

Sygn. akt: KIO 1383/19, KIO 1396/19

WYROK
z dnia 7 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:	Monika Szymanowska
Członkowie:	Klaudia Szczytowska-Maziarz Andrzej Niwicki
Protokolant:	Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 31 lipca 2019 r. i 2 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- I. w dniu 19 lipca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. w Radomiu, Thales AVS France SAS w Merignac (Francja) i Thales Polska Sp. z o.o. w Warszawie, sygn. akt: KIO 1383/19,
- II. w dniu 19 lipca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Elbit Systems Ltd. w Haifa (Izrael), RUAG Defence France SAS w Terssac (Francja) i Autocomp Management Sp. z o.o. w Szczecinie, sygn. akt: KIO 1396/19,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie, przy udziale:

- wykonawcy SAAB AB w Linköping (Szwecja) zgłaszającego przystąpienie w sprawie o sygn. akt: KIO 1383/19 i KIO 1396/19 po stronie zamawiającego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Elbit Systems Ltd. w Haifa (Izrael), RUAG Defence France SAS w Terssac (Francja) i Autocomp Management Sp. z o.o. w Szczecinie zgłaszających przystąpienie w sprawie o sygn. akt: KIO 1383/19 po stronie zamawiającego,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. w Radomiu, Thales AVS France SAS w Merignac (Francja) i Thales Polska Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszających przystąpienie w sprawie o sygn. akt: KIO 1396/19 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- I. W przedmiocie odwołania sygn. akt: KIO 1383/19:
 1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie dotyczącym oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Cubic Defense Applications Inc. w San Diego (USA), Unitronex Poland Sp. z o.o. w Warszawie, „Siltec” Sp. z o.o. w Pruszkowie, Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie,
 2. uwzględnia odwołanie w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy SAAB AB w Linköping (Szwecja), której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odrzucenie oferty wykonawcy SAAB AB w Linköping (Szwecja),
 3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
 4. kosztami postępowania odwoławczego obciąża przystępującego po stronie zamawiającego wykonawcę SAAB AB w Linköping (Szwecja) i:
 - 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. w Radomiu, Thales AVS France SAS w Merignac (Francja), Thales Polska Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od wykonawcy SAAB AB w Linköping (Szwecja) na rzecz konsorcjum Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. w Radomiu, Thales AVS France SAS w Merignac (Francja), Thales Polska Sp. z o.o. w Warszawie kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

II. W przedmiocie odwołania sygn. akt KIO 1396/19:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie dotyczącym oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Cubic Defense Applications Inc. w San Diego (USA), Unitronex Poland Sp. z o.o. w Warszawie, „Siltec” Sp. z o.o. w Pruszkowie, Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie,
2. uwzględnia odwołanie w zakresie przyznania wykonawcy SAAB AB w Linköping (Szwecja) nieprawidłowej liczby punktów w kryterium długość okresu gwarancji oraz w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy SAAB AB w Linköping (Szwecja), której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odrzucenie oferty wykonawcy SAAB AB w Linköping (Szwecja),
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 1/3 części kosztów przystępującego po stronie zamawiającego wykonawcę SAAB AB w Linköping (Szwecja) i w 2/3 części kosztów konsorcjum Elbit Systems Ltd. w Haifa (Izrael), RUAG Defence France SAS w Terssac (Francja), Autocomp Management Sp. z o.o. w Szczecinie i:
 - 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum Elbit Systems Ltd. w Haifa (Izrael), RUAG Defence France SAS w Terssac (Francja), Autocomp Management Sp. z o.o. w Szczecinie tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od wykonawcy SAAB AB w Linköping (Szwecja) na rzecz konsorcjum Elbit Systems Ltd. w Haifa (Izrael), RUAG Defence France SAS w Terssac (Francja), Autocomp Management Sp. z o.o. w Szczecinie kwotę w wysokości 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 7 sierpnia 2019 r. w sprawach o sygn. akt: KIO 1383/19, KIO 1396/19

Zamawiający Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7 00-909 Warszawa, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Dostawa, instalacja i uruchomienie taktycznych systemów symulacji pola walki", o numerze nadanym przez zamawiającego IU/170/X-36/ZO/NZO/DOS/Z/2015, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 grudnia 2015 r., pod numerem nr 2015S 246-447263), zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie, wszczęte 19 grudnia 2015 r., jest prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem, w oparciu o przepisy Działu III Rozdziału 4a – zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, art. 131h ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p.”

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: **KIO 1383/19**:

W dniu 19 lipca 2019 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Polska Grupa Zbrojeniowa S.A., ul. J. Malczewskiego 24, 26-609 Radom, Thales AVS France SAS, 75-77 Avenue Marcel Dassault, 33700 Merignac, Francja i Thales Polska Sp. z o.o., ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa (dalej zwani jako „odwołujący”).

W odwołaniu zostały postawione zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp oraz w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CUBIC, mimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie opisanym w niniejszym odwołaniu i prowadzenie z wykonawcą negocjacji zmierzających do zmiany treści oferty złożonej przez niego;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CUBIC, mimo iż oferta tego wykonawcy zawiera nieprawidłowe wyliczenie ceny ofertowej i jako taka pozostaje sprzeczna z treścią SIWZ oraz poprawienie tej nieprawidłowości jako oczywistej omyłki rachunkowej w sytuacji, gdy omyłka popełniona przez CUBIC nie może zostać, zwłaszcza w świetle samych oświadczeń CUBIC, uznana za oczywistą omyłkę rachunkową i jednocześnie nie mogła być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako tzw. inna omyłka;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i w zw. z art. 7 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CUBIC, mimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do

przedmiotu zamówienia, a ocena wyjaśnień ceny złożonych przez CUBIC wraz z dostarczonymi dowodami nie potwierdza rynkowego charakteru ceny CUBIC (także z uwagi na ich ogólność), a wręcz przeciwnie, stanowi potwierdzenie, że wykonawca ten nie uwzględnił w cenie ofertowej wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Taka ocena wyjaśnień CUBIC i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo iż nie udźwignął on spoczywającego na nim ciężaru dowodu, świadczy o tym, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę i poprzestał na jedynie formalnej ich ocenie;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SAAB, mimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie opisanym w niniejszym odwołaniu;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp i art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SAAB, mimo iż oferta tego wykonawcy zawiera nieprawidłowe wyliczenie ceny ofertowej i jako taka pozostaje sprzeczna z treścią SIWZ oraz poprawienie tej nieprawidłowości jako oczywistej omyłki rachunkowej w sytuacji, gdy omyłka popełniona przez SAAB nie może zostać uznana za oczywistą omyłkę rachunkową i jednocześnie nie mogła być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako tzw. inna omyłka;
6. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego odmowę ujawnienia informacji, które ELBIT oraz SAAB zastrzegli jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i uznanie tego zastrzeżenia za skuteczne w sytuacji, gdy wykonawcy ci nie wykazali w sposób należyty, że zastrzegane przez nich informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy Pzp środków ochrony prawnej;
7. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasad przejrzystości i proporcjonalności.

Wobec powyższego wniesiono o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a w ramach tej czynności odrzucenie ofert złożonych przez CUBIC i SAAB, z uwagi na niezgodność ofert

z postanowieniami SIWZ, wskazaną w odwołaniu oraz rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

– wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego, ewentualnie, tj. na wypadek przyjęcia przez Izbę, że na obecnym etapie postępowania nie zachodzą podstawy do nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty SAAB, wniesiono o nakazanie zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a w ramach tej czynności odrzucenie oferty złożonej przez CUBIC oraz udostępnienie wyjaśnień złożonych przez SAAB i ELBIT w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Ponadto wniesiono o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania oraz przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w ich uzasadnieniu oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, według norm przewidzianych przepisami prawa, w tym kosztów wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący, w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy SAAB, wskazał co następuje.

I. Zarzuty dotyczące niezgodności oferty z SIWZ:

1. Dysk twardy Stacji Graficznej SG zaoferowany przez SAAB.

Zamawiający w Tabeli 4. „Wymagania techniczne oferowanych podzespołów Stacji Graficznej SG” poz. 4. „Dysk twardy”, str. 13 Załącznika nr 5 do SIWZ - Formularza Oferty (w wersji uwzględniającej zmiany wynikające z pisma Zamawiającego znak IU/STLąd/12452/18 z dnia 18.10.2018 r.) wprowadził następujące wymogi odnoszące się do 3 zamawianych dysków: 1 x 1000 GB SSD i 2x6TB SATA3 7200 rpm- dyski HDD zamontowane w wyjmowanych kieszeniach.

W ocenie Odwołującego, wobec powyższego, należało zaoferować 1 dysk o pojemności 1000 GB, który jak wynika z użytego przez Zamawiającego określenia SSD (ang. solid-state drive) ma być dyskiem półprzewodnikowym oraz 2 dyski o pojemności 6 TB, które mają być dyskami magnetycznymi HDD (ang. hard disk drive). Wykonawca SAAB w Formularzu cenowym oświadczył, że oferowana przez niego Stacja Graficzna SG spełnia powyższy wymóg SIWZ (str. 15 oferty, Tabela 4, poz. 4). Jednakże z dodatkowych informacji odnośnie do oferowanego sprzętu, zawartego w Tabeli 2 oferty wynika, że zaoferowane przez Odwołującego dyski wymogów tych nie spełniają. W pkt 14 oferty, Tabeli 2, poz. 4, Wykonawca SAAB oświadczył, że oferuje następujące 3 dyski twarde: 1*1TB 7200 RPM SATA 3.5in - Z5J60AV i 2*6TB 7200 SATA Enterprise 3.5in 3rd - Z5J87AV.

Zdaniem Odwołującego opis pierwszego z wymienionych przez SAAB dysków świadczy o tym, że nie jest to dysk SSD, jak wymagał tego Zamawiający, a dysk typu HDD. Dwa dyski wymienione w dalszej kolejności stanowią dyski HDD i są zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Tytułem wyjaśnienia wskazać należy, że dysk SSD, zamiast obrotowych

talerzy magnetycznych, które występują w dyskach typu HDD, posiada do zapisu pamięć flash, która jest nieruchoma. Tym samym, w odniesieniu do dysku SSD, nie może być mowy o prędkości obrotu oznaczanej jako RMP), czy rozmiarze dysku (oznaczanej w calach, skrótem „in”). Skoro więc w budowie dysków SSD nie występują obrotowe talerze magnetyczne, to przy jego opisie producenci nie posługują się parametrami: prędkość obrotowa (RPM - rounds per minute - obroty na minutę), rozmiar talerza magnetycznego wyrażonym w calach (np. 3.5in). Użycie tych oznaczeń, przy podanym przez SAAB dysku (poz. 1) świadczy zatem o tym, że zaoferowany dysk jest dyskiem HDD - w sytuacji, gdy Zamawiający wymagał dysku SSD. Przy opisie dysku podano mianowicie wartość 7200 obrotów na minutę (RPM), a ponadto wskazano rozmiar ruchomych dysków: 3.5 cala (inch). Również inne dowody, w tym informacje powszechnie dostępne w Internecie, potwierdzają, że model Z5J60AV stanowi dysk HDD, a nie dysk SSD (link).

Mając na uwadze powyższe, według Odwołującego - w sytuacji zaoferowania urządzenia zgodnego z SIWZ - nie może być mowy o omyłce wykonawcy, przy wpisywaniu do Tabeli parametrów oferowanego urządzenia, o czym świadczyć miałyby inne elementy oferty. Tym samym nie jest możliwe poprawienie omyłki wykonawcy (np. poprzez wykreślenie jednego z omyłkowo wskazanych parametrów). Dobór urządzeń spełniających wymagania SIWZ leżał po stronie wykonawców i co za tym idzie omyłkę SAAB można byłoby poprawić wyłącznie dobierając inne urządzenie od zaoferowanego przez Wykonawcę. Takie działanie w świetle przepisów Pzp jest jednak działaniem niedopuszczalnym, w szczególności nie mieści się w czynnościach dopuszczonych przez art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący dodał, że dyski SS - dzięki przyjętemu rozwiązaniu technicznemu - są dyskami wydajniejszymi i trwalszymi, od standardowych dysków magnetycznych HDD (z talerzami). Standardowy dysk magnetyczny HDD (ang. hard disk drive) jest oparty na konstrukcji zespołu ruchomych dysków, stanowiących nośnik danych, w zamkniętej obudowie, w której znajdują się głowice odpowiedzialne za odczyt i zapis danych. Stąd parametry określające podtyp tego dysku to rozmiar i prędkość obrotowa talerzy, czyli elementy charakterystyczne dla tego typu urządzenia. Z uwagi na brak ruchomych części i nowszą technologię, wymagany przez Zamawiającego dysk SSD charakteryzuje się nawet kilkadziesiąt razy krótszym czasem dostępu i większą odpornością, a w konsekwencji bezawaryjnością pracy, co w znaczący sposób odróżnia go od starszej technologii HDD. Zalet SSD jest więcej: dyski te oferują niższy poziom hałasu, większy zakres temperatur, w jakich pracuje urządzenie, a także mniejszy rozmiar, w porównaniu do HDD. Nie można więc przyjąć, że wykonawca zaoferował Zamawiającemu rozwiązanie równoważne. HDD to urządzenie, które nie spełnia wymogu SSD i tym samym oferta obejmująca urządzenie HDD jest niezgodna z treścią SIWZ. Nie ma w tym zakresie możliwości traktowania HDD jako rozwiązania równoważnego SSD, czy też wezwania do wyjaśnienia tej treści oferty, ponieważ Wykonawca

SAAB w jednoznaczny sposób sformułował ją w sposób niespełniający wymagań Zamawiającego, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

2. Stacja Graficzna zaoferowana przez SAAB nie posiada wymaganej SIWZ liczby zatok.

Zamawiający w Tabeli 4. „Wymagania techniczne oferowanych podzespołów Stacji Graficznej SG w poz. 1, str. 12 Załącznika nr 5 do SIWZ - Formularza Oferty (w wersji uwzględniającej zmiany wynikające z pisma Zamawiającego znak IU/STLąd/12452/18 z dnia 18.10.2018 r.) wprowadził następujący wymóg odnośnie do płyty głównej: Na płycie głównej min. 8 x SATA z obsługą RAID (...).

Zdaniem Odwołującego wymóg ten oznacza, że Stacja Graficzna SG ma umożliwić podłączenie minimum 8 dysków twardej - za pomocą SATA (ang. Serial Advanced Technology Attachment), tj. magistrali komputerowej służącej do łączenia stacji z dyskami twardej, poprzez posiadanie co najmniej 8 tzw. zatok (ang. bays; czyli złącz, za pomocą których podłącza się poszczególne dyski twarde do komputera). Żądana przez Zamawiającego funkcjonalność ma istotne znaczenie, bowiem umożliwia rozszerzenie pamięci Stacji do minimum 8 dysków twardej, co znacząco zwiększa jej funkcjonalność.

Wykonawca SAAB zaoferował Zamawiającemu płytę główną HP Z8 G4 WKS, kod producenta: Z3Z16AV (str. 13 oferty). Zgodnie ze specyfikacją techniczną producenta (link) SAAB zaoferował rozwiązanie posiadające tylko 4 zatoki na dyski twarde, a zatem niespełniające wymagań SIWZ. Sam fakt posiadania 8 portów SATA nie pozwala Zamawiającemu na skorzystanie z rozszerzenia funkcjonalności komputera poprzez podłączenie dodatkowych 8 dysków, ponieważ w stacji znajdują się tylko 4 zatoki, a więc 4 dodatkowe dyski nie mogą zostać fizycznie podłączone. Fakt, że niespełnienie wymogów dot. liczby zatok SATA stanowi niezgodność oferty z SIWZ, według Odwołującego, potwierdza uchwała Izby z 16.09.2014 r. sygn. akt KIO/KD 77/14.

