwołujący zaoferował baterię „BB-2590 lub podobną”. Zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego użycie sformułowania „lub podobne” nie pozwoliło na jednoznaczną weryfikację oferty ponieważ nie mógł mieć on pewności o jakie „podobieństwa” chodziło wykonawcy. Ponadto zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że sformułowanie użyte przez odwołującego „lub podobne” tworzy znamiona oferty wariantowej, której nie przewidział w SIWZ.

Ta ostatnia przyczyna odrzucenia oferty odwołującego jest w ocenie Izby dosyć dyskusyjna i mogłaby stanowić podstawę uwzględnienia odwołania, gdyby nie słuszne, stwierdzone w ofercie pozostałe przyczyny odrzucenia oferty Konsorcjum Enamor, które Izba uznała za bezdyskusyjne i niebudzące wątpliwości. Tym samym niejednoznaczność dotyczącą tego ostatniego powodu odrzucenia oferty odwołującego nie ma żadnego znaczenia, na kanwie art. 192 ust. 2 Pzp, dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania odwoławczego, gdyż aby oferta została odrzucona wystarczy jedna potwierdzona niezgodność z treścią dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konkluzji do przedmiotowego zarzutu Izba stwierdziła, że na aprobatę zasługuje argumentacja zamawiającego, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w ówczas, gdy oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia. Należy jednoznacznie podkreślić, że treść oferty jest zobowiązaniem wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego na warunkach określonych w SIWZ. Natomiast sama niezgodność treści oferty z treścią SIWZ podlega ocenie przez zamawiającego jako niezgodność treści oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego zawartymi w SIWZ,

w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Ponadto treść SIWZ jest ustalana przez zamawiającego, jest on jej autorem i w granicach określonych przepisami prawa kreuje zarówno jej zawartość, jak i przyszłe zobowiązania stron. Zatem przedstawienie zamawiającemu oferty, która nie odpowiada SIWZ co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia nie zaspokaja oczekiwań i interesów zamawiającego, a w konsekwencji skutkuje odrzuceniem oferty, jako niezgodnej z treścią dokumentacji postępowania.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp należy oddalić.

[zarzut nr 2 – zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści ofert na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp]

W związku ze wywodem Izby zawarty w uzasadnieniu, w ramach rozstrzygnięcia zarzutu nr 1, skład orzekający wskazuje, że wezwanie odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w zakresie wskazanych powyżej kwestii, nie mogło mieć miejsca z uwagi na oczywiste sprzeczności pomiędzy ofertą odwołującego, a wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Ewentualne wyjaśnienie tych sprzeczności musiałoby bowiem zostać zakwalifikowane jako prowadzenie negocjacji z odwołującym oraz prowadziłyby do zmiany oferty odwołującego po dacie jej złożenia, co jest niezgodne z treścią art. 87 ust. 1 Pzp i takie wezwanie do złożenia wyjaśnień powodowałoby naruszenie prawa przez zamawiającego, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

W ocenie Izby zamawiający postąpił słusznie nie wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, bowiem przepis ten przewidziany jest do wyjaśniania wątpliwości, a nie oczywistych niezgodności z treścią SIWZ, i jako taki nie służy wykonawcom do uzupełniania treści oferty, pod pozorem składania wyjaśnień. Natomiast zidentyfikowane przez zamawiającego niezgodności treści oferty Konsorcjum Enamor z SIWZ były zadaniem Izby jednoznaczne i niebudzące wątpliwości oraz nie wymagały nadzwyczajnych zabiegów interpretacyjnych lub wyjaśnień.

Tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia twierdzeń odwołującego, wskazanych w uzasadnieniu zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp i zarzut ten, jako bezpodstawny, należało oddalić

[zarzut nr 3 – naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców]

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 87 ust. 1 2 Pzp Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się argumenty odwołującego, jakoby zamawiający zaniechał, w przypadku jego odwołującego, dokonania procedury kompleksowego badania treści oferty, w szczególności w sposób dyskryminujący tego wykonawcę, w porównaniu do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Odwołujący podnosił naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dyskryminacyjne traktowanie odwołującego w postępowaniu, w stosunku do pozostałych wykonawców, szczególności w związku z zaniechaniem wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty - podczas, gdy pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zostali co najmniej raz wezwani do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

W ustalonym stanie faktycznym nie można zdaniem Izby porównywać sytuacji odwołującego z sytuacją pozostałych wykonawców wzywanych przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Izba, po przeanalizowaniu poszczególnych wezwań zamawiającego do złożenia wyjaśnień, kierowanych do innych wykonawców, uznała, iż niezgodności stanowiące podstawę odrzucenia oferty Konsorcjum Enamor nie dotyczyły tożsamyh czy nawet podobnych okoliczności, które powziął zamawiający wobec treści pozostałych ofert.

Ponadto odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego, w sytuacji spełnienia przez odwołującego przesłanek do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie może stanowić o nierównym traktowaniu wykonawców i naruszeniu przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp także należy oddalić.

[zarzut nr 4 – brak podstaw faktycznych w Zawiadomieniu potwierdzających niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ]

Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp nie wskazuje stopnia szczegółowości informacji o odrzuceniu oferty, zatem wypełnienie obowiązku informacyjnego przez zamawiającego powinno być oceniane celowościowo. Celem obowiązku podania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego informacji o odrzuceniu oferty jest uzyskanie przez wykonawcę wiedzy o przyczynach, dla których zamawiający odrzucił jego ofertę, tak aby mógł ocenić tę czynności i zdecydować, czy dla ochrony praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinien wnieść odwołanie.

Uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego zawarte w zawiadomieniu z 31 lipca 2018 r. należy uznać za wystarczające, gdyż wskazywało kwalifikację prawną dokonaną

przez zamawiającego oraz okoliczności faktyczne, na których oparł się zamawiający. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, które odnosiło się do uzasadnienia sformułowanego przez zamawiającego i zostało rozpoznane w granicach podniesionych w nim zarzutów.

W związku z tym w ocenie Izby nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 Pzp.

[zarzut nr 5 – zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego ewentualnych tzw. „innych omyłek” na art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwzględnieniem wyjaśnień]

W odniesieniu do przedmiotowego zarzutu Izba w pełni podzieliła pogląd zamawiającego wyrażony w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający dokonując oceny oferty odwołującego stwierdził jej niezgodność z SIWZ, w zakresie dotyczącym istotnych parametrów pozwalających na ocenę, czy przedmiot zamówienia jest zgodny z postawionymi przez niego wymaganiami. Co więcej charakter stwierdzonych niezgodności – jak wskazano przy okazji innych zarzutów – był oczywisty i nie budzący wątpliwości. W tej sytuacji uznanie przez zamawiającego, że niezgodność z jego wymaganiami stanowi „inną omyłkę” czy też „nieścisłość” mającą charakter nieistotny i możliwe jest przez to poprawienie treści oferty odwołującego, stanowi rażące nadużycie prawa. Wskazanie w uzasadnieniu odwołania, w zakresie przedmiotowego zarzutu, że zamawiający mógłby dokonać odpowiedniego poprawienia ewentualnych omyłek w wyniku wezwania odwołującego do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, należy ocenić jako całkowicie chybione.

Zgodnie z przywołanym przez zamawiającego wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2010 r., sygn. akt X Ga 7/10: „(...) *poprawa omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy dotyczy treści oferty, która została w ofercie wyrażona*”, który to Izba podziela, trudno uznać postulowaną przez odwołującego, zasadność poprawiania treści oferty, po wyjaśnieniach tejże treści przez wykonawcę. Ponadto biorąc pod uwagę, że niezgodności treści oferty odwołującego z SIWZ miały charakter oczywisty i dotyczyły jednoznacznie wskazanych parametrów przedmiotu zamówienia, zarówno wyjaśnienia jak i poprawianie oferty powodowałoby istotną zmianę w jej treści, tym samym nie spełniając przesłanek określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i prowadziłoby do naruszenia przez zamawiającego prawa.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako nieuprawniony.

Sygn. akt KIO 1603/18

Na wstępie należy wskazać, że odwołujący na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2018 r. oświadczył, że cofa zarzut nr 7 skierowany wobec oferty Konsorcjum Siltec dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 marca 2016 r.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie określił sposobu, w jaki oferowany sprzęt spełnia wymogi zamawiającego określone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.18.7 oraz w pkt. 6.18.7 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT), oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wobec niespełnienia ww. wymogu przez oferowany sprzęt. W związku z tym Izba uznała przedmiotowy zarzut za bezprzedmiotowy, a przez to niepodlegający merytorycznemu rozstrzygnięciu.

Konsorcjum Siltec w swoim piśmie procesowym podkreśliło, że odwołanie wniesione przez Konsorcjum KenBIT powinno zostać oddalone ze względu na fakt, iż ten odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie poniósł i nie może ponieść szkody nawet przy hipotetycznym założeniu, że zamawiający naruszył przepisy Pzp. Odwołanie nie spełnia tym samym wymagań określonych w art. 179 ust. 1 Pzp.

Powyższy wniosek zdaniem Konsorcjum Siltec wypływa z faktu, iż oferta odwołującego opiewa na kwotę 116.881.211,25 zł, zaś maksymalna kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia to 77.000.000,00 zł. Dla porównania wskazał, że kwoty zaoferowane przez konkurentów odwołującego wynoszą odpowiednio:

- (i) Konsorcjum Enamor — 42.671.867,25 zł;
- (ii) TTcomm — 48.895.331,46 zł;
- (iii) Konsorcjum Siltec — 55.625.592,57 zł.

Oznacza to, że kwota zaoferowana przez odwołującego zdecydowanie przekracza budżet jaki zamawiający planuje przeznaczyć na realizację zamówienia, a zatem nawet w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutów podniesionych przez odwołującego — czego konsekwencją byłoby odrzucenie ofert złożonych zarówno przez TTcomm jak i Konsorcjum Siltec — odwołujący i tak nie będzie mógł uzyskać zamówienia. Trudno bowiem wyobrazić sobie scenariusz, w którym zamawiający zdecydowałby się na zwiększenie budżetu zamówienia o blisko 50%.

