

Sygn. akt: KIO 1571/17

Sygn. akt: KIO 1615/17

WYROK

z dnia 22 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych przez:

- A. **Wykonawcę Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedziba w Poznaniu** (sygn. akt KIO 1571/17) w dniu 31 lipca 2017 r.,
- B. **Helikopter Air Transport G.m.b.H z siedzibą w Austrii** (sygn. akt KIO 1615/17) w dniu 3 sierpnia 2017 r.,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Lotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy

- A. **Helikopter Air Transport G.m.b.H z siedzibą w Austrii** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1571/17 po stronie Zamawiającego
- B. **Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedziba w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1615/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala oba odwołania;**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedziba w Poznaniu** oraz wykonawcę **Helikopter Air Transport G.m.b.H z siedzibą w Austrii** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania;

B) kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Helikopter Air Transport G.m.b.H z siedzibą w Austrii** tytułem wpisu od odwołania;

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Lotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Modyfikacja dwudziestu trzech (23) śmigłowców typu EC 135, użytkowanych przez lotnicze pogotowie ratunkowe, do standardu NVIS oraz zakup dziewięćdziesięciu sześciu (96) kompletów lotniczych gogli noktowizyjnych”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 kwietnia 2017 r. pod numerem 2017/S 082-158599.

W dniu 21 lipca 2017 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ. W dniu 24 lipca 2017 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę Helikopter Air Transport G.m.b.H z siedzibą w Austrii o odrzuceniu oferty wykonawcy Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1571/17

Wykonawca Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej: „*Odwołującym Glomex*”) w dniu 31 lipca 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty w postępowaniu. Odwołujący Glomex zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

I. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że treść tej oferty, wbrew stanowisku Zamawiającego, odpowiada treści SIWZ, zgodność ta została potwierdzona przez Odwołującego w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego w toku postępowania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, których Zamawiający nie uwzględnił należycie przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i nie rozważył możliwości poprawienia w jej treści omyłek stanowiących przedmiot złożonych wyjaśnień;

II. z ostrożności - art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności polegającej na poprawieniu w ofercie złożonej w postępowaniu

przez Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, o których Zamawiający powziął informację na podstawie treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego w toku postępowania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i które nie prowadziły do istotnych zmian w ofercie Odwołującego, pomimo iż zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający był zobowiązany do poprawienia tego rodzaju omyłek i do niezwłocznego zawiadomienia o tym wykonawcy, wskutek czego Odwołujący miałby możliwość wyrażenia zgody na poprawienie omyłek w ofercie w terminie 3 dni od dnia,

III. w związku z tym, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia objętego postępowaniem doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, które to naruszenia mają wpływ na wynik postępowania, na podstawie art. 180 ust. 3 w związku z art. 192 ust 3 pkt 1) ustawy Pzp Odwołujący wniósł o:

- a) merytoryczne rozpoznanie niniejszego odwołania i jego uwzględnienia w całości,
- b) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu,
- c) a nadto - z ostrożności - nakazania Zamawiającemu poprawienia w ofercie złożonej w postępowaniu przez Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, tj. omyłek w Tabeli 5 (Lotnicze gogle noktowizyjne) załączonego do oferty wykonawcy wypełnionego Załącznika nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia - Warunki graniczne): w poz. 5.2.1.12 - „Dystorsja, Dystorsja trapezoidalna (Keystone'a) - jeżeli występuje”: poprzez zastąpienie w kolumnie 4 słów: „Nie dotyczy dla generacji 111” następującymi słowami: „Dystorsja: 1% lub mniej, Dystorsja trapezoidalna: mniej niż 1%”, w poz. 5.3.1.5 - „FOM (Figure of Merit)”: poprzez zastąpienie w kolumnie 4 słów: „1800 FOM jeżeli licencja na to pozwoli” następującymi słowami: „minimum 1600”, w poz. 5.3.1.8 - „SNR (...)”: poprzez zastąpienie w kolumnie 4 liczby: „22” następującymi słowami: „minimum 25”,
- d) nakazania Zamawiającemu ponowienia czynności badania i dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,
- e) przeprowadzenia dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania, w tym objętych dokumentacją postępowania lub przedłożonych na rozprawie przez Odwołującego, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego całością kosztów postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 10 u.p.z.p. w związku z § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238, ze zm.), w tym o

zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów, o których mowa w § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1615/17