3. Stacja SD SAAB nie posiada wymaganej liczby portów USB.

Zamawiający w pkt 3.11 SIWZ wskazał, że sprzęt informatyki i oprogramowanie stanowiące wyposażenie systemu musi spełniać minimalne wymagania określone w „Wykazie obowiązujących standardów sprzętu informatyki i oprogramowania do stosowania w resorcie obrony narodowej” w wersji aktualnej w dniu składania ofert, zgodnie z Decyzją nr 207/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 25 czerwca 2009 r. (Dz. Urz. Ministra Obrony Narodowej Nr 13 poz. 145). Na str. 43 Wykazu obowiązujących standardów sprzętu informatyki i oprogramowania do stosowania w resorcie obrony narodowej z dnia 10 stycznia 2018 r., aktualnego w dniu składania ofert, w odniesieniu do pkt 2.2.3 Stacja robocza SD, w pozycji „Wymagania dodatkowe”, pkt 1 wskazano: „wbudowane porty nie mniej niż 11 x USB, w tym 10 portów wyprowadzonych na zewnątrz komputera: nie mniej niż 4 z przodu obudowy w tym 2 x USB 3.0 (dopuszczalne złącza Type-C) i 6 z tyłu w tym 4 x USB 3.0 (...).”

Wykonawca SAAB zaoferował Zamawiającemu płytę główną Stacji Roboczej: HP Z2 TWR G4 WKS, kod producenta 2YW27AV (str. 13 oferty). Zgodnie ze specyfikacją techniczną producenta (link). Stacja SD oferowana przez SAAB posiada tylko 3 porty USB z przodu obudowy, a więc nie spełnia pkt 3.11 SIWZ w zw. z wykazem obowiązujących standardów sprzętu informatyki i oprogramowania do stosowania w resorcie obrony narodowej. Do tej kwestii, zdaniem Odwołującego, odnosi się uchwała Izby KIO/KD 77/14.

4. Stacja SD SAAB nie posiada wymaganego złącza PCI 32bit.

Zamawiający w Tabeli 3, poz. 1 „Wymagania techniczne oferowanych podzespołów Stacji Roboczej SD” str. 11 Załącznika nr 5 do SIWZ - Formularza Oferty (w wersji uwzględniającej zmiany wynikające z Pisma Zamawiającego znak IU/STLąd/12452/18 z dnia 18.10.2018 r.) wprowadził wymóg, aby płyta główna posiadała jedno niezajęte złącze PCI 32bit. Omawiane złącze (ang. Peripheral Component Interconnect) to magistrala komputerowa do przyłączania kart rozszerzeń do płyty głównej, np. karty graficznej, dźwiękowej czy sieciowej. Jest to istotny wymóg pozwalający Zamawiającemu na rozbudowanie stacji i zwiększenie jej funkcjonalności w razie potrzeb.

Wykonawca SAAB zaoferował Zamawiającemu płytę główną Stacji Roboczej: HP Z2 TWR G4 WKS, kod producenta: 2YW27AV (str. 13 oferty), co zgodnie z linkiem podanym w odwołaniu, według Odwołującego, nie posiada wymaganego złącza PCI 32bit, a więc nie spełnia wymogów Załącznika nr 5 do SIWZ. O sytuacji braku złącza PCI Izba orzekła w wyroku z 04.11.2014 r. sygn. akt KIO 2170/14. Brak złącza ogranicza możliwość rozszerzenia oferowanego sprzętu i jednocześnie świadczy o niespełnieniu wymogów SIWZ.

Dalej Odwołujący wskazał, że w postępowaniu wykonawcy mieli prawo zaoferować sprzęt w wersji podstawowej lub zmodyfikowany w taki sposób, by spełniał wymogi SIWZ. Wówczas, co oczywiste, Wykonawca musiałby jednoznacznie określić w ofercie przy podawaniu oznaczenia, np. płyty głównej, że jest to podzespół „zmodyfikowany do wymagań SIWZ” czy też „dostosowany do potrzeb Zamawiającego”.

W konsekwencji powyższego brak adnotacji tego typu świadczy o zaoferowaniu przez Wykonawcę rozwiązania w wersji podstawowej - katalogowej producenta. Jeżeli taka wersja urządzenia jest niezgodna z wymogami SIWZ, a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, nie sposób twierdzić, że ta niezgodność zostanie usunięta poprzez zmodyfikowanie wersji podstawowej urządzenia - jej dopasowanie do wymogów SIWZ. Wprowadzenie do oferty takiej możliwości byłoby zmianą jej treści (Wykonawca nie zaoferował urządzeń w wersji zmodyfikowanej, lecz podstawowej) - zmianą niedopuszczalną w świetle art. 87 ust. 1 Pzp (musiałaby ona wystąpić w wyniku niedozwolonych tym przepisem negocjacji z wykonawcą, w wyniku których ustalono by dopiero, że owa modyfikacja jest konieczna oraz jakie elementy wymagają modyfikacji i w jakim zakresie wymagają modyfikacji).

Odwołujący zaznaczył również, że działania takie nie mieściłyby się w dyspozycji art. 87 ust. 2 Pzp - nie chodzi tu o poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej, oczywistej omyłki rachunkowej lub innej omyłki. W zakresie innej omyłki, Zamawiający nie ma możliwości samodzielnego ustalenia, wyłącznie na podstawie treści złożonej przez wykonawcę oferty, że w celu doprowadzenia do zgodności zaoferowanego rozwiązania z SIWZ konieczna i zarazem dopuszczalna (możliwa do zaakceptowania przez producenta) byłaby modyfikacja rozwiązania podstawowego (a może raczej należałoby dobrać inne urządzenie, połączyć dwa rozwiązania podstawowe itp.), ani tym bardziej jak ostatecznie taką modyfikację należałoby przeprowadzić.

Każda próba modyfikacji powyższych oświadczeń SAAB stanowiłaby więc *de facto* negocjacje po terminie otwarcia ofert, niedozwolone na gruncie ustawy Pzp. Ponadto każda z tych zmian stanowiłaby zmianę istotną, której dokonanie jest zabronione. Dobór urządzeń leżał po stronie wykonawców i to oni musieli podjąć decyzję, jakie rozwiązania techniczne zaoferować Zamawiającemu. Zamawiający nie może zastąpić ich w tym działaniu (sam dobrać właściwe urządzenia) lub mimo odmiennych oświadczeń wykonawcy założyć, że zaoferowane rozwiązania spełniają jednak wymogi SIWZ.

Następnie odwołujący podniósł, iż gdyby Zamawiający nie postawił wymogów, aby w Formularzu ofertowym wskazać konkretne oznaczenia podzespołów, a jedynie oświadczyć, że spełniają one wymagania z SIWZ, wówczas nie miałyby znaczenia, czy Wykonawca zamierza zaoferować rozwiązanie fabryczne czy dostosowane. Jednak w niniejszym postępowaniu Zamawiający wprowadził taki wymóg i ma on konsekwencje równe dla wszystkich wykonawców - nie mogli oni wskazać „jakiegokolwiek” sprzętu z założeniem, że będzie można go „dostosować” już po wyborze oferty, w drodze negocjacji z Zamawiającym. Wręcz przeciwnie, Zamawiający po to żądał określenia podzespołów, żeby możliwe było zweryfikowanie spełniania szczegółowych wymogów technicznych.

W tej sytuacji, zdaniem Odwołującego, przyjęć należy, że oferta Wykonawcy SAAB jest niezgodna z treścią SIWZ, przy czym jest to niezgodność istotna, merytoryczna (nie tylko niezgodności o charakterze formalnym), niemożliwa do usunięcia przy zastosowaniu instytucji poprawy omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czy też wyjaśnienia tej niezgodności w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

II. Omyłka w wyliczeniu ceny.

Według Odwołującego Wykonawca SAAB popełnił w swoim Formularzu omyłkę w wyliczeniu ceny ofertowej (wartość brutto całej umowy) podobną do tej, jaką popełnił wykonawca CUBIC, z tym zastrzeżeniem, że SAAB nie podał również w swoim Formularzu (rozbiściu) łącznej ceny odpowiednio za LSS, KSSPW i STWPW, co dodatkowo utrudnia rozstrzygnięcie, jakie były intencje wykonawcy i czy w ślad za tym poprawnie wyliczył on cenę

ofertową, czy cenę za LSS, KSSPW i STWPW w rozbiciu na lata wykonywania umowy (i tylko te wartości powinny być zsumowane).

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z Formularzem stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ wykonawcy zobowiązani byli podać rozbiecie ceny ofertowej na następujące zakresy: LSS, KSSPW i STWPW, z dodatkowym rozbiem na poszczególne lata realizacji umowy. Dodatkowo Zamawiający oczekiwał, by dla poszczególnych zakresów podać (wyodrębnić) cenę za szkolenia, które ma przeprowadzić wykonawca. Sposób skonstruowania Formularza cenowego sugerował przy tym, że wartość podawana przez wykonawcę dla zakresów LSS, KSSPW i STWPW winna jednak obejmować koszt szkoleń (w Formularzu Zamawiający posłużył się sformułowaniem „w tym”). Dodatkowo wymagane było podanie łącznej wartości odpowiednio LSS, KSSPW i STWPW (wliczając szkolenia i DT).

Wykonawca SAAB podał w swoim Formularzu cenowym ceny dla ww. elementów, przy czym nie jest wiadome, w jaki sposób wykonawca na podstawie tych danych ustalił cenę ofertową (Wartość brutto całej umowy). Analiza Formularza cenowego nie daje odpowiedzi na pytanie, czy Wykonawca w rozbiciu ceny za LSS, KSSPW i STWPW na poszczególne lata realizacji umowy uwzględnił koszt szkoleń i dokumentacji technicznej (DT), jak wymagał tego Formularz, a następnie jeszcze dodatkowo doliczył (drugi raz) te same wartości do łącznej ceny, czy wskazane pozycje rozliczeniowe ceny szkoleń i DT nie obejmują i są ujęte wyłącznie (wbrew oczekiwaniom Zamawiającego) w pozycjach noszących tytuły, odpowiednio „Szkolenie” i „DT”.

W tej sytuacji, w celu doprowadzenia do zgodności wyliczeń wynikających z Formularza cenowego można było przyjąć dwa rozwiązania. Założenie 1 - cena ofertowa (łączna wartość brutto umowy) podana przez SAAB jest prawidłowa, a co za tym idzie SAAB ceny szkoleń (wbrew wymogom Formularza) nie włączył do cen podanych za zakres: LSS, KSSPW i STWPW ustalonych dla poszczególnych lat - w tej sytuacji Zamawiający powinien był poprawić wartości podane dla LSS, KSSPW i STWPW ustalone na poszczególne lata, doliczając do nich cenę szkoleń, albo założenie 2 - Wykonawca włączył cenę szkoleń do rozbicia LSS, KSSPW i STWPW na poszczególne lata (zgodnie z wymaganiami Formularza), a następnie - przy wyliczeniu ceny ofertowej - cenę szkoleń (z racji podawania ich w tej samej kolumnie poddawanej sumowaniu) ponownie doliczył do ceny ofertowej. Przy tym założeniu to łączna wartość brutto całej umowy została obliczona z dwukrotnym wliczeniem cen szkoleń, a więc błędnie. W sytuacji popełniono błąd w obliczaniu ceny i nie jest wiadome, w jaki sposób błąd ów należałoby poprawić, obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W opinii Odwołującego Zamawiający nie mógł wskazanej omyłki poprawić jako oczywistej omyłki rachunkowej. Wynika to nie tylko z uwagi na różne możliwości poprawienia

omyłki, ale także i z tego względu, że przy wyborze sposobu jej poprawienia przez Zamawiającego, cena oferty obniżyła się o prawie 6 mln zł, co jest istotną zmianą.

Zamawiający opisaną wadę oferty poprawił w trybie art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. jako oczywistą omyłkę rachunkową. W ocenie Odwoływającego ten tryb poprawienia omyłki nie mógł znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie. Formularz cenowy nie wskazywał w sposób jednoznaczny, które pozycje należy zsumować w celu wyliczenia Wartości brutto całej umowy, tj. czy należy zsumować trzy pozycje opisane jako Łączna wartość odpowiednio LSS, KSSPW i STWPW, czy zliczyć należy ceny podane w rozbiciu tych zakresów na poszczególne lata realizacji umowy. Co przy tym istotne w niniejszej sprawie, w zależności od zastosowanego obliczenia otrzymywało się różny wynik matematyczny. Zamawiający nie mógł więc wprawdzie w sposób oczywisty i jednoznaczny ustalić, jaki błąd w istocie popełnił wykonawca w ofercie, a kolejno nie dysponując „wzorcem” działania matematycznego, nie mógł pod ten wzorzec podstawić danych SAAB i poprawnie go zastosować.

Odwoływający dodał, że Zamawiający mógł rozważać jedynie zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. poprawienie sprzeczności w Formularzu, jako tzw. innej omyłki. Rozważania te winny jednak prowadzić do wniosku, że omyłka nie może zostać poprawiona, bowiem, jak wskazano powyżej, istnieją co najmniej dwa, równie logiczne sposoby poprawienia omyłki i Zamawiający, bez dodatkowych negocjacji z wykonawcą, nie może wybrać jednego i tych sposobów.

W dalszej kolejności Odwoływający zaznaczył, że dalsze zarzuty zostały postawione na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę powyżej opisanych zarzutów, odnoszących się do oferty SAAB i uwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołania złożonego przez ELBIT (KIO 1396/19) i przywrócenia tego Wykonawcy do Postępowania.

Odwoływający dodał, że w sytuacji uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp, Izba winna nakazać unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowienie badania i oceny ofert, w ramach której to Zamawiający miałby możliwość udostępnienia Odwoływającemu żądanych przez niego dokumentów - dopiero tak przeprowadzona procedura badania i oceny ofert otworzy Odwoływającemu termin do złożenia odwołania w oparciu o okoliczności faktyczne wynikające z dokumentów obecnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawców i zagwarantuje Odwoływającemu realną możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

III. Zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia przez zamawiającego wyjaśnień ELBIT i SAAB.

Odwoływający podniósł, iż z analizy udostępnionych mu załączników do protokołu postępowania wynika, że Zamawiający nie udostępnił mu następujących dokumentów:

- 1) wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy ELBIT - pisma z dnia 12.12.2018 r. oraz pisma z dnia 30.01.2019 r. - Zamawiający udostępnił Odwołującemu jedynie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,
- 2) wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy SAAB - pismo z dnia 12.12.2018r. - Zamawiający udostępnił Odwołującemu jedynie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,
- 3) kolejnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy SAAB (wezwaniami z dnia 16.01.2019 r. Zamawiający wezwał SAAB do złożenia kolejnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny; pismem z dnia 24.01.2019 r. SAAB zawniósł o wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny do dnia 8 lutego 2019 r.; pismem z dnia 28.01.2019 r. Zamawiający wyraził zgodę na wydłużenie terminu, jednak nie udostępnił Odwołującemu ani złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny ani zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa).