Izba uznała, że odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, a na skutek podnoszonych w odwołaniu działań i zaniechań zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty TTcomm, zaniechaniu wykluczenia TTcomm oraz odrzucenia ofert: TTcomm oraz Konsorcjum Siltec, może doznać szkody w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, zatem zostały spełnione przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzeciej

pozycji wg kryteriów oceny ofert ustalonych przez zamawiającego, zatem uznanie za zasadne zarzutów odwołania daje mu potencjalną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Przy czym na etapie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej bez znaczenia dla istnienia legitymacji czynnej do wniesienia odwołania jest kwestia czy cena oferty wybranej na skutek uznania zarzutów odwołania mieści się w kwocie przeznaczony na realizację zamówienia. Po pierwsze - ewentualna czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp jest, zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu, czynnością następczą po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Po drugie - zamawiający zawsze ma prawo podjąć decyzję o zwiększeniu kwoty przeznaczony na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty (art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp *in fine*). Po trzecie Izba nie może odmówić merytorycznego rozpoznania stanowiska odwołującego, przez pryzmat czynności zamawiającego, które mają charakter przyszły i niepewny, a taki charakter w kontekście przedmiotowej sprawy ma ewentualna czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Przechodząc do poszczególnych zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba zważyła co następuje:

A. W zakresie badania i oceny oferty TTcomm:

[zarzut nr 1]

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TTcomm w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie wskazał w treści oferty nazwy producenta, rodzaju, typu, modelu ani specyfikacji baterii w oferowanym terminalu, która to informacja jest kluczowa z punktu widzenia wymaganego opisu sposobu spełnienia wymogów odnoszących się do baterii.

Jak ustaliła Izba w przedmiotowym zakresie przywołane w odwołaniu baterie wchodzi w skład Zespołu Zasilania oferowanego terminala. Zamawiający w ramach oferty wymagał poprzez uzupełnienie Tabeli „Opis oferowanego Terminala i Wyposażenia” (stanowiącej załącznik nr 2 do formularza ofertowego) przedstawienia producenta, modelu, typu oraz nazwy Zespołu Zasilania, a nie jak zostało podniesione w odwołaniu - baterii. Ponadto w kolumnie „Ukompletowanie” zamawiający wymagał przedstawienia ukompletowania Zespołu Zasilania oraz poniższych danych:

- zakres obsługiwanego napięcia stałego oraz zmiennego;
- deklarowaną ilość cykli ładowania akumulatorów;
- określić typy baterii / akumulatorów kompatybilnych z zespołem zasilania.

Ponadto, zgodnie z treścią dokumentacji postępowania, zamawiający nie wymagał zaofiarowania jednego konkretnego typu/nazwy baterii, jakiego dla wyrobu użyje wykonawca, lecz określił wymaganie, aby wykonawca wskazał typy baterii/akumulatorów, które będą kompatybilne z Zespołem Zasilania.

W ramach przedmiotowego zarzutu Izba podzieliła trafną argumentację zamawiającego i uznała, że TTcomm spełnił wymagania dotyczące zespołu zasilania, gdyż podał nazwę, typ, model oraz producenta Zespołu Zasilania, określił ukończenie, pozostałe wymagane informacje oraz przedstawił baterie/akumulatory, które są kompatybilne z podanym przez wykonawcę Zespołem Zasilania. Ponadto w tabeli „Deklaracja zgodności spełnienia wymagań WZTT przez oferowany Terminal i Wyposażenie” znajdującej się w załączniku nr 2 do formularza oferty TTcomm potwierdził spełnienie wszystkich wymagań w zakresie Zespołu Zasilania oraz wchodzących w jego skład baterii. Wykonawca potwierdził przy tym spełnienie wymagań 6.5.6, 6.12.8, 6.12.9 WZTT, które to wymagania dawały podstawę dla określenia typu baterii/akumulatora, wchodzącego w skład Zespołu Zasilania. W żadnym z tych punktów nie było wymagane podanie producenta, modelu czy typu baterii/akumulatora.

W związku powyższym twierdzenia odwołującego nie znalazły potwierdzenia w literalnym brzmieniu treści dokumentacji postępowania, zatem argumentacja odwołującego, jako niepoparta treścią SIWZ, nie mogła stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu niezgodności z treścią specyfikacji, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przy czym Izba wskazuje, że odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

[zarzut nr 2]

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt. 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia TTcomm z postępowania w sytuacji, gdy podał on nieprawdziwe informacje o liczbie cykli ładowania (401) z zachowaniem 75% pojemności baterii, o możliwości wyprodukowania i wprowadzenia do obrotu baterii przez spółkę GISS Sp. z o.o. (ewentualnie samego wykonawcę) oraz o możliwości spełnienia wymogu odczytu ilości cykli ładowania, co miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania w ten sposób, iż doprowadziło zamawiającego do błędnego przekonania, iż oferowany sprzęt spełnia wymogi określone w SIWZ, a w konsekwencji wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oraz mogło mieć wpływ na wynik postępowania w ten sposób, iż wykonawca uzyskałby większą liczbę punktów.

W związku z przedmiotowym zarzutem odwołujący stwierdził, że spółka GISS lub wykonawca nie może produkować i wprowadzać do obrotu baterii, a wobec braku odrębnego wskazania producenta oferowanych baterii zamawiający mógł uznać, iż spółka ta lub sam

TTcomm jest również producentem baterii, stanowiących element oferowanego systemu zasilania i tym samym informacja o tym, iż którykolwiek z tych podmiotów mógłby choćby potencjalnie być producentem baterii bądź wprowadzać takowe do obrotu jest nieprawdziwa.