Wykonawca Helikopter Air Transport G.m.b.H z siedzibą w Austrii (zwany dalej: „*Odwołującym Helikopter*”) w dniu 3 sierpnia 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedziba w Poznaniu w oparciu o dodatkowe okoliczności, stanowiące podstawę odrzucenia oferty ww. wykonawcy. Odwołujący Helikopter Zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. art. 36b ust. 1 i art. 2 pkt 9b ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedziba w Poznaniu w oparciu o uchybienie polegające na braku wskazania w ofercie wszystkich części zamówienia, których wykonanie wykonawca ten zamierza powierzyć podwykonawcom, a także braku podania przez tego Wykonawcę firmy podwykonawcy Nightline Inc;

2) alternatywnie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. w zw. art. 36b ust. 1, art. 2 pkt 9b i art. 25a ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedziba w Poznaniu z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do zakresu części zamówienia, których wykonanie Wykonawca ten zamierza powierzyć podwykonawcy, a także firm podwykonawców, co mogło mieć istotny wpływ na podjęcie przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 14, 15, 21, 22 lub ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp;

3) ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedziba w Poznaniu z postępowania, pomimo że wykonawca ten nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp potwierdzającego brak podstaw wykluczenia w stosunku do podwykonawcy Nightline Inc, zaś złożone oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzające brak podstaw wykluczenia w stosunku do podwykonawcy REB Technologies Inc. „REBTECH” jest niekompletne, względnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wezwania odpowiednio do złożenia lub uzupełnienia oświadczeń, o których mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp potwierdzających brak podstaw wykluczenia w stosunku do obu podwykonawców. Odwołujący Helikopter wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania; oraz
- 2) nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę GLOMEX MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz jej powtórzenia w oparciu o wszystkie okoliczności uzasadniające odrzucenie ww. oferty.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisu, podlegają rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie obu odwołań Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba uznała skuteczność zgłoszenia przystąpienia następujących wykonawców:

- 1) wykonawcy Helikopter Air Transport G.m.b.H z siedzibą w Austrii zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1571/17 po stronie Zamawiającego (zwanego dalej również: „*Przystępującym Helikopter*”),
- 2) wykonawcy Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1615/17 po stronie Zamawiającego (zwanego dalej również: „*Przystępującym Glomex*”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania odwoławczego jest postępowanie pn: „*Modyfikacja dwudziestu trzech (23) śmigłowców typu EC 135, użytkowanych przez lotnicze pogotowie ratunkowe, do standardu NVIS oraz zakup dziewięćdziesięciu sześciu (96) kompletów lotniczych gogli noktowizyjnych*”.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

1. Załącznik nr 2 – kolumna 4 – pkt 5.2.1.12 (warunki graniczne) – Dystorsja $\leq 4\%$, Dystorsja trapezoidalna (Keystone`a) – jeżeli występuje – nie gorsza niż 2%,
2. Załącznik nr 2 – kolumna 4 – pkt 5.3.1.5 (warunki graniczne) FOM min. 1600,
3. Załącznik nr 2 – kolumna 4 – pkt 5.3.1.6 (warunki graniczne) – Rozdzielczość centralna – ≥ 64 lp/mm,
4. Załącznik nr 2 – kolumna 4 – pkt 5.3.1.8 (warunki graniczne) – SNR - ≥ 22 .

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Załącznik nr 2 do SIWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia – Warunki graniczne/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. obaj Odwołujący złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

1. Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedziba w Poznaniu – oferta odrzucona;
2. Helikopter Air Transport G.m.b.H z siedzibą w Austrii.

/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania z dnia 26 lipca 2017 r./.

Wykonawca Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedziba w Poznaniu do swojej oferty dołączył m. in. Formularz Cenowy, z którego wynikały następujące okoliczności:

5. Załącznik nr 2 – kolumna 4 – pkt 5.2.1.12 (warunki graniczne) – Dystorsja – wykonawca wpisał: „nie dotyczy dla generacji III”,
6. Załącznik nr 2 – kolumna 4 – pkt 5.3.1.5 (warunki graniczne) FOM – wykonawca podał wartość „1800 FOM, jeżeli licencja na to pozwoli”,
7. Załącznik nr 2 – kolumna 4 – pkt 5.3.1.6 (warunki graniczne) – Rozdzielczość centralna – 64 lp/mm,
8. Załącznik nr 2 – kolumna 4 – pkt 5.3.1.8 (warunki graniczne) – SNR - 22