W opinii Odwołującego Wykonawca ELBIT i Wykonawca SAAB nie sprostali obowiązkowi wykazania, że zastrzegane przez nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ograniczając się do przedstawienia lakonicznych, ogólnikowych i gołosłownych uzasadnień. W uzasadnieniach objęcia informacji tajemnicą gospodarczą Wykonawcy - w zasadzie wyłącznie - powołali się na podstawy prawne zastrzegania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz na cytaty z orzecznictwa i doktryny.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy wyjaśnień rażąco niskiej ceny ELBIT wskazuje (dokument z dnia 12.12.2018 r.), że informacje zastrzegane mają charakter handlowy, techniczny oraz organizacyjny. Podnosi, że zawarte w wyjaśnieniach ceny informacje stanowią kalkulacje cenowe, informacje nt. organizacji i sposobu pracy, oferty cenowe, kopie umów i porozumień, informacje nt. planów i zamierzeń, w tym w zakresie serwisu i dostaw na terenie Polski. Wyjaśnienia zawierają ponadto, jak wskazuje ELBIT, opisy technologii i ujawniają kontakty handlowe oraz czynniki cenotwórcze. Treść zastrzeżeń zamyka się na trzech stronach (w zakresie wyjaśnień złożonych dnia 30.01.2019 r. ELBIT wskazuje podobnie, odnosząc się jedynie do informacji zawartych w tym dokumencie) i sprowadza się w zasadzie do opisanego, jakie informacje są zastrzegane.

Zdaniem Odwołującego nie sposób z treści tego uzasadnienia wyczytać, na czym dokładnie, zdaniem Wykonawcy, polega wartość gospodarcza tych informacji - ta okoliczność nie jest przez wykonawcę wykazana, bowiem sam rodzaj informacji zastrzeganych nie przesądza jeszcze o tym, że dana informacja ma, w konkretnych okolicznościach faktycznych, wartość gospodarczą i jaka ta wartość jest. Wyjaśnienia nie wskazują przy tym, aby informacje objęte zastrzeżeniem miały walor stałości, tj. aby mogły być wykorzystane w przyszłej działalności Wykonawcy i nie służyły tylko wykazaniu „rynkowego” charakteru ceny w tym konkretnym postępowaniu, z uwzględnieniem wymagań danej SIWZ.

Odwołujący zauważył dalej, że w przypadku wykonawcy SAAB (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, pismo z dnia 12.12.2018 r.) Wykonawca ten cytuje art. 11 ust. 2 u.z.n.k. oraz podnosi, że w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawił kalkulacje, informacje nt. funkcjonowania oferowanych systemów, opisał z jakich modułów sprzętowych oraz oprogramowania korzysta. Zdaniem SAAB, prezentowane informacje mają wartość technologiczną i gospodarczą (pozwalają uzyskać przewagę konkurencyjną) i wartość gospodarczą, jednak poza takim stwierdzeniem (ogólnym i gołosłownym) Wykonawca nie wskazuje w jaki sposób ujawnienie tych informacji mogłoby pogorszyć jego pozycję konkurencyjną i doprowadzić do powstania po jego stronie szkody. Nie wiadomo więc, z czego tak naprawdę ma wynikać wartość gospodarcza zastrzeganych informacji. SAAB podał także, że informacji tych nie udostępnił oraz że dostęp do nich ma ograniczone, wąskie grono pracowników, jednak te informacje nie są poparte żadnymi dowodami, np. w postaci dokumentów zawierających wewnętrzne regulacje dotyczące zachowania informacji w poufności, zobowiązania do zachowania w poufności.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Odwołującego, zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ELBIT i SAAB jest w dużej mierze gołosłowne, gdy tymczasem każdy wykonawca powinien sprecyzować i wykazać już w ramach uzasadnienia załączonego do oferty, w jaki sposób odtajnienie konkretnych informacji osłabiłoby jego pozycję rynkową.

Odwołujący podniósł dalej, że obaj Wykonawcy nie powołali w treści zastrzeżeń żadnych przekonujących argumentów, które uprawdopodobniałyby, że ujawnienie konkretnych, zastrzeżonych przez nich informacji, może doprowadzić do powstania po ich stronie szkody. Nie wskazano zatem na istnienie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem określonego rodzaju zastrzeganej informacji, a możliwością powstania szkody. Nie wskazano na żadne dowody, które miałyby potwierdzać podjęcie działań służących ochronie zastrzeganych informacji (SAAB). Poziom ogólności zastrzeżeń jest przy tym tak duży, że mogłyby one stanowić uzasadnienie do zastrzeżenia w zasadzie jakichkolwiek informacji.

Zatem, według Odwołującego, nie została wykazana kluczowa okoliczność, że zastrzegane informacje spełniają wymagania definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa”, w tym w szczególności, że posiadają wartość gospodarczą i jakie mają przełożenie na pozycję konkurencyjną tych Wykonawców. Ponadto wprost pojawiają się sformułowania wskazujące na fakt, że niektóre z tych informacji odnoszą się wyłącznie do tego konkretnego postępowania.

W opinii Odwołującego wadliwe zastrzeżenie tajemnicy potwierdził również Zamawiający, który w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny ELBIT (w piśmie z dnia 11.01.2019 r.) stwierdził, że „(...) w wyniku niedochowania ustawowych wymogów dotyczących

zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, w odniesieniu do wymienionych na wstępie niniejszego Zawiadomienia dokumentów, a także samego uzasadnienia zastrzeżenia (str. 1 - 4 wyjaśnień) Zamawiający uznaje dokonane zastrzeżenia za nieskuteczne i informacje te będą udostępnione w terminie określonym w art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, tj. od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnienia postępowania". Zamawiający postanowił więc odtajnić zastrzeżenie tajemnicy, jak również część dokumentów składających się na wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (przy czym ostatecznie, po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty udostępnił jedynie treść zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, bez jakichkolwiek dokumentów stanowiących wyjaśnienia rażąco niskiej ceny). Ta decyzja Zamawiającego nie była przedmiotem zaskarżenia przez ELBIT i w udostępnionych Odwołującemu dokumentach brak informacji, by była ona z własnej inicjatywy Zamawiającego zmieniona. Tym bardziej więc dziwi to, że mimo takiej decyzji, Zamawiający ostatecznie wyjaśnień ceny złożonych przez ELBIT nie udostępnił.

Odwołujący dodał, że Wykonawca ELBIT, jako dowody podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania informacji w poufności (co zdaniem Odwołującego nie jest równoznaczne z zachowaniem w tym zakresie należytej staranności), przedstawił wyciąg z umów o zakazie konkurencji, umowy o zachowaniu poufności oraz wyciąg z umowy konsorcjum i w sposób dość niewyraźny wspominał o wewnętrznych regulacjach w ramach prowadzonej polityki bezpieczeństwa i poufności informacji oraz fizycznych i prawnych środkach ochrony. Przy czym odniesiono się do jednego podmiotu, natomiast konsorcjum składa się z trzech podmiotów. Jest więc wątpliwym, aby wszystkie podmioty tworzące konsorcjum działały w oparciu o jedną politykę bezpieczeństwa i te same procedury. Tymczasem SAAB w ogóle nie udowodnił, że podejmuje jakiegokolwiek działania w zakresie ochrony swych informacji.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, nieujawnienie przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych przez ELBIT i SAAB jako tajemnica przedsiębiorstwa narusza prawo. Zamawiający nie udźwignął spoczywającego na nim obowiązku właściwego zbadania zasadności zastrzeżenia tajemnicy, dokonanej przez Wykonawców. Analiza w tym zakresie powinna być wszechstronna i odnosić się zarówno do treści zawartych w zastrzeżonych informacjach, jak i okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił również, że w jego ocenie nie doszło do wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 131v pkt 1 Pzp. Świadczy o tym zarówno zakres, jak i charakter, zastrzeżonych przez ELBIT i SAAB informacji, w szczególności fakt, że informacje opracowane zostały na podstawie danych wynikających z opisu przedmiotu zamówienia, które dostępne są dla wszystkich przedsiębiorców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający również takiej podstawy prawnej, dla odmowy udostępnienia żądanych dokumentów, nie wskazał.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: **KIO 1396/19**:

W dniu 19 lipca 2019 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Elbit Systems Ltd., P.O.B. 539 Haifa 31053 Izrael, RUAG Defence France SAS, Zone Albipôle, Chemin Jean Thomas, 81150 Terssac, Francja, Autocomp Management Sp. z o.o., ul. 1 Maja 36,71-627 Szczecin (dalej zwani jako „odwołujący”).

W odwołaniu zostały postawione zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

A. W odniesieniu do oferty Konsorcjum Cubic:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Cubic mimo:
 - a) niewskazania w ofercie wartości dokumentacji technicznej (DT),
 - b) błędów w zakresie wartości szkoleń,
 - c) błędów w określeniu wartości umowy w rozbiciu na lata realizacji.
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1-2 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Cubic oraz prowadzenie z Konsorcjum Cubic negocjacji dotyczących złożonej oferty, w konsekwencji których dokonana została niedozwolona zmiana treści oferty, błędnie zakwalifikowana jako poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych lub wyjaśnienie treści oferty,
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Cubic, mimo iż zawiera błędy w obliczeniu ceny w zakresie wartości DT, wartości szkoleń oraz łącznych wartości oferowanych systemów, a w konsekwencji w zakresie zaoferowanej ceny (w tym z rozbiem na lata realizacji),
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2-3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Cubic, pomimo że przedmiotowa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Cubic pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,
6. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Cubic oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej pomimo zaoferowania przez tego wykonawcę podzespołu w postaci zasilacza do Stacji Roboczej SD niezgodnego z treścią specyfikacji

istotnych warunków zamówienia obowiązującej w Postępowaniu (dalej: „SIWZ”),

7. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. art. 131e ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Cubic, pomimo, iż gwarancja wadialna złożona z ofertą tego wykonawcy nie zabezpiecza oferty Konsorcjum Cubic.

B. W odniesieniu do oferty Odwołującego:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego oparte na błędnej ocenie, że treść tej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu jej odrzucenia,
2. art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego („Kc”) w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp poprzez błędną wykładnię oświadczenia woli Odwołującego zawartego w ofercie oraz błędną wykładnię treści SIWZ i w konsekwencji przyjęcie, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ;
3. art. 90 ust. 1 - 3 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez:
 - 3.1 bezprawne przyjęcie, że wyjaśnienia Odwołującego mające na celu wykazanie podstaw kalkulacji ceny i składane po terminie składania ofert mogą stanowić podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w oparciu o informacje nie wymagane w SIWZ na etapie składania ofert, a dopiero na etapie realizacji umowy oraz nie żądane od innych wykonawców i nie stanowiące wiążącej oferty Odwołującego, co poskutkowało bezprawnym odrzuceniem oferty Odwołującego oraz rażącym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności,
 - 3.2 prowadzenie postępowania wyjaśniającego w złej wierze, polegające na celowym wielokrotnym wzywaniu Odwołującego do potwierdzenia nie wymaganych treścią SIWZ okoliczności, skutkujących w ocenie Zamawiającego niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, pod pozorem wyjaśniania podstaw kalkulacji ceny oraz bez sprecyzowania rzeczywistego celu wyjaśnień, podstaw wątpliwości, w tym własnej interpretacji Zamawiającego wyjaśnień i postanowień SIWZ, co wprowadziło w błąd Odwołującego, działającego w dobrej wierze, co do motywów i celu postępowania wyjaśniającego,
4. ewentualnie, w przypadku uznania, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, zarzucam naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp poprzez bezprawne zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodujących

istotnych zmian w treści oferty, w zakresie sposobu spełnienia wymagań z pkt 7.12.6 WZTT dla KSSPW, pkt 7.7.10 WZTT dla LSS oraz pkt 7.2.5 WZTT dla LLS, względnie zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

C. W odniesieniu do oferty Saab:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Saab pomimo niezgodności treści oferty tego Wykonawcy z SIWZ w zakresie udzielonych gwarancji w wymiarze sześćdziesiąt (60) miesięcy i jeden (1) dzień,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1-2 i art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK i ust. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Saab, pomimo, że jej ukształtowanie w zakresie udzielonych w pkt 6 formularza ofertowego gwarancji w wymiarze sześćdziesiąt (60) miesięcy i jeden (1) dzień, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu okresu gwarancji w żaden sposób nie odpowiadającego uzasadnionym oczekiwaniom klienta (Zamawiającego), który to okres powinien być adekwatnie promowany w ramach przewidzianych kryteriów oceny ofert, ale w sposób naruszający dobre obyczaje obliczony jedynie na uzyskanie jak największej punktacji w ramach kryterium oceny ofert „długość okresu gwarancji” i w ten sposób uzyskanie nieuczciwej przewagi konkurencyjnej oraz pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia przez innych wykonawców, przedstawiających rzetelne oferty w tym zakresie;
3. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 131 k ust. 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, przez przyznanie Saab w ramach kryteriów oceny ofert w zakresie długości okresu gwarancji, maksymalnej wartości punktowej - odpowiednio za systemy KSSPW, STWPW, LSS - pomimo, że Saab nie zaoferował minimum 61-miesięcznego okresu gwarancji, który był niezbędny dla uzyskania maksymalnej punktacji w ramach tych kryteriów,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Saab, pomimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanych:
 - 4.1 podzespołu płyty głównej do Stacji Roboczej SD oraz do Stacji Graficznej SG,
 - 4.2 podzespołów karty sieciowej i graficznej do Stacji Roboczej SD i Stacji Graficznej SG,
 - 4.3 podzespołu pamięć RAM dla Stacji Roboczej SD,
 - 4.4 podzespołu dysku twardego dla Stacji Graficznej SG,

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Saab mimo:
 - 5.1 nie wskazania w ofercie wartości dokumentacji technicznej (DT),
 - 5.2 nie wskazania wartości łącznej poszczególnych oferowanych systemów,
 - 5.3 błędów w zakresie zaoferowanych wartości szkoleń.
 6. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1-2 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Saab oraz prowadzenie z Saab negocjacji dotyczących złożonej oferty, w konsekwencji których dokonana została niedozwolona zmiana treści oferty, błędnie zakwalifikowana jako poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych lub wyjaśnienie treści oferty,
 7. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Saab, mimo iż zawiera błędy w obliczeniu ceny w zakresie wartości DT, wartości szkoleń oraz łącznych wartości oferowanych systemów, a w konsekwencji w zakresie zaoferowanej ceny (w tym z rozbiem na lata realizacji).
- D. W odniesieniu do Konsorcjum PGZ:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PGZ, pomimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego podzespołu zasilacza do Stacji Roboczej SD,
 2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. art. 87 ust. 1-2 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PGZ pomimo niewskazania przez tego wykonawcę w ofercie wartości dokumentacji technicznej (DT) i prowadzenie negocjacji w tym zakresie skutkujących uzupełnieniem treści oferty po terminie składania ofert,
 3. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PGZ, mimo iż zawiera błędy w obliczeniu ceny w zakresie wartości DT.
- E. W odniesieniu do Konsorcjum Rheinmetall:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Rheinmetall, pomimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego podzespołu zasilacza do Stacji Roboczej SD i Stacji Graficznej SG,
 2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. art. 87 ust. 1-2 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Rheinmetall pomimo niewskazania przez tego wykonawcę w ofercie wartości dokumentacji technicznej (DT), wartości szkoleń

- oraz łącznych wartości oferowanych systemów i prowadzenie negocjacji w tym zakresie skutkujących uzupełnieniem treści oferty po terminie składania ofert,
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Rheinmetall, mimo iż zawiera błędy w obliczeniu ceny w zakresie wartości DT.

Wobec powyższego wniesiono uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

- unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Cubic,
- unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego, ponadto ewentualnie - w przypadku uznania, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ - także nakazanie poprawienia omyłek w ofercie odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Cubic, SAAB, Konsorcjum PGZ i Rheinmetall oraz wykluczenia Konsorcjum Cubic z postępowania, ewentualnie - w przypadku braku uwzględnienia zarzutów i wniosków skutkujących odrzuceniem oferty SAAB - obniżenia punktacji przyznanej ofercie Saab w ramach kryterium długość okresu gwarancji przez przyznanie za KSSPW - 0,4 punktu, za STWPW - 0,2 punktu, za LSS - 0,2 punktu; lub przyznanie w ramach tego kryterium ofercie Saab 0 (zero) punktów.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący, w zakresie zarzutów dotyczących swojej oferty, wskazał co następuje.

1. Bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego.
 - a) Wykładnia treści SIWZ oraz treści oferty Odwołującego.

W ocenie Odwołującego Zamawiający odrzucił jego ofertę, na podstawie złożonych w toku postępowania dodatkowych informacji, niewymaganych treścią SIWZ i nie stanowiących wiążącej oferty Odwołującego (nie składających się na treść oferty). Informacje te będą wymagane dopiero w projekcie wykonawczym (§ 8 wzoru umowy), na etapie spełnienia świadczenia i będą przedmiotem uzgodnień pomiędzy stronami, a wcześniejsze przekazanie ich na żądanie Zamawiającego może być rozpatrywane co najwyżej jako koncepcja, wstępnie planowany sposób realizacji umowy, w zakresie dwóch drobnych, niekluczowych aspektów technicznych.

Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu odrzucenia jakiegokolwiek punktu oferty Odwołującego, które byłyby niezgodne z treścią wymienionych punktów WZTT. W rzeczywistości bowiem nie można doszukać się takiej niezgodności w treści wiążącej oferty Odwołującego. Już sam ten fakt przesądza o bezprawności działania Zamawiającego. Odwołujący dodał, że Zamawiający rażąco naruszył przepisy Pzp, w sposób nieuprawniony i arbitralny rozszerzając - po terminie składania ofert oraz jedynie w stosunku do

Odwołującego – wymogi, co do informacji żądanych na etapie postępowania od wykonawców oraz nadając im przymiot treści oferty (co stanowiłoby jej nielegalną modyfikację) oraz nieprawidłowy skutek niezgodności z treścią SIWZ, i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że autorem wymogów co do treści oferty jest Zamawiający. Zgodnie z Rozdziałem 7 SIWZ Opis sposobu przygotowania ofert, pkt 7.1. „W celu złożenia oferty należy wykorzystać Załącznik nr 5 do SIWZ”. Załącznik nr 5 do SIWZ określa wzór Formularza ofertowego, który wykonawcy mieli obowiązek wypełnić. Zamawiający nie wymagał złożenia żadnych dodatkowych dokumentów technicznych, ani żadnych szczegółowych informacji, co do sposobu spełnienia wymogów WZTT, w zakresie systemów KSSPW oraz LSS, poza ogólnymi deklaracjami Formularza ofertowego. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie był więc zainteresowany szczegółami technicznymi rozwiązań oferowanych przez Wykonawców, na etapie składania ofert. Treść wiążącej oferty Odwołującego wyznaczają zatem dokumenty wymagane od Zamawiającego w SIWZ - i tylko treścią tych dokumentów Odwołujący jest związany na podstawie art. 85 Pzp. Tak ukształtowane zasady przygotowania oferty (w tym jej wymagana treść) były i są obowiązujące w postępowaniu.

W złożonej w ofercie Odwołujący potwierdził, zgodnie z wymogami SIWZ, że:

- oferuje wymagane systemy pola walki, które będą wykonane i ukompletowane według dokumentacji technicznej Wykonawcy, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ i załączonych do niej WZTT (pkt 1 Formularza Ofertowego),
- oświadcza, że istotne postanowienia umowy i zawarte w nich warunki płatności, stanowiące załącznik nr 4 do SIWZ zostały zaakceptowane w całości (pkt 11 Formularza ofertowego),
- oświadcza, że zapoznał się ze wszystkimi warunkami zamówienia, SIWZ wraz z załącznikami, w tym WZTT i akceptuje je bez jakichkolwiek zastrzeżeń (pkt 12 Formularza ofertowego),
- oświadcza, że oferowane KSSPW, STWPW oraz LSS spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego ujęte w SIWZ oraz załącznikach do SIWZ, w tym WZTT, deklarując jednocześnie spełnienie wszystkich wymagań WZTT wskazanych w tabeli Formularza ofertowego (pkt 13 Formularza ofertowego).

Zatem, według Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że powyższa treść oferty jest idealnie zgodna z treścią SIWZ - skoro Zamawiający, poza deklaracjami wykonawców, nie wymagał na etapie postępowania wykazywania, w jaki sposób liczne wymogi techniczne WZTT będą konkretnie spełnione.

Odwołujący zaznaczył, że wymóg wskazania konkretnych rozwiązań technicznych odnosił się jedynie do stacji roboczych SD i graficznych SG (por. pkt 14 Formularza ofertowego) dla systemu STWPW (a więc zupełnie niezwiązanych z podstawami odrzucenia oferty Odwołującego). Weryfikacja rozwiązań technicznych nie jest dokonywana w tym Postępowaniu na etapie oceny ofert. Zamawiający wprowadził zasadę, że sposób spełnienia świadczenia zostanie zaprezentowany przez wybranego Wykonawcę na etapie realizacji umowy. Zgodnie z § 8 Projektu umowy (zał. nr 4 do SIWZ), Wykonawca opracuje Projekt Wykonawczy (PrW) dostarczanych symulatorów i prześle go Zamawiającemu w terminie do 3 miesięcy od zawarcia umowy. (...) PrW powinien zawierać rozwiązania zastosowane przez Wykonawcę w celu spełnienia parametrów i funkcji określonych wWZTT z uwzględnieniem infrastruktury przewidzianej do zabezpieczenia funkcjonowania symulatorów. Opisy oraz schematy w PrW powinny być opracowane zgodnie z wymogami, w tym zawierać wykazy głównych elementów symulatorów oraz zobrazować ich rzeczywiste rozlokowanie w trakcie użytkowania symulatorów z uwzględnieniem obszarów dystrybucji, magazynowania i obsługi (w zakresie opisów montażowych), a także opisywać zasady korzystania z symulatorów oraz obrazować funkcje/sposób ich wykorzystania, zgodnego z wymaganiami WZTT (w zakresie schematów funkcjonalnych) - § 8 ust. 3 - 4 Projektu umowy.

W opinii Odwołującego zatem to dopiero Projekt Wykonawczy ma precyzować takie aspekty jak m.in. rozlokowanie i ilość masztów czy sposób instalacji urządzeń na broni indywidualnej żołnierzy. Co więcej, niektóre dokumenty niezbędne do opracowania PrW zostaną dostarczone dopiero po podpisaniu umowy (np. przez gestorów - § 8 ust. 2 Projektu umowy, czy np. uzgodnienie zakresu pracy urządzeń wpływające na szczegóły rozwiązań w zakresie środków łączności bezprzewodowej, w tym masztów - pkt 7.12.20.2 WZTT dla KSSWP i pkt 7.12.17.2 WZTT dla LSS).

Odwołujący dalej zauważył, że Projekt wykonawczy podlega zatwierdzeniu przez Zespół Sterujący powołany do nadzorowania realizacji umowy przez Zamawiającego, w trybie określonym w § 8 ust. 6 - 10 projektu umowy. Zespół Sterujący zatwierdza projekt, lub przekazuje uwagi, które Wykonawca powinien uwzględnić poprzez skorygowanie Projektu Wykonawczego w terminie 10 dni od otrzymania uwag. Do zatwierdzenia skorygowanego PrW stosuje się analogiczną procedurę. Zatwierdzenie PrW przez Zespół Sterujący, jest podstawą do kontynuowania realizacji umowy zgodnie z § 5 umowy.

Z powyższego dla Odwołującego wynika, że Zamawiający nie miał uprawnienia do dyskwalifikacji oferty Odwołującego na podstawie nieskładających się na treść oferty i niewymaganych na etapie oferty, wstępnych koncepcji co do rozwiązań technicznych. Wyjaśnienia miały na celu uzasadnienie zaproponowanej ceny Odwołującego, prezentując jedynie założenia przyjęte do jej kalkulacji. Rozwiązania te nie stanowią wiążącej oferty Odwołującego, a jedynie planowany, koncepcyjny sposób realizacji przyszłej umowy. Ocena

w tym zakresie będzie się jednak odbywać na podstawie § 8 Projekt umowy, gdyż dopiero na tym etapie Wykonawca ma obowiązek skonkretyzować rozwiązania techniczne. Będzie miał przy tym 3 miesiące od podpisania umowy, a nie kilka dni, jak w przypadku nadprogramowych wyjaśnień, żądanych przez Zamawiającego. Kluczowa jest okoliczność, że sposób spełnienia wymogów technicznych będzie uzgadniany, a ewentualne niespójności czy różnice interpretacyjne nie zdyskwalifikują wykonawcy, lecz co najwyżej skutkują koniecznością skorygowania projektu. Zatem przypisywanie tym informacjom wiążącego charakteru stanowiłoby niedozwoloną zmianę zasad oceny oferty w trakcie jej badania, skoro przedmiotowe aspekty techniczne mają być uzgadniane po zawarciu umowy, mogą podlegać zmianom, korektom i poprawkom.

Odwołujący podniósł, iż aktualne i w mocy pozostają wiążące deklaracje Odwołującego z Formularza ofertowego, zobowiązujące do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, stanowiące jego oświadczenie woli, formą oraz treścią odpowiadające wszystkim wymogom SIWZ. Gdyby przyjąć - za Zamawiającym - że wymuszone dalsze wyjaśnienia mogą zmienić jasną i precyzyjną treść oferty Odwołującego, oznaczałoby to rażące złamanie zasady niezmienności oferty po terminie składania ofert i zakazu negocjacji (art. 87 ust. 1 Pzp).

Ponadto, według Odwołującego, inni wykonawcy nie byli wzywani do „wykazania” spełnienia wymagań pkt 7.12.6 WZTT dla KSSPW oraz pkt 7.7.10 i pkt 7.2.5 WZTT dla LSS, z którymi rzekomo jest niezgodna oferta Odwołującego. Zamawiający naruszył więc także zasady z art. 7 ust. 1 Pzp.

b) Sposób prowadzenia postępowania wyjaśniającego przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazuje, że w trakcie analizy wyjaśnień z dnia 14.12.2018 r. „stwierdził, że konsorcjum oferuje niezgodne z wymaganiami SIWZ rozwiązania techniczne dotyczące wybranego uzbrojenia”, a także że „podał analizie zgodność oferty w zakresie ilości oferowanych urządzeń stacjonarnych (masztów) w stosunku do wymagań określonych w SIWZ”.

W ocenie Odwołującego Zamawiający zignorował fakt, że: (i) wyjaśnienia miały na celu wykazanie podstaw kalkulacji ceny w ramach art. 90 ust. 1 Pzp, a nie zgodność treści oferty z treścią SIWZ (czego dowodzi treść wyzwania z 16.11.2018 r.), (ii) Zamawiający nie wymagał w ofercie wskazywania sposobu montowania nadajników na broni ani liczby masztów, (iii) wyjaśnienia na ponad stu stronach wskazywały podstawy i założenia kalkulacyjne, a Odwołujący wielokrotnie podtrzymywał w nich deklarację pełnej zgodności z WZTT, (iv) swoją (błędną) ocenę Zamawiający sformułował na podstawie dwóch ogólnikowych stwierdzeń (w zakresie makiet - ogólnie opisujących produkty jednego z konsorcjantów, a w zakresie masztów odnoszące się jedynie do „preferowanych”, „przykładowych” schematów pokrycia, tj. ilości i rozmieszczenia (np. str. 33, 34 i 35 wyjaśnień).

Dalej Odwołujący wskazał, że Zmawiający nie przekazał Odwołującemu swoich wątpliwości, lecz kolejnym wezwaniem z dnia 16.01.2019 r. (str. 3), pod pozorem przedstawienia dalszych kalkulacji cenowych zażądał: (i) potwierdzenia „zastosowania przez Wykonawcę makiet do danych typów broni: (pkt 4 wezwania). Mimo iż (jak wynika dla Odwołującego z uzasadnienia odrzucenia oferty) w tej dacie uznawał takie rozwiązanie za niezgodne z treścią SIWZ, to nie poinformował o tym Wykonawcy, nie opisał swoich wątpliwości, nie wskazał żadnego punktu SIWZ, z którym takie rozwiązanie jest jego zdaniem niezgodne, nie poprosił też wykonawcy o wyjaśnienie rozumienia pojęcia „makieta” (nie występującego w treści SIWZ), lecz od razu zasugerował odpowiedź prowadzącą do późniejszego odrzucenia oferty. (ii) Wyszczególnienia środków łączności osobno dla każdej lokalizacji (pkt 5 wezwania). Mimo iż (jak twierdzi w uzasadnieniu odrzucenia oferty) żądanie to miało na celu „wyjaśnienie wątpliwości co do ilości oferowanych masztów stacjonarnych”, to nie wyartykułował tego w wezwaniu z 16.01.2019 r., nie odnosząc się w ogóle do kwestii masztów ani jakiegokolwiek punktu WZTT, a jedynie do kalkulacji oraz nie uzasadniając swoich wątpliwości.

Na takie wezwanie Odwołujący, działając w dobrej wierze, przedstawił obejmujące setki pozycji kalkulacje i odpowiadając na dodatkowe pytania Zamawiającego, wskazując przy tym, że nie były wymagane w ofercie oraz ponownie potwierdzając deklaracje wykonania umowy zgodnie z wymogami. Podobnie jak dla innych wykonawców, dla Odwołującego oczywiste było, że wyjaśnienia te nie mogą stać się podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (pismo z dnia 30.01.2019 r.).

W dniu 05.02.2019 r. Zamawiający kolejny raz skierował wezwanie do Odwołującego, tym razem żądając wykazania spełnienia niektórych punktów WZTT. Znow jednak nie opisał przyczyn wezwania ani ich celu, pozostawiając to domysłem Wykonawcy (mimo iż już w dniu 14.12.2018 r., jak twierdzi, miał wątpliwości co do ilości masztów oraz sformułowania „makieta” w wyjaśnieniach prowadzonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp).

Ponownie Odwołujący - pismem z dnia 14.2.2019 r. - odpowiedział na pytania Zamawiającego (nie znając ich rzeczywistego celu i powodu), wskazując przy tym na stronie 2, że odpowiada na pytania niewymagane treścią SIWZ, ofertę swoją sporządził zgodnie z wymogami SIWZ, działa w dobrej wierze oraz ponownie potwierdza spełnienie wszystkich wymagań. W Ad. 1. pisma Odwołujący „potwierdził spełnienie wszystkich wymogów WZTT, w tym z pkt 7.12.6 WZTT (KSSPW) oraz pkt 7.7.10 WZTT (LSS). Uszczegóławiając, wskazał przy tym na przykładowy sposób spełnienia tego wymagania (wskazując w Ilustracjach „Przykładowe symulatory”). Podobnie, w Ad. 2 pisma „potwierdził spełnienie wymagań pkt 7.2.6 WZTT (KSSPW) oraz 7.2.5 WZTT (LSS), a dla zobrazowania wskazał planowane ilości masztów oraz ich proponowane rozmieszczenie. Wskazał przy tym, że w przypadku

konieczności dokonywania korekt. Konsorcjum przewidziało w budżecie środki w celu spełnienia wymagań zamawiającego (str. 5).

Odwołujący dodał, że dopiero z treści uzasadnienia odrzucenia oferty dowiedział się, jakie były rzeczywiste motywy i cel prowadzonej korespondencji, a także dopiero w tym czasie pozyskał wiedzę, że Zamawiający interpretuje sformułowania wyjaśnień w sposób nieprawidłowy i niezgodny z intencją Odwołującego. We wcześniejszych pismach Zamawiający nie uzasadnił swoich wątpliwości, lecz nakierowywał Odwołującego na potwierdzenie okoliczności, które w ocenie Zamawiającego miały prowadzić do odrzucenia oferty, kiedy zgodnie z orzecznictwem, wykonawca nie może domyślać się, jaki jest rzeczywisty zakres wezwania i nie powinien dyskwalifikowany w efekcie ogólnego czy niejednoznacznego wezwania.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający rażąco naruszył zasady Pzp, w tym zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości - dla porównania wskazano korespondencję prowadzoną z Konsorcjum Cubic z dnia 23.05.2019 r. i z dnia 03.06.2019 r. oraz korespondencję prowadzoną z Odwołującym.

c) Instalacja nadajników do broni indywidualnej żołnierzy przy KSSPW i LSS.