Jak Izba ustaliła w poprzednim zarzucie i wywód ten należy odnieść do omawianego zarzutu nr 2, zamawiający nie wymagał od wykonawców przedstawienia producenta oferowanych baterii/akumulatorów. Zamawiający w swojej tabeli „Opis oferowanego Terminala i Wyposażenia” wymagał określenia producenta, modelu, typu, nazwy oraz ukończenia Zespołu Zasilania będącego elementem składowym terminala.

Ponadto za nie mające potwierdzenia w dokumentacji, a przez to za niezasadne Izba uznała twierdzenie odwołującego jakoby w SIWZ istniał wymóg podania producenta baterii. Zgodnie z dokumentacją postępowania zamawiający opisał przedmiotowe baterie funkcjonalnościami jakie ma zapewnić, a nie wskazywał konkretnego typu baterii jakie mają być zaoferowane w ramach przedmiotowego postępowania. Dlatego twierdzenie, że firma GISS lub TTcomm powinny być wpisane do rejestru podmiotów wprowadzających baterie lub akumulatory nie ma w przedmiotowym zakresie znaczenia, z uwagi na fakt, iż nie było wymagane podanie producenta baterii/akumulatorów.

W dalszej kolejności zarzut dotyczy:

- zaoferowania przez TTcomm baterii o 401 cyklach ładowania przy zachowaniu 75% jej pojemności;
- możliwości spełnienia wymogu odczytu ilości cykli ładowania.

Zamawiający postawił wymaganie, które postanowił wyżej punktować w pkt 6.12.9 WZTT, aby akumulatory terminala zapewniały więcej niż 350 cykli ładowania z zachowaniem 75% początkowej pojemności. Zamawiający oświadczył przy tym, w odpowiedzi na odwołanie, że stawiając takie wymaganie był i jest pewien o możliwości jego wykonania. Ponadto określenie wymagań WZTT poprzedzone było dialogiem technicznym, w którym brało udział wielu wykonawców. Również podczas prowadzonych negocjacji w trakcie postępowania, żaden z wykonawców — w tym również odwołujący — nie kwestionował możliwości spełnienia podanego wymagania. W jego ocenie nie jest więc prawdą, że żaden producent nie oferuje baterii odnawialnych tego typu, które działają w wymaganych przez WZTT warunkach środowiskowych gwarantujących 401 cykli ładowania z zachowaniem 75% początkowej pojemności. Jako przykład zamawiający podał powszechnie stosowany w wielu armiach, również w Siłach Zbrojnych RP, akumulator litowo-jonowy typu BB-2590/U. Producent tego akumulatora - amerykańska firma Bren Tronics Inc. na swojej stronie internetowej deklaruje potwierdzoną żywotność tej baterii na poziomie 750 cykli ładowania 80% pojemności i rozładowania 100% pojemności. Ponadto, w karcie technologicznej akumulatora, gwarantuje zachowanie 80% początkowej pojemności po wykonaniu powyżej 300 cykli ładowania i rozładowania.

Izba podzieliła powyższą słuszną argumentację zamawiającego i stwierdziła, że odwołujący nie był w stanie jej zakwestionować. Ponadto twierdzenia odwołującego i złożone przez niego dowody, nie mogły w sposób skuteczny podważyć twierdzeń zamawiającego. Dowód w postaci prezentacji dwóch wykresów, przedstawiających możliwości osiągnięcia określonej ilości cykli ładowania w zależności od temperatury Izba włączyła w poczet materiału dowodowego, jednak dowód ten jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia, ponieważ został on opracowany jako zestawienie własne odwołującego oraz miał charakter wtórny wobec twierdzeń odwołującego zaprezentowanych w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący nie wykazał się inicjatywą w tym zakresie, a jedynie próbował kwestionować argumentację zamawiającego, bez stanowczego wykazania własnych tez. Przy czym mając na uwadze zasadę dotyczącą rozkładu ciężaru dowodu to odwołujący winien wykazać inicjatywę oraz podać argumenty w zakresie stawianych zarzutów. W zakresie kolejnego dowodu – w postaci oświadczenia producenta baterii, z którego wynika, że standardem oferowanych na rynku baterii jest możliwość przeprowadzenia do 300 cykli ładowania, w ocenie Izby jest on również nieprzydatny dla rozstrzygnięcia. Dowód ten nie wniósł istotnych informacji, a w szczególności nie wskazuje jednoznacznie, że na rynku nie istnieją baterie o 401 cyklach ładowania przy zachowaniu 75% jej pojemności. Co do dowodu w postaci wyciągu z odpowiedzi na odwołanie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 247/18, z której według odwołującego wynika inne rozumienie sposobu wypełnienia załączników do formularza ofertowego niż w przedmiotowym postępowaniu, Izba stwierdziła, że dowód ten, stanowi oświadczenie strony złożone w zupełnie innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem nie jest on nawet w sposób luźny związany z rozpoznawaniem odwołaniem i jako nie mający związku z przedmiotową sprawą - rozumianą jako spór pomiędzy stronami w zakresie konkretnego zamówienia publicznego – nie stanowił on podstawy rozpoznania okoliczności istotnych dla przedmiotowego rozstrzygnięcia. Ponadto Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, na okoliczność zbadania czy zaoferowana przez TTcomm bateria osiąga parametry, wskazane w ofercie, wniosek oddalono na kanie brzmienia art. 190 ust. 6 Pzp i okoliczności szczegółowo opisanych we wcześniejszej części uzasadniania.