/dokumentacja postępowania: oferta wykonawcy Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedziba w Poznaniu, str. 9, 16/22/

Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2017 r. wezwał wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie poszczególnych pkt formularza, t.j:

1. W związku z parametrem granicznym zaoferowanym w pozycji 5.2.1.12 – „Dystorsja, Dystorsja trapezoidalna (Keystone`a) – jeżeli występuje”, dla którego Wykonawca w kolumnie 4 wpisał „Nie dotyczy dla generacji III”, Zamawiający wzywa do wyjaśnień wskazanego zapisu z uwzględnieniem, że dystorsja jest parametrem optycznym i nie ma związku z generacją wzmacniaczy,
2. W związku z parametrem granicznym zaoferowanym w pozycji 5.2.1.23 „Sumaryczna masa kompletu ...”, dla którego Wykonawca w kolumnie 4 wpisał wartość „<1000g”, Zamawiający wzywa do wyjaśnienia rozbieżności w zadeklarowanej masie kompletu

lotniczych gogli noktowizyjnych z wartością wpisaną w formularzu ofertowym – „do 900g”,

3. W związku z parametrem granicznym zaoferowanym w pozycji 5.3.1.5 „FOM (Figure of Merit) dla którego Wykonawca w kolumnie nr 4 wpisał „1800 FOM jeżeli licencja na to pozwoli”, Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia, rozbieżności pomiędzy wpisaną wartością a zadeklarowanymi parametrami w pozycjach 5.3.1.6 i 5.3.1.8, które wskazują, że gogle nie spełniają minimalnych wymagań Zamawiającego określonych w pozycji 5.3.1.5,
4. Zamawiający wzywa do wyjaśnienia oferty Wykonawcy w zakresie pozycji 4.2 warunków granicznych, t.j. wskazania z których zapisów oferty wynikają dane dotyczące nazwy oraz siedziby organizacji obsługi technicznej statków powietrznych, w której wykonywana będzie instalacja modyfikacji.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie wykonawcy Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z dnia 13 lipca 2017 r./

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedziba w Poznaniu w dniu 13 lipca 2017 r. złożył wyjaśnienia, t.j.:

1. W odniesieniu do parametru granicznego z pozycji 5.2.1.12 – „Dystorsja, Dystorsja trapezoidalna (Keystone`a) – jeżeli występuje”, dla gogli oferowanych przez wykonawcę wartość dystorsji wynosi 1% lub mniej, a dla dystorsji trapezoidalnej wynosi mniej niż 1%. Wykonawca oświadczył, iż powyższa korekta omyłki pisarskiej w załączonym do oferty „Opisie Przedmiotu Zamówienia – warunki graniczne” nie prowadzi do zmiany oferowanego produktu, jak też w odniesieniu do omawianego parametru oferowane gogle spełniają wymagania Zamawiającego określone w SIWZ,
2. Wykonawca potwierdził, iż w odniesieniu do parametru granicznego z pozycji 5.2.1.23 – „Sumaryczna masa kompletu...”, oferowana masa kompletu, zgodnie z wartością wpisaną w formularzu cenowym wynosi do 900 g. Wykonawca oświadczył, iż powyższa korekta omyłki pisarskiej w załączonym do oferty „Opisie Przedmiotu Zamówienia – warunki graniczne” nie prowadzi do zmiany zaoferowanego produktu, jak też wskazał, że w odniesieniu do omawianego parametru oferowany zestaw spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ,
3. W odniesieniu do parametru granicznego z pozycji 5.3.1.5 – „FOM (Figure of Merit)” oferowana wartość wynosi minimum 1600, a w odniesieniu do parametru granicznego z pozycji 5.3.1.8 – „SNR...” oferowana wartość wynosi minimum 25, przy niezmienionej rozdzielczości centralnej wynoszącej 64lp/mm dla parametru granicznego z pozycji 5.3.1.6. Wskazane w pozycji 5.3.1.5 – „FOM(Figure of Merit) w kolumnie 4 „1800 FOM jeżeli licencja na to pozwoli”, przy jednoczesnym