Niezależnie od wskazanego wyżej uzasadnienia, według Odwołującego, wystarczającego do unieważnienia czynności odrzucenia oferty jego oferty, wskazać trzeba, że - nie tylko oferta Odwołującego - lecz także rozwiązania koncepcyjne opisane w wyjaśnieniach - są zgodne z treścią SIWZ. Zamawiający twierdzi, że rozwiązanie opisane przez Odwołującego w zakresie makiet dla niektórych rodzajów broni jest niezgodne z wymogami punktów 7.12.6 WZTT dla KSSPW oraz pkt 7.7.10 WZTT dla LSS. Jako uzasadnienie wskazuje jedynie wymóg, że urządzenia KSSPW oraz LSS powinno być montowane do „nw. uzbrojenia” (w przypadku KSSPW) albo „do broni indywidualnej żołnierzy” (dla LSS).

W ocenie Odwołującego wielokrotnie konsekwentnie potwierdzał on spełnienie tego wymogu (w tym w Ad. 1 wyjaśnień z 14.02.2019 r.). Jest to oczywiste, skoro wskazane rodzaje broni będą dostarczane przez Zamawiającego, a nie Wykonawcę. Obowiązkiem Wykonawcy jest więc zamontowanie (zintegrowanie) elementów systemów (nadajników tzn. transponderów umożliwiających symulację ognia) na tym sprzęcie. Odwołujący potwierdza, że zamontuje nadajniki na sprzęcie dostarczonym przez użytkownika (do którego będzie miał dostęp dopiero w fazie realizacji umowy).

Odwołujący podniósł dalej, że dopiero z uzasadnienia odrzucenia oferty dowiedział się, że Zamawiający błędnie odczytuje wyjaśnienia w odniesieniu do sformułowania „makieta”, tj. jako zintegrowanie nadajników z atrapami wskazanych rodzajów broni, a nie montowanie ich na rzeczywistym uzbrojeniu żołnierzy. Taka interpretacja jest nieprawidłowa i niezgodna z intencją Odwołującego. Ponadto ani w SIWZ ani w wyjaśnieniach Odwołującego nie

zdefiniowano pojęcia makieta. Zamawiający arbitralnie, i w sposób nieuzasadniony, interpretuje to jako atrapę broni (jak np. atrapy opisane w pkt 7.12.8 WZTT dla KSSPW), co nie występuje w przypadku rozwiązania opisanego przez Odwołującego. Nadajniki (transmitery) opisane w wyjaśnieniach są montowane na rzeczywistym uzbrojeniu, stanowią one symulatory zintegrowane z wymaganym przez Zamawiającego uzbrojeniem. Przy czym poziom integracji jest tu dostosowany do wymogów WZTT w zakresie przezroczystości (pkt 7.12.11, pkt 7.13.5.3 i pkt 7.13.6.3 WZTT dla KSSPW oraz pkt 7.12.8, pkt 7.13.5.3 i pkt 7.13.6.3 WZTT dla LSS).

Celem nadrzędnym wyboru rozwiązań tego typu jest minimalizacja negatywnego treningu i maksymalizacja efektów treningu opartego na laserowym zestawie symulacji. W związku z tym system musi możliwie realnie odwzorowywać rzeczywiste działanie uzbrojenia. Zgodnie z ww. wymogami, systemy muszą być „przezroczyste” dla użytkownika, co oznacza brak różnicy w podejmowanych działaniach oraz obsłudze SpW w stosunku do działań rzeczywistych. „Przezroczystość” dotyczy całej procedury oddawania strzału, w tym wybór amunicji, przyciski strzału i dalmierza laserowego itd. Transmitery powinny być tak skonstruowane, aby ich waga i rozmiary były „przezroczyste” tzn. nie utrudniały działań bojowych i taktycznych żołnierza na polu walki. Detektory i retrodetektory powinny być tak skonstruowane, aby ich waga i rozmiary były „przezroczyste” tzn. nie przeszkadzały w zakładaniu oporządzenia/SpW do szelek taktycznych oraz hełmu i jego osprzętu, a także nie powodowały utrudnień w działaniu bojowym i taktycznym żołnierza na polu walki. Zakres integracji nadajników z wymienionym przez Zamawiającego uzbrojeniem jest zaawansowany, urządzenia symulacyjne (składające się m.in. z urządzeń elektronicznych i do symulacji strzału) nie mogą bowiem wpłynąć na wagę i rozmiary czy funkcjonalność sprzętu w sposób utrudniający działania bojowe.

Zatem Odwołujący uważa, że w celu integracji symulatorów z bronią, pewne elementy są adaptowane i dostosowywane. Sformułowanie makieta nie określało zatem atrapy broni, lecz konieczne połączenie (polegające na adaptacji jednego z elementów broni) umożliwiające odpowiednią integrację uzbrojenia indywidualnego żołnierza z nadajnikiem (transmitterem). Widać to wyraźnie na ilustracjach na stronie 3 - 4 wyjaśnień z 14.02.2019 r. (w aktach), które nie przedstawiają atrapy broni, lecz rzeczywisty sprzęt wojskowy, którego pojedyncze elementy są integrowane z symulatorem (poprzez ich zastąpienie czy wymianę). Odesłania do rzeczywistej SpW miały przy tym jedynie na celu potwierdzenie spełnienia wymogów przezroczystości wymaganej SIWZ.

Odwołujący dodał również, że rozwiązanie prezentowane przez Odwołującego nie jest zakazane przez jakiegokolwiek postanowienia WZTT, a w szczególności przez pkt 7.12.6 WZTT dla KSSPW oraz pkt 7.7.10 dla LSS. Jego rozwiązanie jest powszechnie stosowane na rynku, gdzie wymagana jest wysoka przejrzystość. Jest ono również stosowane przez innych wykonawców w obecnym Postępowaniu, co wynika m.in. z ofert wstępnych (Konsorcjum

Cubic, Saab i Rheinmetall). Przy tym podkreślić należy, że oferty wstępne są także badane pod kątem zgodności z treścią SIWZ i podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 57 ust. 2 Pzp. W analizowanym aspekcie pkt 7.12.6 WZTT dla KSSPW oraz pkt 7.7.10 dla LSS były identycznej treści na etapie składania ofert wstępnych (nie ulegały modyfikacjom w adekwatnym zakresie). Stanowi to kolejną okoliczność za dopuszczalnością rozwiązania, w przeciwnym razie oferty Saab, Konsorcjum Cubic i Rheinmetall powinny zostać odrzucone.

Reasumując, Zamawiający nie miał prawa odrzucenia oferty na podstawie własnej interpretacji pojęcia „makieta”, zwłaszcza że ilustracje przykładowych rozwiązań dołączone do wyjaśnień wyraźnie potwierdzają zgodność z wymogami. Niezależnie, jeszcze raz podkreślić należy, że wyjaśnienia odnosiły się do podstaw wyceny a nie wiążącego sposobu realizacji zamówienia, które będzie uzgadniane i dostosowywane w fazie projektowania (po podpisaniu umowy).

Ponadto, w opinii Odwołującego wycena nadajników wskazana w lp. 7 na str. 19 wyjaśnień z 12.12.2018 r. obejmuje przede wszystkim transmitters, a jej marginalnym elementem z punktu widzenia kosztowego jest część symulatora stanowiąca adapter między uzbrojeniem a nadajnikiem (w wyjaśnieniach nazwany „makieta”), element ten nie ma zatem jakiegokolwiek istotnego wpływu na wycenę oferty Odwołującego.

d) Ilość masztów stacjonarnych dla LSS.

Zamawiający twierdzi, że rozwiązanie opisane przez Odwołującego w zakresie ilości masztów stacjonarnych jest niezgodne z pkt 7.2.5 WZTT na LSS, zgodnie z którym „W przypadku rozwiązania w układzie masztów stacjonarnych i mobilnych wymaga się rozstawienie tylko jednego masztu stacjonarnego o maksymalnej wysokości dla każdej z czterech lokalizacji LSSS, co potwierdzają także mapki w załącznikach nr 2.1.2.2, 2.3 i 2.4 do WZTT na LSS”, kiedy Odwołujący wielokrotnie konsekwentnie potwierdzał spełnienie tego wymogu (w tym w ad. 2 wyjaśnień z 14.2.2019 r.).

Zdaniem Odwołującego WZTT nie określają konkretnej liczby masztów, jak też wskazanie ich ilości nie było wymagane w ofercie, ich dobór i rozmieszczenie jest elementem kompozycji środków łączności bezprzewodowej, zależy od wielu czynników i stanowi fazę realizacyjną umowy. Na potrzeby wyceny Odwołujący przyjął pewne koncepcyjne założenia, które mogą ulec zmianie i dostosowaniu, po otrzymaniu szczegółowych informacji, m.in. w zakresie drzewostanu, warunków terenowych, parametrów sprzętu radiowego, niezbędnych do ustalenia detali rozwiązań co do środków łączności. Przy kalkulacji Odwołujący opierał się na wynikach pomiarów profesjonalnego narzędzia do symulacji kanałów (opisanego szczegółowo na str. 33 wyjaśnień z 12.12.2018 r., w aktach). W wyjaśnieniach tych (str. 33 - 35) podkreślano, że opisywane są „przykładowe schematy pokrycia terenu sygnałem” oraz „preferowane rozmieszczenie”, co potwierdza wstępny charakter danych. Również w ostatnich

wyjaśnieniach Odwołujący wskazał na możliwość dokonywania korekt w tym zakresie (str. 5). Innymi słowy, wykonawca nie musi trzymać się ściśle ww. koncepcji przy spełnieniu świadczenia i dostosuje się do wyniku uzgodnień w trybie §8 Wzoru umowy, w tym oceny Komitetu Sterującego.

Odwołujący dodał, że dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazuje wyraźnie, że jego zdaniem pkt 7.2.5 WZTT dla LSS zabrania stawiania więcej niż jednego masztu stacjonarnego w lokalizacji. Odwołujący dostosuje szczegóły rozwiązań do interpretacji Zamawiającego, niemniej - według Odwołującego - zwrot „wymaga się rozstawienie tylko jednego masztu stacjonarnego” można odczytywać inaczej - tzn. jako wymóg minimalny, a nie maksymalny. Oznacza to, że wykonawca ma obowiązek postawić minimum jeden maszt stacjonarny w określonej lokalizacji, jednak nie jest zabroniona większa ilość (jeden maszt wypełnia wymóg minimalny, ale nie stanowi ograniczenia dla większej ilości).

W opinii Odwołującego, według słownika języka polskiego PWN „wymagać” to tyle co „nakładać na kogoś obowiązek”. Z kolei partykuła komunikacyjna „tylko” oznacza wg PWN, że mówiący „ogranicza swoją prośbę lub życzenie do minimum”, a więc ustanawia warunek minimalny - tak właśnie gramatyczne znaczenie punktu 7.2.5 WZTT dla LSS mógł odczytać Odwołujący, dokonując wstępnego rozplanowania masztów w sposób racjonalny i rozsądny (wyjaśnienia na str. 4 *in fine* z 14.2.2019 r.), przy czym w orzecznictwie Izby panuje ugruntowana zasada, zgodnie z którą ewentualne wątpliwości odnoszące się do dokumentacji postępowania należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy, lub bez obciążenia go negatywnymi skutkami. Ponadto, według odwołującego, tak jak wskazał powyżej, można zrozumieć wymóg także w oparciu o wyjaśnienia Zamawiającego i mapy poligonów, w tym np. Zał. Nr 2/2 do WZTT dla LSS, gdzie zarysowanych jest wiele czerwonych punktów, oznaczających miejsca postawienia masztu stacjonarnego.

Niezależnie od powyższego, kalkulowane maszty stacjonarne mogą być w sposób bezproblemowy i natychmiastowy na etapie projektowania zastąpione w Projekcie wykonawczym masztami mobilnymi, co w pełni satysfakcjonowałoby wymóg według interpretacji Zamawiającego. Gdyby nie uznać interpretacji Odwołującego, to takie odchylenie należałoby ocenić za marginalne, niezmiernie łatwe do skorygowania (co odbywa się w trybie § 8 Projektu umowy, do czego Odwołujący się dostosuje). Jak wynika z kalkulacji, maszty stacjonarne są droższe od mobilnych (str. 24 - 25 wyjaśnień z 30.1.2019 r., w aktach), stanowiąc jednocześnie marginalny koszt w stosunku do wartości oferty Odwołującego, który znajduje pokrycie w cenie ofertowej Odwołującego.

e) Zarzut ewentualny - art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Nawet gdyby przyjąć, że (i) treść dodatkowych wyjaśnień w zakresie masztów oraz makiet stanowi wiążącą ofertę Odwołującego oraz (ii) opisane rozwiązania są niezgodne

z wskazanymi punktami SIWZ - z czym Odwołujący się stanowczo nie zgadza - to powyższe okoliczności uzasadniałyby co najwyżej poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w opisanym ww. zakresie. Zarzut ten jest stawiany tylko z daleko posuniętej ostrożności procesowej, jako ewentualny, na wypadek nie uwzględnienia przez Izbę zarzutów podniesionych w pierwszej kolejności, opartych o właściwą identyfikację treści oferty Odwołującego. Dyspozycja art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp potwierdza przy tym absurd sytuacji i niedopuszczalność odrzucenia oferty Odwołującego - w kontekście analizy spełnienia przesłanek poprawienia omyłki, to nie treść oferty doznałaby korekty, a *de facto* treść wyjaśnień Odwołującego.

Biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia, tj. najnowocześniejsze technologie symulacji pola walki, wskazane przez Zamawiającego podstawy odrzucenia należy zaklasyfikować - zarówno wartościowo jak i rzeczowo - jako marginalne, drugoplanowe i niemające istotnego znaczenia dla całego projektu (w szczególności nie dotyczą stosowanych technologii).

2. Bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty Saab.

a) Długość okresu gwarancji.

W ramach kryterium długość okresu gwarancji ofercie Saab przyznano maksymalną ilość 20 punktów, co było wynikiem przyznania w poszczególnych podkryteriach maksymalnej ilości punktów przewidywanej przez SIWZ: za KSSPW - 0,5 punktu, za STWPW - 0,25 punktu, za LSS - 0,25 punktu (do daje sumę 20 punktów procentowych po przemnożeniu sumy ww. punktów $\times 100 \times 0,20$, zgodnie z pkt 9.2 SIWZ), Odwołujący nie zgadza się z takim rozstrzygnięciem.

Zaoferowanie okresu gwarancji w wymiarze 60 miesięcy i 1 dzień - niezgodność oferty Saab z SIWZ. Odwołujący przytoczył treść pkt 7.1 i 9 SIWZ, pkt 6 formularza ofertowego i § 10 projektu umowy, po czym wskazał, że obowiązki w zakresie gwarancji obejmują zarówno usuwanie wszelkich wad i naprawy, jak i utrzymanie pełnego zaplecza utrzymaniowego i bezpłatne serwisowanie, obejmujące, m.in. koszty robocizny oraz planowych przeglądów technicznych i napraw, a także instalowanie poprawek producentów komponentów (np. §10 projektu umowy, pkt 8.5.1.4 Załącznika nr 2 do SIWZ, pkt 9.1.4 Załącznika nr 1 i 3 do SIWZ). W Załącznikach nr 1 - 3 do SIWZ dookreślono szczegółowe obowiązki wynikające z udzielonej gwarancji. Między innymi przewidziano, iż w ramach świadczonych usług gwarancyjnych Wykonawca zobowiązany jest, nie rzadziej niż co 12 miesięcy, do przeprowadzenia przeglądu i kalibracji dostarczonego systemu, w tym ostatni przegląd powinien nastąpić w ostatnim miesiącu obowiązywania gwarancji." (pkt 9.2.1.9. załącznika nr 1 do SIWZ oraz pkt 9.2.1.9. załącznika nr 3 do SIWZ). Natomiast w ofercie Saab podano 60 miesięcy i jeden dzień gwarancji.