Dodatkowo, jedynie na marginesie należy wskazać, że Konsorcjum Siltec w swojej ofercie zaoferowało baterię o 400 cyklach ładowania, czyli tylko o jeden cykl mniej niż TTcomm, a odwołujący nie podważał tej okoliczności i nie stawiał wobec Konsorcjum Siltec zarzutu tak jak zrobił to w przypadku TTcomm.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

[zarzut nr 3]

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TTcomm w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie wskazał w treści oferty sposobu, w jaki spełnia wymaganie odnoszące się do odporności terminala na skoki typu HALO, zakreślone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.11.4 oraz w pkt. 6.11.4 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT).

W pkt. 6.11.4 WZTT zamawiający wymagał: „Terminal powinien posiadać odpowiednie zabezpieczenia w celu wyeliminowania ryzyka uszkodzenia sprzętu podczas operacji spadochronowych na dużych wysokościach (co najmniej z wysokości 7500 metrów HALO - High Altitude Low Open) z wykorzystaniem plecaka do przenoszenia Terminala i przy bardzo szybko zmieniającym się ciśnieniu i warunkach atmosferycznych”.

Jednocześnie zamawiający nie wskazywał rodzaju zabezpieczenia, które powinno być zastosowane w terminalu. Wykonawca TTcomm w załączniku nr 2 do oferty w Tabeli „Deklaracja zgodności spełnienia wymagań WZTT przez oferowany Terminal i Wyposażenie” zadeklarował spełnienie tego wymagania a w kolumnie sposób spełnienia zamieścił informację: „Terminal posiada zabezpieczenia w celu wyeliminowania ryzyka uszkodzenia sprzętu podczas operacji spadochronowych na dużych wysokościach (co najmniej z wysokości 7500 metrów HALO - High Altitude Low Open) z wykorzystaniem plecaka do przenoszenia Terminala i przy bardzo szybko zmieniającym się ciśnieniu i warunkach atmosferycznych”.

W związku z powyższym Izba uznała, że wobec stanowiska zamawiającego, które dopuszczało dużą swobodę wykonawcy przy wykazaniu powyższego wymogu, deklaracja TTcomm była wystarczająca i nie mogła stanowić podstawy odrzucenia oferty tego wykonawcy, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

[zarzut nr 4]

Nie znalazł także potwierdzenia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TTcomm w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie określił sposobu, w jaki oferowany sprzęt spełnia wymogi zamawiającego zakreślone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.18.7 oraz w pkt. 6.18.7 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT).

W pkt. 6.18.7 WZTT zamawiający wymagał: „Terminal powinien posiadać następujące rodzaje zabezpieczeń:

a) system antenowy powinien posiadać zabezpieczenie przed silnymi porywami wiatru o prędkości do 60 km/h poprzez odpowiednią konstrukcję anteny umożliwiającą przytwierdzenie Terminala do podłoża;

b) zabezpieczenie wzmacniaczy przed uszkodzeniem wynikającym z awarii zasilacza lub wzrostu VSWR powyżej 2,1:1 w postaci awaryjnego systemu wyłączenia wzmacniacza”.

Jednocześnie, zgodnie z dokumentacją postępowania, zamawiający nie wskazywał rodzaju zabezpieczenia, które powinno być zastosowane w terminalu w zakresie wiatru. TTcomm w załączniku nr 2 do formularza ofertowego w Tabeli „Deklaracja zgodności spełnienia wymagań WZTT przez oferowany Terminal i Wyposażenie” (str. 59 poz. 98 kolumna 5) potwierdził spełnienie tego wymogu.

W związku z powyższym Izba uznała, że wobec stanowiska zamawiającego, które dopuszczało dużą swobodę wykonawcy przy wykazaniu powyższego wymogu, deklaracja TTcomm była wystarczająca i, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie mogła stanowić podstawy odrzucenia oferty tego wykonawcy.

[zarzut nr 5]

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TTcomm pomimo złożenia wyjaśnień, w których wykonawca wbrew obowiązкови zawartemu w art. 90 ust. 2 Pzp nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

W toku badania ofert zamawiający uznał, iż cena zaoferowana przez TTcomm jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia. W związku czym pismem z dnia 14 maja 2018 r. wezwał TTcomm do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Pismem z dnia 24 maja 2018 r. TTcomm przedstawił odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień.

Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami, co do prawidłowego wyliczenia ceny oferty, w korelacji z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez odwołującego okoliczności odwołania, które w jego ocenie powodują, że oferta przystępującego winna zostać odrzucona.

Dokonana przez Izbę kontrola czynności zamawiającego skutkowała stwierdzeniem, iż zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez przystępującego wyjaśnienia i dowody, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. W przekazanej przez TTcomm odpowiedzi jawna pozostała jedynie część, którą wykonawca zatytułował jako „wyjaśnienia dotyczące ceny — uwagi ogólne”. Pozostałe wyjaśnienia TTcomm, które są znacznie obszerniejsze oraz znaczna część załączników zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Szczegółowa analiza treści wyjaśnień, jak i załączanych do nich załączników, pozwala w ocenie Izby

uznać, że zamawiający prawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia, zatem przedmiotowy zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Kolejnym, dodatkowym, argumentem potwierdzającym słuszność stanowiska zamawiającego są ceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Wynoszą one odpowiednio dla poszczególnych wykonawców:

- (i) Konsorcjum Enamor — 42.671.867,25 zł;
- (ii) TTcomm — 48.895.331,46 zł;
- (iii) Konsorcjum Siltec — 55.625.592,57 zł;
- (iv) Odwołujący — 116.881.211,25 zł.