potwierdzeniu minimalnego parametru granicznego, wynika że wykonawca zamierzał, w razie uzyskania zamówienia, dążyć do uzyskania wartości wyższej niż minimalna (maksymalnie do 1800 FOM) – w cenie zaoferowanego urządzenia, co związane jest jednak z regulacjami prawnymi obowiązującymi producenta oferowanego wzmacniacza i nie jest w pełni zależne od wykonawcy, stąd na etapie oferty wskazywany jest parametr minimalny wymagany przez Zamawiającego. Jednocześnie wykonawca oświadczył, iż powyższa korekta omyłki pisarskiej w załączonym do oferty „Opisie Przedmiotu Zamówienia – warunki graniczne” nie prowadzi zmiany zaoferowanego produktu, jak też w odniesieniu do omawianych parametrów oferowany wzmacniacz spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ,

4. W odniesieniu do pozycji 4.2 „Opis Przedmiotu Zamówienia – warunki graniczne” wykonawca wyjaśnił, że miejscem w którym wykonawca oferuje wykonanie instalacji modyfikacji w śmigłowcu Zamawiającego, jest siedziba Zamawiającego – w Warszawie lub w Stacji Obsługi Technicznej na Lotnisku Szczecin-Goleniów, jak to wynika z pozycji 1.6 „Opisu Przedmiotu Zamówienia – warunki graniczne”. Natomiast organizacją obsługi technicznej statków powietrznych, która wykona modyfikację pierwszego śmigłowca Zamawiającego, będzie firma REB Technologies Inc. „REBTECH” z siedzibą w Bedford (USA) – t.j. podwykonawca wykonawcy wymieniony w pkt 7 formularza ofertowego.
5. Wykonawca wyjaśnił, że oferowane lotnicze gogle noktowizyjne mogą być używane zarówno do celów wojskowych jak i cywilnych. Wykonawca potwierdził jednocześnie, jak wynika to z pkt 5.2.1.42 „Opisu Przedmiotu Zamówienia – warunki graniczne” że oferowane gogle będą posiadał zezwolenie na cywilne użytkowanie na terenie RP przez Zamawiającego oraz że Wykonawca w wykonaniu zamówienia dostarczy wszystkie inne niezbędne zezwolenia wymagane do sprzedaży, dostarczenia, użytkowania i ewentualnych napraw gogli stanowiących przedmiot oferty.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawcy z dnia 17 lipca 2017/

Zamawiający w dniu 21 lipca 2017 r. odrzucił ofertę wykonawcy GLOMEX MS Polska Sp. z o.o. z siedziba w Poznaniu. Zamawiający odrzucając ofertę ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał następujące okoliczności faktyczne. Powodem odrzucenia oferty był:

1. Brak podania w ofercie konkretnych wartości parametrów: dystorsji i dystorsji trapezoidalnej, w kolumnie 4 w pkt. 5.2.1.12 załącznika nr 2 do SIWZ - warunki graniczne. Wykonawca w przedmiotowym punkcie oferty wpisał „nie dotyczy dla generacji III” nie podając wymaganych wartości. Wezwany do wyjaśnienia

powyższego zapisu stwierdził, że jest to omyłka pisarska i podał wymagane wartości (wartość dystorsji 1% lub mniej, dla dystorsji trapezoidalnej mniej niż 1%) tym samym zmieniając treść swojej oferty. Zamawiający w żadnym wypadku nie może uznać tego za omyłkę pisarską.