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, należy uznać, iż oferta Saab jest niezgodna z SIWZ w zakresie informacji podawanych w pkt 6 Formularza ofertowego - określenia długości okresu oferowanej gwarancji jako 60 miesięcy i 1 dzień. Zgodnie z pkt 6 Załącznika nr 5 do SIWZ w ofercie należało podać okres udzielanej gwarancji w miesiącach, i tylko i wyłącznie w miesiącach. Zamawiający nie przewidział podawania i punktowania okresów gwarancyjnych ujętych w jakichś innych jednostkach czasu. Literalna i jasna treść wzoru Formularza oferty nie pozostawiała żadnego marginesu na odmienne interpretacje - wymagano podania tylko i wyłącznie ilości (w miejscu wykropkowanym) miesięcy okresu gwarancyjnego. Powyższe potwierdza także treść § 10 ust. 1 Załącznik Nr 4 do SIWZ, odnosząca się do okresu gwarancji liczonego w miesiącach. Zmiana formularza i wstawienie po słowie „miesiący” również dodatkową ilości dni, stanowi ewidentną zmianę w stosunku do wymaganej treści oferty. Powyższe stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Poza literalnym brzmieniem postanowień SIWZ (Formularza ofertowego), za przyjęciem interpretacji, iż Zamawiający wymagał i oczekiwał podania długości okresu gwarancyjnego jedynie w miesiącach, w opinii Odwołującego, przemawia również szereg innych względów.

Przede wszystkim należy pamiętać o celu i charakterze informacji, do których wymagane oświadczenie Wykonawcy się odnosi. Zamawiający wymagał zaciągnięcia zobowiązania w zakresie wyrażanego w miesiącach okresu gwarancji i zmierzał przy tym do punktowania wydłużenia tego okresu o takie jednostki czasu. Powyższe służyć miało przede wszystkim uzyskaniu realnego wydłużenia okresu, w którym wykonawcy świadczyć będą nieodpłatnie rozległe i kosztowne usługi gwarancyjne. Wydłużenie okresu gwarancji w stosunku do zakładanego progu podawanego w miesiącach o 1 dzień (albo przy przyznaniu takiej możliwości, również o 1 godzinę, 1 minutę czy 1 sekundę - co hipotetycznie mogłoby mieć miejsce) z pewnością nie spełnia powyższego postulatu.

Po drugie wymaganie wydłużania i podawania okresu gwarancyjnego w miesiącach służyć miało porównywalności składanych ofert. Tylko oferty posługujące się w taki sam sposób wyrażanym i opisywanym okresem (w takich samych jednostkach czasu) można uznać za wzajemnie porównywalne. Wskazać zresztą należy, iż w ten sposób wymagania SIWZ zrozumieli wszyscy pozostali oferenci - poza Saab - przedstawiając wydłużenie własnych okresów gwarancyjnych o pełne miesiące.

Oferta Saab jako czyn nieuczciwej konkurencji - niezależnie od powyższego, zaoferowanie wydłużenia okresu gwarancji o 1 dzień stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów UZNK. Zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interesy innego przedsiębiorcy lub klienta. W tym kontekście zaoferowanie przez Saab pozornego

wydłużenia okresu gwarancji ponad 60 miesięcy należy uznać za niemieszczące się w dobrych obyczajach panujących na rynku zamówień publicznych, gdzie wykonawcy powinni konkurować ze sobą ceną i jakością oferowanych robót, dostaw i usług, a nie obchodząc prawo lub postanowienia SIWZ wykorzystywać luki w ich sformułowaniach albo interpretować je w sposób nielicujący z uczciwością kupiecką i lojalnością względem klienta - tu Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego powyższe można zakwalifikować jako stworzenie sytuacji powodującej pośrednio narzucenie klientowi (tu: Zamawiającemu) konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy, a więc czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 2 pkt 2 UZNK. Sytuację tę można również porównać do występujących niegdyś na rynku nieuczciwych praktyk wydłużania przez wykonawców gwarancji do przysłowiowych 100 lat, w przypadku gdy zamawiający „zapominali” ograniczyć w dokumentach przetargowych limit punktacji przyznawany za takie wydłużenie. Działania takie, pomimo, iż formalnie zgodne z SIWZ, uznawano w orzecznictwie za nadużycie prawa podmiotowego i za stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji (KIO 692/15, KIO 369/16). Analogicznie jak w obecnie rozpatrywanym przypadku jedyna realna causa takiego wydłużenia polegała na uzyskaniu jak największej ilości punktów w ramach kryterium, bez adekwatności tej punktacji do przedmiotu zamówienia.

Następnie Odwołujący podniósł, że pod wpływem recepcji prawa UE dotyczącego zamówień publicznych oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, które kładą nacisk na realizację zasad i celów, którym regulacje w tym obszarze mają służyć, nie można dopuszczać do sytuacji, w których z czysto formalnych względów i nazbyt ścisłej i zachowawczej interpretacji przesłanek wykluczenia czy odrzucenia, przyjmowane są oferty nieuczciwe, bez należytej ich oceny w szerszym kontekście zasad i celów przepisów o zamówieniach publicznych. Z punktu widzenia zasad i celów systemu zamówień publicznych, nie można zgodzić się na dyktat ofert nadinterpretujących wymogi i oferujących zamawiającym rozwiązania (np. długość okresu gwarancji), których ci nie przewidzieli, ale winni w ramach należytej profesjonalnej staranności i lojalności względem klienta, dążyć do ich wszechstronnego wyjaśnienia i ustalenia potrzeb klienta/zamawiającego. Dla przykładu wskazać tu można na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt IV CSK 626/13, w którym potwierdzono powyższe.

Dla Odwołującego, w stanie faktycznym niniejszej sprawy, sytuacja jest jeszcze bardziej „czytelna”. Zamawiający w Formularzu oferty (a także w umowie) wyraźnie nakazał oferowanie świadczenia gwarancyjnego w pełnych miesiącach. Formularz oferty wyznacza jednocześnie sposób wskazania oraz zakres informacji ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert. Wydłużenie okresu gwarancji w ofercie Saab o 1 dzień służyło jedynie uzyskaniu maksymalnej punktacji w ramach kryteriów przy jednoczesnym uniknięciu konieczności świadczenia usług gwarancyjnych przez cały dodatkowy miesiąc. Tego typu zabieg

spowodował znaczne oszczędności kosztowe po stronie Saab. Biorąc pod uwagę, iż zabieg ten dotyczył trzech różnych typów systemów, które są zamawiane w łącznej ilości 10 sztuk, daje to łączne skrócenie wykonywania obowiązków dla poszczególnych systemów o prawie 10 miesięcy. Powyższe ewidentnie więc służyło jedynie obejściu postanowień SIWZ w zakresie wydłużania okresu gwarancji w miesiącach i przy minimalnych nakładach uzyskanie maksymalnej punktacji.

Ponadto, w ten sposób oferta Saab narusza interesy zarówno podmiotu konkurencyjnego - Odwołującego, jak i Zamawiającego. Interesy Odwołującego są naruszone, ponieważ na skutek sprzecznego z dobrymi obyczajami działania Saab, Odwołujący zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Natomiast interesy Zamawiającego doznają uszczerbku, ponieważ Zamawiający nie otrzyma okresu gwarancji, który otrzymać powinien (61 miesięcy).

Zawyżona punktacja oferty Saab w ramach kryterium dot. okresu gwarancji – w przypadku braku podzielenia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów zmierzających do odrzucenia oferty Saab jako niezgodnej z treścią SIWZ i stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji (w związku z przedstawianymi wyżej okolicznościami faktycznym), wobec braku wydłużenia okresów gwarancyjnych w sposób realny i przewidywany w SIWZ, Odwołujący postuluje o obniżenie punktacji przyznanej ofercie w ramach kryterium długości okresu gwarancji do wymiaru opisanego we wnioskach odwołania.

Zamawiający we wszystkich podkryteriach kryterium długości okresu gwarancji przyznał ofercie Saab maksymalną liczbę punktów, tj. za KSSPW - 0,5 punktu, za STWPW - 0,25 punktu, za LSS - 0,25 punktu. Według Odwołującego liczba przyznanych ofercie Saab punktów w kryterium długości okresu gwarancji powinna być obniżona do zera albo obniżona do następującego wymiaru: za KSSPW - 0,4 punktu, za STWPW - 0,2 punktu, za LSS - 0,2 punktu; co daje łączne obniżenie punktacji w ramach tego kryterium o 0,2 punktu.

Pierwszy z powyższych wniosków ewentualnych (obniżenie punktacji do 0 pkt) opiera się na okoliczności, iż na potrzeby kryteriów oceny ofert Zamawiający oczekiwał podania długości okresu gwarancji w pełnych miesiącach. W związku z tym, iż nie jest możliwe przeliczenie dni na miesiące, należy przyjąć, że oferta Saab w zakresie wydłużenia okresu gwarancji nie odpowiada wymaganiom SIWZ dotyczącym podawania danych w ramach kryteriów oceny ofert i w ogóle nie powinna być punktowana.

Natomiast drugi wniosek (obniżenie punktacji) motywowany jest okolicznością, iż samo wydłużenie ponad 60 miesięcy było w tym przypadku pozorne i nie odpowiadało wymaganiom SIWZ w zakresie wydłużenia w miesiącach, nie stanowiąc dla Zamawiającego żadnej realnej korzyści uzasadniającej punktację. Skoro więc wykonawca Saab nie wydłużył okresu gwarancji o co najmniej jeden pełny miesiąc ponad wskazane 60 miesięcy, nie powinien

otrzymać maksymalnej liczby punktów w danym kryterium, ale winien otrzymać liczbę punktów przewidzianą w SIWZ dla okresu 60-miesięcznego.

b) Stacje Robocze SD oraz Stacje Graficzne SG.

Zamawiający wymagał wskazania w ofercie określonych podzespołów oferowanych Stacji Roboczych SD oraz Stacji Graficznych SG (w szczególności poprzez wskazanie oznaczeń i kodów producenta) spełniających wymagania SIWZ oraz Wykazu (por. pkt 3.11 SIWZ, pkt 14.1 i 14.2 Formularza oferty). Jednocześnie Zamawiający nie dopuścił do żadnych odstępstw w zakresie tych wymagań, co jest logiczne, skoro gdyby oferent mógł odstąpić od jednego z wymagań, to inny także mógł odstąpić od innego z wymagań, itd. W konsekwencji Zamawiający otrzymałby oferty na zupełnie inny sprzęt niż wyspecyfikowany, co jest niedopuszczalne, a jednak miało miejsce m.in. w przypadku oferty Saab.

Oferta Saab powinna zostać odrzucona z uwagi jej niezgodność z treścią SIWZ co do oferowanych Stacji Roboczych SD oraz Stacji Graficznych SG, w następującym zakresie:

– Brak złącza PCI 32bit w podzespolu płyta główna w Stacji Roboczej SD.

Zamawiający w pkt. 14.3.1 Formularza oferty wymagał, aby zaoferowana Stacja Robocza SD posiadała płytę główną z wbudowanymi 4 złączami PCI: 1 niezajętym złączem PCI Express x16 3 generacji, 1 niezajęte złącze PCI Express x4; 1 niezajęte złącze PCI Express x1, 1 niezajętym złączem PCI 32bit. Zamawiający podkreślił, że wymagana ilość i rozmieszczenie (na płycie głównej) wszystkich złącz nie może być osiągnięta w wyniku stosowania konwerterów, przejściówek czy kart rozszerzeń, itp. Powyższy wymóg techniczny znajduje się również w pkt 2.2.3 Wykazu - „Stacja robocza SD (xyz)”(strona 43 Wykazu).

W pkt 14 11 Formularza oferty, Saab zaoferował Stację Roboczą SD firmy HP Z2 o oznaczeniu podzespołu płyty głównej: „HP Z2 TWR G4 WKS”. Oznaczenie płyty głównej „HP Z2 TWR G4 WKS” - zgodnie z oficjalnymi dokumentami producenta - wskazuje, że zaoferowana przez Saab płyta nie zawiera - wbrew wymaganiom Zamawiającego - wbudowanego złącza PCI 32bit.

Przy tym niemożliwym jest dostosowanie płyty głównej zaoferowanej przez Saab o dodatkowe złącze PCI 32 bit, ponieważ oznaczałoby to naruszenie wymogu „wbudowania” oraz konieczność zastosowania - jednoznacznie zabronionych przez SIWZ - konwerterów, przejściówek lub kart rozszerzeniowych. W ocenie Odwołującego wymóg SIWZ - jednoznaczny i precyzyjny - ma także swoje funkcjonalne uzasadnienie, bowiem często tylko i wyłącznie przez takie złącze możliwa jest komunikacja specjalistycznych urządzeń z nowymi komputerami, a komunikacja ta bardzo często nie działa w przypadku zastosowania przejściówek do nowszego typu portów.

– Brak wskazania oznaczeń handlowych i kodów producenta dla karty sieciowej i dźwiękowej w Stacji Roboczej SD i Stacji Graficznej SG.

W pkt. 14.1 (Stacja Robocza SD) i 14.2 (Stacja Graficzna SG) Formularza oferty wykonawcy byli zobligowani do przedstawienia konkretnego rodzaju produktu/sprzętu informatycznego o konkretnych parametrach - oznaczeniach i kodach producenta.

Saab w punktach 14.1.7-8 i 14.2.7-8 Formularza oferty w zakresie podzespołu karty sieciowej oraz karty graficznej obu Stacji wskazał jedynie, że karty są „zintegrowane”. Saab nie wskazał, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, oznaczenia handlowego oraz kodu producenta ofertowanej przez siebie karty sieciowej i dźwiękowej dla obu Stacji. Innymi słowy, wykonawca ten nie sprecyzował swojej oferty w zakresie wymaganym przez Zamawiającego i nie przedstawił wszystkich wymaganych treścią SIWZ informacji.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Powyższe zaniechanie nie pozwala Zamawiającemu zweryfikować czy dana karta sieciowa/dźwiękowa zaoferowana przez Saab spełnia wymogi określone w pkt. 14.3.7-8 oraz 14.4.7-8 Formularza oferty.

– Nieprawidłowa pamięć RAM w Stacji Roboczej SD.

Zgodnie z wymaganiami technicznymi oferowanych podzespołów Stacji Roboczej SD, zawartymi w pkt. 14.3.3 Formularza ofertowego, wykonawcy zobowiązani byli zaoferować stację, której pamięć RAM wynosi 16 GB (2x8192 MB). Zamawiający żądał zatem podzespołu pamięci o łącznej wielkości RAM 16 GB, składającej się z 2 złącz po 8192 MB.

Saab w pkt 14.1.3) Formularza w kolumnie „kod producenta” wskazał „2ZR67AV”. Podany przez Saab kod producenta wskazuje, że zaoferowana pamięć RAM Stacji roboczej SD jest wielkości 2x4GB, co łącznie daje 8GB, a zatem jest niezgodna z wymogiem Zamawiającego zaoferowania pamięci o pojemności 16 GB.

W opinii Odwołującego ilość pamięci RAM jest wymaganiem ostrym, podobnie jak w przypadku mocy zasilacza, czy prędkości procesora. W przypadku mniejszej niż wymagana ilości pamięci RAM niektóre aplikacje mogą nie działać w ogóle lub działać zbyt wolno, uniemożliwiając ich prawidłową eksploatację.