Jeśli chodzi o ofertę Konsorcjum Enamor to została ona odrzucona przez zamawiającego niemniej nie z powodu rażąco niskiej ceny, zatem jej obecność w powyższym zestawieniu nie burzy obrazu rzeczywistości w zakresie tego zarzutu. Przechodząc natomiast już *stricte* do powyższego zestawienia to już na pierwszy rzut oka widoczna jest okoliczność, że ceny zaproponowane przez trzech pierwszych wykonawców (w tym TTcomm) kształtują się na dość podobnym poziomie.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp nie potwierdził się i jako taki zarzut ten należało oddalić.

[zarzut nr 6]

Izba oddaliła także ostatni zarzut dotyczący oferty TTcomm dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie określił sposobu, w jaki oferowany sprzęt spełnia wymogi zamawiającego określone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.1.1. oraz w pkt. 6.1.1 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT).

W pkt. 6.1.1 WZTT zamawiający wymagał: „Terminal powinien zapewnić niezawodną łączność dla pododdziałów wojsk specjalnych oraz wybranych pododdziałów wojsk lądowych (przede wszystkim rozpoznawczych)”. Wykonawca TTcomm w załączniku nr 2 do formularza ofertowego w Tabeli „Deklaracja zgodności spełnienia wymagań WZTT przez oferowany Terminal i Wyposażenie” (s. 14 poz. 1 kolumna 5) wykazał spełnienie tego wymagania.

Jak to podnosi odwołujący kluczowym elementem tego wymagania jest niezawodność. Ta właściwość terminala została przez zamawiającego doprecyzowana poprzez wymagania rozdziału 6.12 WZTT tj. wymagania niezawodnościowe. W rozdziale tym zamawiający wymaga podania w ofercie wskaźników nieuszkodzalności podzespołów terminala MTBF oraz ich czasu życia (eksploatacji). Natomiast TTcomm w swojej ofercie

podał wymagane w tym zakresie informacje i tym samym potwierdził spełnienie i określił sposób spełnienia wymagania 6.1.1.

B. W zakresie badania i oceny oferty Konsorcjum Siltec:

[zarzut nr 1]

W ocenie Izby nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Siltec w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie wskazał w treści oferty nazwy producenta, rodzaju, typu, modelu ani specyfikacji baterii w oferowanym terminalu która to informacja jest kluczowa z punktu widzenia wymaganego opisu sposobu spełnienia wymogów odnoszących się do baterii.

Przedmiotowy zarzut jest zbliżony do zarzutu nr 1 kierowanego wobec oferty TTcomm i wywód Izby w tym zakresie jest także aktualny w stosunku co do omawianego zarzutu. Jedynie ogólnie przypomnieć należy, że zamawiający nie wymagał od wykonawców podania w ofercie informacji dotyczących nazwy producenta, rodzaju, modelu ani specyfikacji baterii. Zamiast tego w pkt 1.3 Załącznika nr 2 do formularza oferty wykonawcy zobowiązani byli jedynie do podania „Nazwy, typu, modelu oraz producenta” całego Zespołu Zasilania (w którego skład wchodzi bateria/akumulator), co Konsorcjum Siltec uczyniło.

Szczegółowa specyfikacja całego Zespołu Zasilania (w tym akumulatora terminala SHF) została podana w pkt 6 Załącznika nr 3 do formularza oferty („Opis techniczny Terminala SHF”). Informacje zawarte w tej części oferty Konsorcjum Siltec odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w pkt 6.5.1.-6.5.6 Załącznika nr 2 do formularza oferty. Żadne z tych wymagań (pkt 6.5.1.-6.5.6) także nie obligowało wykonawców do podawania nazwy producenta, rodzaju, modelu ani specyfikacji baterii.

Konsorcjum Siltec, choć nie było zobowiązane do podawania konkretnego modelu stosowanej baterii, w ramach informacji ujętych w pkt w pkt 6.1 Załącznika nr 3 do formularza oferty („Opis techniczny Terminala SHF”) zdecydowało się na podanie tej informacji, wskazując, że w skład zespołu zasilania wchodzi bateria - model BB-2590/U. W tym zakresie Izba przychyliła się do twierdzenia Konsorcjum Siltec uznając, że w jego ofercie nie zachodzi w tym zakresie sprzeczność, bowiem stosowane numery — BB-2590 oraz BB-2590/U — określają odpowiednio: typ stosowanej baterii - BB-2590 oraz jej konkretny model - BB2590/U (podtyp). Podanie konkretnego modelu stosowanej baterii należy uznać więc jedynie za uszczegółowienie informacji dotyczącej jej typu, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Tym samym Izba uznała, że powyższy zarzut należy oddalić.

[zarzut nr 2]

Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Siltec w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie wskazał w treści oferty sposobu, w jaki spełnia wymaganie odnoszące się do odporności terminala na skoki typu HALO, określone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.11.4 oraz w pkt. 6.11.4 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT), ponieważ odwołujący nie wykazał, aby zarzut ten posiadał uzasadnione podstawy.