2. Brak podania w ofercie wymaganej wartości parametru FOM w kolumnie 4 w pkt. 5.3.1.5 załącznika nr 2 do SIWZ - warunki graniczne. Oferent podał wartość „1800 FOM jeżeli licencja na to pozwoli” nie podając żadnej wartości w przypadku, gdy licencja na to nie pozwoli. Wykonawca wezwany do wyjaśnienia powyższego zapisu, stwierdził, że jest to omyłka pisarska. Jednocześnie zadeklarował wartość minimum 1600 FOM, tym samym zmieniając treść oferty. Zamawiający w żadnym wypadku nie może uznać tego za omyłkę pisarską.
3. Niezależnie od powyższego, brak spełnienia warunku dla FOM wynoszącego minimum 1600, określonego w kolumnie 4 w pkt. 5.3.1.5 załącznika nr 2 do SIWZ - warunki graniczne, wynika z wymnożenia zaoferowanych wartości parametrów: SNR (zgodnie z pkt. 5.3.1.8 w kolumnie 4) x Rozdzielczość centralna (zgodnie z pkt. 5.3.1.6
4. w kolumnie 4) tj. $22 \times 64 = 1408$. Wykonawca wezwany do wyjaśnienia przedmiotowej rozbieżności, stwierdził, że jest to omyłka pisarska czego Zamawiający w żadnym wypadku nie może uznać za omyłkę pisarską. Równocześnie zadeklarował w pozycji pkt. 5.3.1.8 w kolumnie 4 wartość „minimum 25” czyli inny parametr w stosunku do złożonej oferty, tym samym zmieniając treść oferty.
5. Treść złożonej oferty Wykonawcy GLOMEX MS POLSKA Sp. z o.o. nie pozwalała Zamawiającemu jednoznacznie stwierdzić, czy Wykonawca oferuje przedmiot zamówienia zgodnie z treścią SIWZ w pozycjach w kolumnie 4 w pkt. 5.2.1.12, pkt. 5.3.1.5 oraz pkt. 5.3.1.8 załącznika nr 2 do SIWZ. W związku z powyższym Wykonawca został wezwany do wyjaśnienia treści oferty w przedmiotowym zakresie. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach stwierdził omyłki pisarskie w ofercie i zadeklarował inne dane w stosunku do treści złożonej oferty. W związku z powyższym Zamawiający postanawia jak na wstępie.

/dokumentacja postępowania: Odrzucenie oferty wykonawcy GLOMEX MS Polska Sp. z o.o. z siedziba w Poznaniu z dnia 21 lipca 2017 r./.

Pismem z dnia 24 lipca 2017 r. Zamawiający powiadomił wykonawcę Helikopter Air Transport G.m.b.H z siedzibą w Austrii o odrzuceniu oferty wykonawcy GLOMEX MS Polska Sp. z o.o. z siedziba w Poznaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Pismo Zamawiającego z dnia 24 lipca 2017 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy: 1) GLOMEX MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (sygn. akt KIO 1571/17); 2) Helikopter Air Transport G.m.b.H z siedzibą w Austrii (sygn. akt KIO 1615/17) wnieśli odwołanie.

/dokumentacja postępowania: Odwołania wykonawcy GLOMEX MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (odwołanie o sygn. akt KIO 1571/17) z dnia 31 lipca 2017 r. oraz wykonawcy Helikopter Air Transport G.m.b.H z siedzibą w Austrii (odwołanie o sygn. akt KIO 1615/17) z dnia 3 sierpnia 2017 r. /.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2017 r. wykonawca Helikopter Air Transport G.m.b.H z siedzibą w Austrii złożył w sprawie o sygn. akt KIO 1571/17 pismo procesowe.

/dokumentacja postępowania: Pismo procesowe wykonawcy Odwołania wykonawcy Helikopter Air Transport G.m.b.H z siedzibą w Austrii z dnia 16 sierpnia 2017 r./

W dniu 17 sierpnia 2017 r. – na rozprawie – Zamawiający oświadczył, że na moment rozpatrywania niniejszych odwołań nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

/dokumentacja postępowania: Oświadczenie złożone przez Zamawiającego na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2017 r., Protokół z posiedzenia i rozprawy z dnia 17 sierpnia 2017 r./

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż oba odwołania są niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1571/17