– Brak złącza PCI express 1 (płyta główna) dla Stacji Graficznej SG oraz nieprawidłowa wielkość dysku.

Zamawiający w pkt 14.4.1 Formularza ofertowego oraz pkt. 2.2.4 Wykazu (strona 44) wymaga, aby dostarczony komputer posiadał następującą ilość slotów PCI (wymagania minimalne 4 x PCI-Express 3.0x16 3 generacji, 1 x PCI-Express x4 (wolne) 3 generacji, 1 x PCI-Express x 1 (wolne) 3 generacji. Zamawiający jednocześnie podkreśla, że wymagana ilość slotów PCI Express nie może być osiągnięta w wyniku stosowania konwerterów, przejściówek, itp.

Saab w pkt 14.2.1 Formularza ofertowego, zaoferował Stację Graficzną SG „HP Z2” o oznaczeniu handlowym podzespołu płyty głównej: „HP Z8 G4 WKS”, co zgodnie z oficjalnymi dokumentami producenta HP oznacza, że płyta główna posiada następujące złącza: 1 PCI-express x4, 1 szt. PCI-express x8 i 4 szt. PCI-express x16. Oznaczenie płyty głównej „HP

Z8 G4 WKS” jednoznacznie wskazuje, że w zaoferowanej płycie głównej brakuje złącza „1x PCI-Express x1 (wolne) 3 generacji”, co stoi w sprzeczności z treścią SIWZ.

Ponadto, Zamawiający wymagał w pkt 14.4.1 Formularza ofertowego, aby płyta główna w Stacji Graficznej SG miała możliwość obsługi dysków 3,5 do łącznie 48 TB. W pkt 14.2.1 Formularza ofertowego, Saab zaoferował płytę główną dla Stacji Graficznej SG o oznaczeniu „HP Z8 G4 WKS”. Zgodnie ze specyfikacjami technicznymi HP, płyta główna o ww. oznaczeniu obsługuje dyski do łącznej wielkości 20TB, a nie jak żądał Zamawiający do łącznej wielkości 48TB.

– Nieprawidłowy typ dysku twardego oraz nieprawidłowa pojemność dysku twardego HDD w Stacji Graficznej SG.

Zgodnie z pkt. 14.4.4 Formularza oferty oraz pkt 2.2.4, kolumna „dysk twardy” pkt j) Wykazu, Zamawiający wymagał dostarczenia Stacji Graficznej SG składającej się z następujących dysków: 1 x 1000 GB SSD oraz 2 x 6 TB SATA 3 7200 rpm - dyski HDD zamontowane w wyjmowanych kieszeniach. Zamawiający wymagał zatem dostarczenia dwóch typów dysków: jednego dysku typu SSD (pkt. a) powyżej) oraz 2 dysków typu HDD (pkt b) powyżej). Tymczasem Saab w pkt. 14.2.4 Formularza ofertowego zaoferował jeden dysk twardy o oznaczeniu: 1*1 TB 7200RPM SATA 3,5IN oraz kodzie producenta: Z5J60AV.

Powyższe oznaczenie (1*1TB 7200RPM SATA 3,5IN) jednoznacznie wskazuje, że Saab zaoferował dysk typu HDD, zamiast dysku typu SSD, co wynika w szczególności z następujących okoliczności: po pierwsze, wskazanie przez Saab dla określenia zaoferowanego dysku parametru 7200 obrotów na minutę („RPM” z ang. Revolutions per minute) potwierdza wyraźnie zaoferowanie dysku HDD. Wartość RPM wykorzystywana jest do określenia prędkości obrotowej talerza stanowiącego część dysku HDD. Dysk SSD nie zawiera w swojej konstrukcji żadnych ruchomych elementów, w tym również talerza - a co za tym idzie nie jest możliwe opisanie dysku SSD za pomocą takiego parametru. Po drugie, dyski półprzewodnikowe (dyski SSD) nie występują w formacie (rozmiarze) 3,5 cala, a jedynie w formacie 2,5 cala. W formacie 3,5 cala dostępne są natomiast tylko dyski HDD. Po trzecie, podany przez Saab kod producenta (Z5J60AV) przypisany jest dyskowi HDD.

Zaoferowanie dysku magnetycznego zamiast dysku opartego na półprzewodnikach (HDD vs SSD) jest niedopuszczalne, ponieważ urządzenia te to dwie różne technologie. Dyski HDD, tradycyjne, które zaoferował Saab, są wolniejsze, bardziej awaryjne, pozwalają na wykonywanie mniejszej ilości operacji zapisu i odczytu na sekundę, zużywają więcej prądu i są dużo tańsze.

W ocenie Odwołującego powyższe oznacza, że wykonawca Saab zaoferował tylko dysk twardy typu HDD, co jest niezgodne z ww. treścią SIWZ. Oferta Saab w ogóle nie opiewa na wymagany przez Zamawiającego dysk SSD.

Ponadto, Zamawiający wymagał dostarczenia dwóch dysków HDD o pojemności 6TB każdy (terabajtów, czyli 6 000 GB). Potwierdza to wymóg zawarty w pkt. 14.4.4 Formularza ofertowego, w którym Zamawiający wskazał pojemność pojedynczego dysku HDD: 2 x 6 TB SATA3 7200 rpm.

Wykonawca Saab, w pkt 14.2.4 Formularza ofertowego zaoferował dysk twardy typu HDD o oznaczeniu: „2*6TB 7200 SATA Enterprise 3,5in 3rd” oraz kodzie producenta: „Z5J87AV”. Określenia w zakresie pojemności dysku HDD ze sobą sprzeczne, bowiem kod producenta określony przez Saab jako Z5J87AN/ oznacza dysk o oznaczeniu HP 4TB 7200RPM SATA 3,5 in, czyli dysk o pojemności 4TB, a zatem o pojemności o 1/3 mniejszej niż wymagany w SIWZ.

W tym przypadku Zamawiający jasno sprecyzował minimalną pojemność dysków, jakiej oczekuje od oferentów a mimo to Saab zaoferował dyski o dużo niższej pojemności, co może w praktyce oznaczać, że Zamawiający nie będzie mógł wykorzystać stacji roboczych w sposób, jaki zaplanował. Z uwagi na wskazanie przez Saab dwóch sprzecznych ze sobą parametrów, wskazujących na odmienne typy dysków i ich pojemności, Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować jaki podzespół dysku twardego dla Stacji Graficznej SG dostarczy wykonawca Saab. Obie deklaracje Saab w zakresie tego samego podzespołu ze sobą sprzeczne i świadczą o niezgodności zaoferowanego podzespołu z wymaganiami SIWZ.

c) Formularz cenowy Saab - niezgodność oferty z treścią SIWZ, błąd w obliczeniu ceny, czyn nieuczciwej konkurencji, nielegalne negocjacje.

Odwołujący wskazał, że obowiązkiem Wykonawców było prawidłowe wypełnienie Formularza cenowego, w tym wskazanie wszystkich wymaganych wartości. Saab złożył ofertę, która w odniesieniu do wartości i cen zawiera następujące błędy: brak wskazania wartości dokumentacji technicznej (DT) dla danego systemu LSS, KSSPW oraz STWPW, brak wskazania łącznej wartości LSS, łącznej wartości KSSPW, łącznej wartości STWPW, sprzeczność informacji w zakresie relacji ceny szkoleń do cen danego systemu LSS, KSSPW oraz STWPW i błędy we wszystkich wartościach wskazanych w ostatniej kolumnie Formularza cenowego Saab dla LSS i KSSPW, a także błędy w rozbiściu wartości umowy na poszczególne lata 2019, 2020 i 2021.

Zamawiający, aż dwukrotnie, bezprawnie zmodyfikował i uzupełnił ofertę Saab w ww. zakresie, prowadząc nieuprawnione negocjacje, tj.: pismem z dnia 26.11.2018 r., na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp poprawił ofertę Saab poprzez zmianę wszystkich pozycji w ostatniej kolumnie Formularza cenowego dla LSS i STWPW, wartości brutto umowy oraz wartości umowy w rozbiściu na poszczególne lata, pismem z dnia 18.06.2019 r., na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Saab do (i) potwierdzenia, że ceny jednostkowe LSS, KSSPW oraz STWPW uwzględniają wartość odpowiedniej DT, oraz (ii) wskazania wartości DT osobno dla LSS, KSSPW i STWPW z uwagi na brak tych (wymaganych) danych w ofercie. Wykonawca

Saab pismem z dnia 19.06.2019 r. potwierdził uwzględnienie DT w cenach symulatorów oraz wskazał wartości DT, dla LSS-731 673 PLN, dla KSSPW-2 155 811 PLN i dla STWPW 151 806 PLN. Kwoty te w żaden sposób nie wynikają z treści oferty.

Zamawiający natomiast nie poprawił błędów w ofercie Saab polegających na braku wskazania wartości łącznej LSS, wartości łącznej KSSPW i wartości łącznej STWPW.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, mimo wyraźnego i bezspornego wymogu wskazania wartości DT dla każdego systemu, wszystkie pozycje w - łącznie trzech - wierszach „DT” Formularza cenowego Saab pozostały niewypełnione. Niezależnie od przyczyny pozostawienie niewypełnionego formularza świadczy o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Przy czym, w opinii Odwołującego, niezgodności tej nie można wyeliminować poprzez poprawienie oferty Saab, dlatego Zamawiający bezprawnie zażądał uzupełnienia tych pozycji. W żaden sposób na podstawie treści oferty nie da się odczytać intencji wykonawcy zarówno co do tego, czy w ogóle opracowanie i przekazanie DT zostało zaoferowane, a także co do wartości oferowanych trzech różnych rodzajów DT. Wynika to co najmniej z trzech następujących okoliczności.

Po pierwsze, wartości wskazanych przez Saab w odpowiedzi na wezwanie, tj. w piśmie z dnia 18.06.2019 r. nie wynikają nawet pośrednio z treści oferty Saab, a ich przyjęcie przez Zamawiającego jest przejawem niedozwolonej zmiany treści oferty po upływie terminu jej złożenia. Saab mógł po terminie składania ofert w zasadzie dowolnie określić tę wartość i tym samym dowolnie ukształtować swoje oświadczenie woli.

Po drugie, na podstawie analizy per analogiam treści oferty Saab w odniesieniu do szkoleń (poniżej), równie prawdopodobne jest, że wartość DT nie jest w ogóle uwzględniona w cenie danych systemów. Zwrócił na to uwagę Zamawiający, dopytując w ww. piśmie, czy wartość DT została ujęta w cenie systemów. Niemniej jednak, potwierdzenie tej okoliczności przez Saab w wyjaśnieniach z 19.6.2019 r. stanowi uzupełnienie oferty.

Po trzecie. Saab nie wypełnił żadnej z rubryk „Łączna wartość LSS (wliczając szkolenie i DT)”, „Łączna wartość KSSPW (wliczając szkolenie i DT)”, „Łączna wartość STWPW (wliczając szkolenie i DT)”. Samo w sobie stanowi to o niezgodności oferty z treścią SIWZ (skoro Zamawiający wymagał tych informacji) oraz potwierdza brak możliwości uzupełnienia Formularza cenowego zarówno o wartości DT, jak i o łączną wartość poszczególnych systemów. Bez znajomości łącznej wartości systemów Saab nie sposób wydedukować, czy wartość DT została uwzględniona w tych cenach, a tym bardziej jej wartości.

W takiej sytuacji nie można także ustalić wartości końcowej oferty Saab (ostatni wiersz), a przez to dokonać poprawnej oceny ofert w ramach ustalonych kryteriów. Zamawiający naruszył zatem w sposób rażący art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz zasady wyjaśniania i korygowania treści ofert wynikające z art. 87 ust. 1 i 2 Pzp.

Następnie Odwołujący zaznaczył, że w formularzu cenowym Saab brakuje określenia łącznej wartości systemów, a oferowana wartość umowy nie odpowiada zaoferowanym cenom jednostkowym. Zamawiający - nie wiadomo na jakiej podstawie - uznał, iż łączna wartość całej umowy „została błędnie wyliczona przez Wykonawcę poprzez ponowne uwzględnienie wartości szkoleń i „omyłkowo powiększa wartość całej umowy”. Tym samym, Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprawił Formularz cenowy Saab w sposób wskazany w zawiadomieniu z 26.11.2018 r., pomniejszając łączną wartość umowy o wartość szkoleń.

W ocenie Odwołującego działanie to było bezprawne, gdyż z treści oferty Saab nie wynika, gdzie nastąpił błąd, tj. czy intencją tego wykonawcy było rzeczywiście wliczenie wartości szkoleń w ceny jednostkowe systemów (zgodnie z wymaganiami), czy też odwrotnie - ceny jednostkowe systemów nie uwzględniały wartości szkoleń. I jedna i druga interpretacja jest hipotetycznie możliwa, przy czym biorąc pod uwagę treść Formularza cenowego Saab wiele okoliczności wskazywało na inny niż przyjęty przez Zamawiającego sposób wykładni tej oferty.

Po pierwsze, wartość brutto całej umowy w ofercie Saab stanowi sumę cen systemów oraz wartości szkoleń (dla trzech rodzajów systemów). Po drugie, wartości w rozbiciu na poszczególne lata realizacji umowy również stanowią sumę cen danych systemów (dostarczanych w poszczególnym roku) oraz szkoleń. Skoro zatem w czterech miejscach oferty wykonawca osobno traktuje cenę systemu oraz cenę szkoleń, to trudno jednoznacznie wskazać, że jednak wartość szkoleń jest uwzględniona w cenach systemów. Oferta Saab w tym zakresie jest wewnętrznie sprzeczna, a sprzeczności tej nie można wyeliminować przy pomocy zabiegów interpretacyjnych dozwolonych treścią Pzp.

Biorąc pod uwagę miernik staranności wymagany od wykonawców (przedsiębiorców) oraz towarzyszące tej sytuacji okoliczności, w opinii Odwołującego, Zamawiający nie miał zatem podstaw do poprawienia tego elementu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, nie miał bowiem wystarczających podstaw aby niewątpliwie twierdzić, że łączna wartość całej umowy została „błędnie wyliczona przez wykonawcę poprzez ponowne uwzględnienie” wartości szkoleń i „omyłkowo powiększa wartość całej umowy”. Wartość szkoleń w ofercie Saab nie znajduje jednoznacznego umiejscowienia w Formularzu cenowym. Tak samo „prawdopodobny” jest wariant „z wliczeniem” cen szkoleń do cen systemów, jak i z ich „niewliczeniem. Przesądza to o braku oczywistego charakteru błędu, co jednocześnie ma istotny wpływ na końcową cenę oferty stanowiącą kryterium oceny ofert.

Dokonując czynności wskazanych w punkcie 2 i 3 zawiadomienia z dnia 26.11.2018 r. skierowanego do Saab - poprzez pomniejszenie ceny ofertowej Saab o wartość szkoleń - Zamawiający w istocie zmienił w sposób niedopuszczalny ofertę Saab. Zamawiający wykreował nowe oświadczenie woli wykonawcy w zakresie zaoferowanej ceny, którego ten nie złożył w treści oferty.

Odwołujący dodał, że ilość błędów w Formularzu cenowym Saab uniemożliwia odkodowanie rzeczywistej intencji Saab co do wartości DT dla każdego systemu, wartości szkoleń (czy są ujęte w cenie systemu czy nie), a w konsekwencji łącznej wartości poszczególnych rodzajów systemów i ceny ofertowej. Wykonawca Saab dopuścił się przy tym na tyle istotnych naruszeń, iż można je także zakwalifikować jako błędy w obliczeniu ceny, w szczególności wynikające z nieuwzględnienia obowiązkowych elementów w cenie systemów (szkolenia i DT) lub nie wycenienia w ogóle istotnych elementów (DT). Skala naruszeń jest tak rozległa, że nie sposób także mówić o nieistotnych omyłkach czy pominięciach.