Przedmiotowy zarzut jest zbliżony do zarzutu nr 3, kierowanego wobec oferty TTcomm i wywód Izby w tym zakresie również zachowuje aktualność w stosunku do omawianego zarzutu, w odpowiednim zakresie. Warto w związku z tym jedynie przypomnieć, że zamawiający nie wymagał w tym zakresie od wykonawców przedstawienia specyfikacji specjalistycznego zaworu bezpieczeństwa, dopuszczając dowolność w wypełnieniu tego wymogu ze strony wykonawców. Zagwarantowanie wymaganego przez zamawiającego poziomu trwałości i odporności oferowanego terminala mogło być zatem wykazane przez wykonawców na różne sposoby, m.in. tak jak uczyniło to Konsorcjum Siltec w pkt 10 Załącznika nr 3 do formularza oferty („Opis techniczny Terminala SHF”) — „Trwałość i odporność Terminala na oddziaływanie czynników środowiskowych”. Gdyby zamawiający oczekiwał od wykonawców przedstawienia specyfikacji specjalistycznego zaworu bezpieczeństwa to sformułowałby wprost taki wymóg w Załączniku nr 2 do formularza oferty. Tymczasem zamawiający w pkt 98 (6.11.4) Załącznika nr 2 do formularza oferty pozostawił wykonawcom swobodę w opisanu sposobu spełnienia tego wymagania. Brak jest zatem podstaw do twierdzenia, że wykonawcy musieli w swym opisie odnosić się akurat do zaworu bezpieczeństwa, który stanowi zaledwie jeden z wielu elementów terminala zapewniających jego trwałość i odporność, również w przypadku operacji spadochronowych typu HALO.

[zarzut nr 3]

Na uwzględnienie nie zasłużył także zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Siltec w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie określił sposobu, w jaki oferowany sprzęt spełnia wymogi zamawiającego określone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.1.1 oraz w pkt. 6.1.1 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT).

Przedmiotowy zarzut jest zbliżony do zarzutu nr 6 kierowanego wobec oferty TTcomm. Warto przy tym przypomnieć, że zamawiający w pkt. 6.1.1 WZTT wymagał: „Terminal powinien zapewnić niezawodną łączność dla pododdziałów wojsk specjalnych oraz wybranych pododdziałów wojsk lądowych (przede wszystkim rozpoznawczych)”.

Izba podzieliła w tym zakresie słuszną argumentację Konsorcjum Siltec, że wykonawca ten w pkt 1 (6.1.1.) Załącznika nr 2 do formularza oferty odsyła do pkt 1 Załącznika nr 3 do formularza oferty („Opis techniczny Terminala SHF”) — Przeznaczenie terminala SHF”, który zawiera potrzebne informacje wymagane w tym zakresie przez zamawiającego. Zgodnie z nimi niezawodna łączność dla pododdziałów wojsk specjalnych oraz wybranych pododdziałów wojsk lądowych (przede wszystkim rozpoznawczych) zostanie zapewniona m.in. poprzez:

- a. wykorzystanie protokołu IP;
- b. pasmo Ku, które będzie podstawowym pasmem pracy Terminala;
- c. doposażenie Terminala w odpowiednie elementy toru radiowego (dla pasma Ka i X);
- d. łączność satelitarną z wykorzystaniem techniki TDMA, FDMA, DVB-S2.

W związku powyższym Izba uznała, że w zakresie wymagania określonego w pkt 1 (6.1.1.) Załącznika nr 2 do formularza oferty Konsorcjum Siltec przedstawiło szereg informacji, które określają sposób jego spełnienia. Tym samym zarzut stawiany w tym zakresie przez odwołującego należy uznać za całkowicie bezpodstawny i jako niewykazany został on przez Izbę oddalony.

[zarzut nr 4]

Podobnie Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Siltec w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie określił sposobu, w jaki oferowany sprzęt spełnia wymogi zamawiającego określone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.3.15 oraz w pkt. 6.3.15 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT), oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wobec niespełnienia tego wymogu przez oferowany sprzęt. Twierdzenia odwołującego pozostały niewykazane i zmierzały wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony.

W pkt. 6.3.15 WZTT zamawiający wymagał: „Podstawa systemu antenowego powinna umożliwiać wypoziomowanie na nierównym podłożu tj. co najmniej 10^0 odchylenia podłoża od poziomu w kierunku na satelitę i równoczesnego co najmniej 10^0 odchylenia podłoża od poziomu w kierunku prostopadłym do kierunku na satelitę”.

Z pkt 3.2 Załącznika nr 3 do formularza oferty („Opis techniczny Terminala SHF”) — „Podstawa systemu antenowego” wynika, że oferowany terminal spełnia wymagania zamawiającego określone w pkt 41 (6.3.15) Załącznika nr 2 do formularza oferty. Natomiast twierdzenia odwołującego w zakresie tego zarzutu Izba uznała za nieudowodnione, a szczególnie te dotyczące nóżek terminala. W tym zakresie Izba przyjęła i podzieliła trafne wyjaśnienia zamawiającego i uznała, że nie wszystkie nogi terminala muszą posiadać

możliwość regulacji swojej wysokości, aby warunek postawiony przez zamawiającego mógł być spełniony. Idąc dalej za argumentacją zamawiającego Izba przyjęła, że wypoziomowanie podstawy wbrew temu co podnosi odwołujący służy zgrubnemu ustawieniu terminala na danego satelitę. Krytyczna jest możliwość dokładnej regulacji samej czaszy (apertury) anteny co realizowane jest nie poprzez nóżki podstawy, a poprzez możliwości i dokładność mechaniki podstawy anteny na której osadzona jest czasza (apertura) anteny.