W ocenie Izby błędy popełnione – przez wykonawcę Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – złożonej ofercie nie można kwalifikować jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Wobec powyższego, aby można było dokonać poprawy niniejszej omyłki – na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – muszą zostać spełnione następujące przesłanki. Przede wszystkim omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, ponadto Zamawiający może dokonać poprawienia takiej omyłki tylko w sytuacji, gdy wie jak takiej poprawy dokonać. W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym przesłanki wyżej wymienione nie zostały spełnione, zatem Zamawiający nie był zobowiązany do dokonania poprawy, a w konsekwencji zasadnie dokonał odrzucenia oferty wykonawcy Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w kolumnie 4 w pkt 5.2.1.12 Załącznika 2 wpisał „nie dotyczy dla generacji III”, nie podając – wymaganej Zamawiającego – konkretnej wartości parametrów. Dopiero wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień stwierdził, że jest to omyłka pisarska i podał wymagane wartości – wartość dystorsji 1% lub mniej, dla dystorsji trapezoidalnej mniej niż 1%. Zgodzić należało się z Przystępującym Helikopter, że omyłka ta nie posiada znamion oczywistości. Jak zauważył Przystępujący Helikopter dystorsja jest wadą układów optycznych, polegająca na różnym powiększeniu obrazu w zależności od jego odległości od osi optycznej instrumentu. Wada ta zatem powoduje wrażenie odchylenia od linii, szczególnie na obrzeżach pola widzenia. Linie proste, tak poziome, jak i pionowe, wydają się obserwatorowi zakrzywione. Wobec tego gogle zaoferowane przez wykonawcę Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu mogły być zatem wolne od tej wady – na co wskazywał brak podania wartości parametrów dystorsji. Zamawiający dopiero w wyniku złożonych wyjaśnień przez wykonawcę otrzymała informację, że oferowany układ ma jednak tę wadę i podał wartość dystorsji. Zgodzić należało się, że – biorąc pod uwagę stanowisko Odwołującego Glomex prezentowane na rozprawie i we wniesionym odwołaniu – wadliwość oferty wykonawcy Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu była wynikiem zamierzonego działania. Niewątpliwie wpisanie parametru dystorsji ogólnej dla całego układu (całego kompletu gogli) było oczywiste. Ponadto – co jest również oczywiste – Zamawiający nie był w stanie samodzielnie wywieść - podanych wyjaśnieniami parametrów z treści oferty właściwego oświadczenia woli wykonawcy. Deklaracja co dystorsji – podanie konkretnych parametrów – nie wynikała z innej części oferty wykonawcy, zatem Zamawiający nie miał żadnych podstaw poprawienia – złożonego oświadczenia woli wykonawcy – na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Analogicznie Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do poprawienia nieścisłości oferty wykonawcy Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wynikającej z kolumny 4 pkt 5.3.1.5 Załącznika 2 do SIWZ – co do wymaganej wartości parametru FOM. Odwołujący Glomex w ofercie podał wartość „1800 FOM jeżeli licencja na to pozwoli”, również nie podając w tym przypadku żadnej wartości. Dopiero wezwany przez Zamawiającego

zadeklarował wartość minimum 1600 FOM. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający oczekiwał wpisania do kolumny 4 rzeczywistej, oferowanej wartości – czego wykonawca nie uczynił. Dopiero udzielając wyjaśnień Odwołujący Glomex zadeklarował wartość minimum FOM 1600. W tym przypadku również Zamawiający – nawet po wyjaśnieniach wykonawcy – nie był w stanie wpisać poprawnej, konkretnej i rzeczywistej oferowanej wartości parametru FOM. W konsekwencji skoro – jak wyjaśniono na rozprawie – wartość parametru FOM jest iloczynem rozdzielczości centralnej oraz SNR – to iloczyn, wobec podanych przez wykonawcę Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu parametrów w ofercie (m. in. SNR 22) wynosił 1408. Zamawiający zatem nie był w stanie samodzielnie dokonać poprawy omyłki. Zgodzić należało się z Przystępującym Helikopter, że doprowadzenie treści oferty do zgodności z wymaganiami mogło nastąpić na trzy sposoby, t.j. poprzez zmianę parametru SNR, zmianę parametru rozdzielczości centralnej lub zmianę obu parametrów. Zamawiający nie mógł zatem samodzielnie zdecydować, który sposób jest prawidłowy, gdyż zmiany te w sposób istotny ingerowałyby w treść złożonej oferty, co należy uznać za niedopuszczalne w świetle przywołanych przepisów ustawy Pzp. Prowadziłoby to do sytuacji, w której w zależności od tego, który parametr zostanie zmieniony, zostanie dostarczony sprzęt o innych właściwościach technicznych.

Zauważenia wymaga, że Ustawodawca wprowadził przepisy, umożliwiające zamawiającemu w przypadku wystąpienia omyłek - ich poprawienie – co wynika z przepisu art. 87 ust. 2. Intencją Ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika zatem zamiar Ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niewątpliwie w przypadkach wskazanych powyżej, a dotyczących oferty wykonawcy Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – uznanie złożonych wyjaśnień przez wykonawcę z dnia 17 lipca 2017 r. prowadziło do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty, a złożone wyjaśnienia należałoby uznać jako niedozwolone negocjacje (art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp). Uznanie złożonych wyjaśnień

prowadziłoby do uzupełnienia oferty o wymagane specyfikacją konkretne parametry. Wykonawca – wobec złożonego oświadczenia w ofercie – mógłby na etapie realizacji wycofać się z oświadczenia złożonego w dniu 17 lipca 2017 r.