Ponadto Izba przyjęła także wyjaśnienia zamawiającego, że nie można również zgodzić się z odwołującym, iż „okrągły wskaźnik wypoziomowania znajdujący się na nóżce Terminala nie ma możliwości wskazania dokładnego wypoziomowania anteny”. Nogi terminala posiadają poziomice, dzięki którym dokonuje się wstępnego (zgrubnego) ustawienia terminala (a dokładniej mówiąc podstawy anteny terminala) do pracy z satelitą. Właściwą regulację i ustawienie do pracy terminala satelitarnego przeprowadza się nie poprzez nóżki podstawy anteny terminala, a za pomocą mechaniki anteny, która montowana jest na podstawie anteny oraz dodatkowo dzięki wyświetlaczowi na modemie wskazującym dokładne (co do części milimetra) położenie anteny w elewacji (czyli pionie) i azymucie (poziomie).

[zarzut nr 5]

Na uwzględnienie nie zasłużył także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Siltec w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie określił sposobu, w jaki oferowany sprzęt spełnia wymogi zamawiającego zakreślone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.3.16 oraz w pkt. 6.3.16 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT), oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wobec niespełnienia tego wymogu przez oferowany sprzęt.

W pkt. 6.3.16 WZTT zamawiający wymagał: „Podstawa anteny powinna być wyposażona w optyczny wskaźnik wypoziomowania”.

Zatem zamawiający nie wskazywał gdzie na podstawie anteny ma być umieszczony przedmiotowy wskaźnik, dając tym samym wykonawcom dowolność w tym zakresie. Ponadto jak ustalono w ramach powyżej wskazanego zarzutu nr 4 oferowany przez Konsorcjum Siltec terminal posiada wymagany wskaźnik, zaś twierdzenia odwołującego nie znalazły odzwierciedlenia w ustalonym stanie rzeczy.

Dodatkowo Izba uznała, że stanowisko odwołującego jakoby „całkowita pewność co do wypoziomowania anteny jest możliwa tylko wtedy, gdy poziomica znajduje się na środku podstawy” należy uznać za nieudowodnione. W tym zakresie także należy odnieść się do ustaleń poczynionych powyżej w ramach zarzutu nr 4, które w omawianym zarzucie

zachowują swoją aktualność, i wskazać za zamawiającym, że oferowany przez Konsorcjum Siltec terminal oprócz poziomic na obu nóżkach, posiada wyświetlacz na modemie pozwalający na dokładne wskazanie elewacji i azymutu anteny, co daje pewność co do wypoziomowania terminala. Zatem twierdzenie, że nie można terminala wypoziomować jest całkowicie niezasadne.

Tym samym Izba uznała, że powyższy zarzut, w związku z jego niewykazaniem przez stronę, należy oddalić.

[zarzut nr 6]

Izba oddaliła także ostatni zarzut postawiony przez odwołującego odnośnie oferty Konsorcjum Siltec, dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy złożona oferta nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca wbrew wymogom SIWZ nie określił sposobu, w jaki oferowany sprzęt spełnia wymogi zamawiającego określone w załączniku nr 2 do formularza oferty - nr 6.18.5 oraz w pkt. 6.18.5 załącznika nr 1 do SIWZ (WZTT), oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wobec niespełnienia ww. wymogu przez oferowany sprzęt.

W pkt 6.18.5 WZTT zamawiający wymagał: „W celu zwiększenia stabilności Terminala podczas pracy wszystkie podzespoły niezbędne do pracy Terminala (oprócz akumulatorów) powinny być montowane na podstawie anteny”.

Konsorcjum Siltec w załączniku nr 2 do oferty w Tabeli „Deklaracja zgodności spełnienia wymagań WZTT przez oferowany Terminal i Wyposażenie” zadeklarowało spełnienie tego wymagania. Sposób spełnienia tego wymagania zawarty został w załączonym do oferty Opisie Technicznym terminala, który został zilustrowany zdjęciem, zamieszczonym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie pozwalającym stwierdzić, że na podstawie anteny są montowane poszczególne podzespoły terminala.

Zatem, w związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że „modem nie znajduje się na podstawie anteny”. Twierdzenie odwołującego pozostało gołosłowne. Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający nie rozróżnił, w dokumentacji postępowania, czy modem będzie wbudowany w podstawę czy będzie na niej instalowany. Zarówno jedno, jak i drugie rozwiązanie prowadzi do rezultatu, że modem będzie montowany na podstawie anteny i tym samym spełnienia wymagań WZTT.

Twierdzenia odwołującego, jakoby przedstawione rozwiązanie ograniczało zdolność do wypoziomowania, jak i stabilności całego terminala należy uznać za nieudowodnione, zatem zarzut ten został przez Izbę oddalony.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem wszystkie odwołania zostały przez Izbę oddalone.

Ponadto Izba wskazuje, że podstawą wydania orzeczenia łącznego, w sprawach o sygn. akt KIO 1586/18, 1602/18 i KIO 1603/18, jest art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b i § 6 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....