Zasadnym w tym miejscu jest powołanie się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE - pośłkowo celem dokonania właściwej wykładni przepisów ustawy Pzp. Należy pamiętać – co zostało potwierdzone orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE - że zasadą w postępowaniu jest zakaz modyfikowania oferty po terminie składania ofert (np. wyrok w sprawie o sygn. akt C -387/14 Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu). Ponadto jak wskazano w wyroku w sprawie o sygn. akt C -324/14 (Partner A. D.) *Institucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).*

Wobec powyższego zasada równego traktowania oraz zasada przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy Zamawiającego, ani oferenta. Uznanie oświadczenia woli wykonawcy złożonego wyjaśnieniami z dnia 17 lipca 2017 r. byłoby dopuszczeniem istotnej zmiany jego oświadczenia woli - w stosunku do oświadczenia złożonego w ofercie.

Mając powyższe na względzie – w ocenie Izby – nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Zamawiający wobec zaistniałych niezgodności treści oferty wykonawcy Glomex MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – których nie można było zakwalifikować jako niezgodności niepowodujących istotnych zmian w treści oferty – zmuszony był do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, t.j. odrzucenia oferty Odwołującego Glomex jako niezgodnej z SIWZ.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1615/17

W ocenie Izby odwołanie wykonawcy Helikopter Air Transport G.m.b.H z siedzibą w Austrii podlega oddaleniu. Zgodzić należało się – wobec postawionych zarzutów – z Zamawiającym i Przystępującym Glomex.

Przede wszystkim zgodzić należało się w tym przypadku z Przystępującym Glomex, że podmiot Nightline Inc. Zasadnie nie został uznany przez wykonawcę MS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w ofercie za podwykonawcę części zamówienia. Jak wyjaśniono wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia z zastosowaniem urządzeń i komponentów do lotniczych gogli noktowizyjnych typu NL949B Aviator Night Vision Googles (gogli oraz optyki gogli) oraz wzmacniaczy obrazu typu MX-10160 style ANVIS image intensifiers GEN III uprzednio nabytych przez wykonawcę od Nightline Inc. i montowanych przez wykonawcę, a wykonanie zamówienia w zakresie dostawy zestawów gogli będzie w pełni zorganizowane przez wykonawcę. Jak słusznie zauważył Przystępujący Glomex wykonawca został upoważniony przez podmiot Nightline Inc do montażu oraz obsługi urządzeń i komponentów do gogli oraz wzmacniaczy obrazu. W razie uzyskania zamówienia przez wykonawcę na jego zlecenie podmiot Nightline Inc wystąpi do Departamentu Stanu USA o niezbędną licencję eksportową na wzmacniacze obrazu oraz na optykę gogli. Wykonawca zatem wprowadzi na polski rynek zestawy gogli objęte zamówieniem, zleci transport urządzeń i komponentów, następnie dokona montażu, kalibracji, przeprowadzi niezbędne próby i testy, uzyska niezbędne dokumenty związane z wprowadzeniem na rynek i dopuszczeniem zestawów do używania na terenie Polski, jak również opracuje wymaganą dokumentację, skompletuje niezbędne zestawy narzędzi oraz pojemniki i dostarczy oferowane produkty Zamawiającemu. Jak wskazał Przystępujący Glomex – z czym Izba się zgodziła wobec przedstawionej argumentacji jak również biorąc pod uwagę treść złożonej oferty nie budziło wątpliwości, że podmiot Nightline Inc nie będzie realizował dostawy stanowiącej część przedmiotu zamówienia, zatem nie został podmiot ten uznany za podwykonawcę w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, w tym definicji przyjętej w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp. Nie mamy – w tym stanie faktycznym – do czynienia z umową zawartą z podmiotem Nightline Inc, której przedmiotem miałyby być dostawy lub usługi stanowiące część przedmiotu zamówienia realizowanego przedmiotu zamówienia. Wykonawca Glomex MS Polska Sp. z

o.o. z siedzibą w Poznaniu konsekwentnie w swojej ofercie nie podawał podmiotu Nightline Inc jako podwykonawcę. W konsekwencji Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak również wobec powyższych ustaleń nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....