Z powyższego dla Odwołującego wynika, że oferta Saab powinna zostać także odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, bowiem zawiera błędy w obliczeniu ceny. Wykonawca nie przedstawił wyceny obowiązkowych elementów przedmiotu zamówienia i zaoferował realizację zamówienia w podstawowym kryterium oceny na podstawie sprzecznych ze sobą danych cenowych, niekwalifikujących się jako oczywiste omyłki.

3. Bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PGZ.

a) Zasilacz do stacji Roboczej SD - niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał, że PGZ w pkt 14 ppkt 1) 6 Formularza ofertowego zaoferował zasilacz o kodzie: DELL L260EPM-00. Zatem PGZ zaoferował więc zasilacz o mocy 260W, co stoi w sprzeczności z treścią SIWZ – w pkt 14 ppkt 3) 6 Formularza ofertowego oraz pkt 2.2.3 Wykazu w zw. z pkt 3.11 SIWZ Zamawiający wymagał „zasilacza o mocy (ciągłej) maksymalnie 250W pracującego w sieci 230V 50/60 Hz prądu zmiennego i sprawności nie mniejszej niż 92% przy 50% obciążeniu zasilacza”.

Wymóg zasilacza o mocy nieprzekraczającej 250W jest jasno sprecyzowany i istotny. Zamawiający wymagał podania szczegółów zasilaczy, wybierając akurat ten parametr do skonkretyzowania w ofercie, jako jeden z niewielu spośród tysięcy wymogów technicznych. Oferent miał czas na zadanie pytania czy może zaoferować zasilacz o większej mocy. Trzeba pamiętać, że zasilacze o wyższej mocy zużywają więcej energii, są mniej ekologiczne, ich ogólny koszt posiadania podczas całkowitego czasu eksploatacji jest wyższy niż zasilacza o mniejszej mocy. Dodatkowo, w przypadku większej ilości stacji (jak w Postępowaniu) może mieć to wpływ na bezpieczne korzystanie z infrastruktury.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że zaoferowanie przez PGZ zasilacza 260 W jest niezgodne z pkt 3.11 SIWZ, 2.2.3 Wykazu oraz 14.3.6 Formularza ofertowego, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum PGZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

b) Dokumentacja techniczna - niezgodność oferty z SIWZ, błąd w obliczaniu ceny lub kosztu.

Konsorcjum PGZ złożyło ofertę, w której brak jest wskazania wartości dokumentacji technicznej dla danego Systemu (wszystkie pozycje w łącznie trzech wierszach „DT” Formularza cenowego Konsorcjum PGZ pozostawiło niewypełnione).

Wymóg wskazania wartości DT w Formularzu cenowym był bezsporny, co wynika bezpośrednio z arkusza ofertowego oraz zostało również potwierdzone w piśmie Zamawiającego kierowanym do Konsorcjum PGZ w dniu 18.06.2019 r., w którym Zamawiający jednoznacznie wskazał, że „wymagał, aby w arkuszu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ, w zestawieniu tabelarycznym cen, Wykonawcy określili wartość DT będącej składową wartością poszczególnych symulatorów” oraz, że Konsorcjum PGZ „nie zastosowało się do wymagań Zamawiającego w tym zakresie i nie podało wartości DT dla LSS, KSSPW oraz STWPW”.

Zamawiający w ww. piśmie wezwał Konsorcjum PGZ o określenie wartości DT oddzielnie dla LSS, KSSPW oraz STWPW. W odpowiedzi z dnia 19.06.2019 r. Konsorcjum PGZ wskazało, że : wartość brutto DT dla LSS wynosi 558 182,00 zł, wartość brutto DT dla KSSPW wynosi 832 754,00 zł i wartość brutto DT dla STWPW wynosi 365 787,00 zł, oraz że ceny jednostkowe LSS, KSSPW, STWPW uwzględniają wartość odpowiednich DT.

W opinii Odwołującego Nieuzupełnienie wymaganych pozycji DT wszystkich Systemów oznacza niezgodność treści oferty Konsorcjum PGZ z SIWZ, która jest nieusuwalna - w ofercie Konsorcjum PGZ nie ma żadnych danych ani informacji pozwalających na samodzielne wydedukowanie przez Zamawiającego kwot wartości DT wskazanych w piśmie PGZ z 19.06.2019 r., ani czy wartość DT jest rzeczywiście uwzględniona w cenach systemów, a w konsekwencji czy DT została w ogóle zaoferowana. Zamawiający dopuścił więc uzupełnienia oferty PGZ, z naruszeniem art. 87 ust. 1 - 2 Pzp.

Dokumentacja techniczna DT, w tym związana z nią licencja (por. § 18 Wzoru umowy) jest istotną częścią oferowanych systemów symulacji pola walki, stanowiąc kluczowy element przedmiotu zamówienia (pkt 3.1 ppkt 4 oraz pkt 3.6 SIWZ oraz § 1 ust. 5 Wzoru umowy). Dokumentacji technicznej są poświęcone zarówno szczegółowe Instrukcje MON, jak i poszczególne WZTT dla danego systemu oraz postanowienia wzoru umowy (por. np. § 6 ust. 8 i nast. wzoru umowy, pkt 11 WZTT dla KSSPW, pkt 10 WZTT dla STWPW oraz pkt 11 WZTT dla LSS). Skoro Zamawiający wymagał podania wartości DT, to należy przyjąć, że ma ona istotne znaczenie.

Konsorcjum PGZ w ofercie w ogóle nie wskazało wartości oferowanej DT dla żadnego z systemów (wszystkie pozycje w - łącznie trzech - wierszach „DT” Formularza cenowego pozostawił niewypełnione). Z treści oferty Konsorcjum PGZ nie wynika zatem w ogóle zobowiązanie do dostarczenia w ramach zamówienia DT dla systemów. Niewypełnienie pozycji „Wartość” dla dokumentacji technicznej DT oznacza niezgodność treści oferty z SIWZ i to niezgodność nieusuwalną z uwagi na istotny i nieoczywisty charakter - w ofercie nie ma żadnych danych pozwalających na jej samodzielne poprawienie, a zatem nie nadaje się ona do poprawienia przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, a tym bardziej wyjaśnieniu

z art. 87 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał również na treść pisma Zamawiającego z 18.06.2019 r., będące wezwaniem do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący podsumował, że oferta Konsorcjum PGZ podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) i zawierająca błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp) i naruszeniem art. 87 ust. 1-2 Pzp było zwrócenie się przez Zamawiającego i przyjęcie od Konsorcjum PGZ uzupełnienia tych wartości. Konsorcjum mogło w zasadzie, już po upływie terminu składania ofert, dowolnie je określić i tym samym dowolnie ukształtować swoje oświadczenie woli w tym zakresie. Nie sposób ustalić tych wartości bez dodatkowych oświadczeń ze strony wykonawcy, co jest niedopuszczalne i stanowiło niedozwolone negocjacje pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą.

Dalej Odwołujący zaznaczył, że posiadanie przez Zamawiającego informacji o wartości dokumentacji technicznej jest także kluczowe dla realizacji przez Zamawiającego obowiązków publicznoprawnych wynikających z ustaw podatkowych. Podanie wymaganej SIWZ wartości dokumentacji technicznej (tj. wartości licencji na użytkowanie utworu, jakim jest dokumentacja techniczna - por. § 18 Wzoru umowy) jest konieczne do prawidłowego, zgodnego z prawem i interpretacjami organów podatkowych określenia podstawy opodatkowania należności licencyjnych i ustalenia wysokości zryczałtowanego podatku dochodowego od osób prawnych.

Uwzględniając powyższe, według Odwołującego, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Konsorcjum PGZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na powyższe odwołania, w formie pisemnej, wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględnił oba odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestników postępowania:

- wykonawcę SAAB AB, Brköderna Ugglas Gata, SE-581 88 Linköping, Szwecja (dalej zwany jako „wykonawca Saab”), zgłaszającego przystąpienie w sprawie o sygn. akt: KIO 1383/19 i KIO 1396/19, po stronie zamawiającego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Elbit Systems Ltd., P.O.B. 539 Haifa 31053 Izrael, RUAG Defence France SAS, Zone Albipôle, Chemin Jean Thomas, 81150 Terssac, Francja, Autocomp Management Sp. z o.o., ul. 1 Maja 36, 71-627 Szczecin (dalej zwani również jako „konsorcjum Elbit”), zgłaszających przystąpienie w sprawie o sygn. akt: KIO 1383/19 po stronie zamawiającego,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Polska Grupa Zbrojeniowa S.A., ul. J. Malczewskiego 24, 26-609 Radom, Thales AVS France SAS, 75-77 Avenue Marcel Dassault, 33700 Merignac, Francja i Thales Polska Sp. z o.o., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa (dalej zwani również jako „konsorcjum PGZ”), zgłaszających przystąpienie w sprawie o sygn. akt: KIO 1396/19 po stronie zamawiającego,

W związku z uwzględnieniem odwołań w całości przystępujący po stronie zamawiającego wnieśli sprzeciw:

- przystępujący Saab w zakresie uwzględnienia odwołania sygn. akt KIO: 1383/19 i KIO 1396/19, co do zarzutów dotyczących jego oferty, ponadto w sprawie KIO 1396/19 w zakresie zarzutów dotyczących oferty odwołującego,
- przystępujący konsorcjum Elbit w zakresie uwzględnienia odwołania sygn. akt KIO: 1383/19, co do zarzutów dotyczących jego oferty,
- przystępujący konsorcjum PGZ w zakresie uwzględnienia odwołania sygn. akt KIO 1396/19 co do zarzutów dotyczących jego oferty oraz w zakresie zarzutów dotyczących oferty odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i stanowiskach procesowych przystępujących, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami, korespondencją wymienianą w toku postępowania pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie strony i uczestnicy postępowania podtrzymali stanowiska złożone pisemnie – ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności skład rozpoznający spór ustalił, iż połączone do wspólnego rozpoznania sprawy zostały wniesione przez podmioty uprawnione, posiadające legitymację materialną do wniesienia środków zaskarżenia, a także, że odwołania dotyczą materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlegają kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba ustaliła również, że odwołania podlegają rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołań i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Dalej skład orzekający stwierdził, iż w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego odwołań i wobec braku sprzeciwu w zakresie:

- a) w sprawie KIO 1383/19 co do zarzutów dotyczących:
 - oferty konsorcjum Cubic Defense Applications Inc. w San Diego (USA), Unitronex Poland Sp. z o.o. w Warszawie, „Siltec” Sp. z o.o. w Pruszkowie, Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie,
 - b) w sprawie KIO 1396/19 co do zarzutów dotyczących:
 - oferty konsorcjum Cubic Defense Applications Inc. w San Diego (USA), Unitronex Poland Sp. z o.o. w Warszawie, „Siltec” Sp. z o.o. w Pruszkowie, Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie,
 - oferty wykonawcy Rheinmetall Electronics GmbH w Bremen (Niemcy),
- orzekanie w powyższym zakresie, co do którego przestał istnieć spór, stało się bezprzedmiotowe, zatem Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym przedmiocie, co znalazło odzwierciedlenie w punktach 1 tenoru sentencji wyroku.

W oparciu o akta sprawy odwoławczej, określone we wcześniejszej części uzasadnienia, skład orzekający ustalił, iż stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny.

Rozpoznawany przez Izbę spór w sprawie o sygn. akt: KIO 1383/19 dotyczył oceny:

- czy zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Saab, kiedy jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 p.z.p.),
- czy zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Saab, kiedy jego oferta zawiera nieprawidłowe wyliczenie ceny, w tym jest sprzeczna z treścią SIWZ i nie mogła zostać poprawiona przez zamawiającego jako oczywista omyłka rachunkowa, jak również nie jest to inna omyłka (art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p. i art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.),
- w konsekwencji powyższego, czy zamawiający nie naruszył zasad naczelných zamówień publicznych, określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący, w sposób ewentualny, postawił zamawiającemu zarzuty naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p. i art. 7 ust. 1 p.z.p., co do czynności odmowy udostępnienia odwołującemu informacji, które konsorcjum Elbit i wykonawca Saab zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z treścią odwołania. Odwołujący we wniesionym środku zaskarżenia zaznaczył i podkreślał na rozprawie, że zarzuty te Izba powinna rozpoznać li tylko w sytuacji nieuwzględnienia któregokolwiek z zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Saab i uwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołania złożonego przez konsorcjum Elbit (sygn. akt: KIO 1396/19) i przywrócenia tego wykonawcy do postępowania.

Natomiast spór rozpoznawany w sprawie o sygn. akt: KIO 1393/19 dotyczył oceny:

- czy zamawiający w sposób prawidłowy dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania (art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p., art. 90 ust. 1 – 3 p.z.p. i art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p.), ewentualnie, na wypadek uznania, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, do weryfikacji, czy nie naruszano art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. i nie zaniechano poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,
- czy zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Saab, kiedy jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, co do zaoferowanego okresu gwarancji i w zakresie podzespołów wskazanych w odwołaniu, jak również wobec niewskazania w ofercie wartości dokumentacji technicznej, łącznej wartości poszczególnych oferowanych systemów i błędów w zakresie zaoferowanych wartości szkoleń (art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.),
- czy zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Saab na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1-2 i art. 15 ust. 1 z.n.k., z powodu zaoferowania gwarancji w wymiarze 60 miesięcy i 1 dnia, jak również, czy z tego powodu przyznano ofercie prawidłową liczbę punktów w kryterium oceny ofert długość gwarancji (art. 91 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 131k ust. 2 p.z.p. i art. 7 ust. 1 p.z.p.),
- czy zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Saab i prowadził z wykonawcą nieuprawnione negocjacje dotyczące złożonej oferty, co w konsekwencji spowodowało zmianę treści oferty, błędnie zakwalifikowaną jako poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych lub wyjaśnienie treści oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1-2 p.z.p. oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.),
- czy zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Saab, pomimo, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.),
- czy zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum PGZ, kiedy jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ co do podzespołu zasilacza (art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.) oraz wykonawca nie wskazał w ofercie wartości dokumentacji technicznej, co również prowadziło do nieuprawnionych negocjacji w tym zakresie (art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1-2 p.z.p. i art. 7 ust. 1 p.z.p.),
- czy zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum PGZ, kiedy oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.).

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania, mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi,

że: "Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniach, po dokonaniu oceny dowodów złożonych przez strony i uczestników postępowania, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołujących zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołania zasługują na częściowe uwzględnienie.

W sprawie o sygn. akt KIO 1396/19 skład orzekający uwzględnił odwołanie w zakresie przyznania wykonawcy Saab nieprawidłowej liczby punktów w kryterium oceny ofert długość okresu gwarancji oraz w zakresie zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec uwzględnienia dalej idącego zarzutu, Izba nie nakazywała zmiany przyznanej punktacji wykonawcy Saab, bowiem nakazano zamawiającemu odrzucenie tej oferty.

W sprawie o sygn. akt KIO 1383/19 Izba uwzględniła zarzuty zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Saab na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i nakazano zamawiającemu odrzucenie oferty. Zgodnie zatem z żądaniem odwołującego skład orzekający nie rozpoznawał zarzutów ewentualnych, co do nieprawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, postawionych z tzw. „ostrożności procesowej”.

I. Odwołanie sygn. akt: **KIO 1383/19**

Krajowa Izba Odwoławcza, w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 4 *petitum* odwołania – zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Saab, pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, wskazuje co następuje.

Skład rozpoznający odwołanie, w oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, ustalił następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

1. zgodnie z pkt 3 SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja i uruchomienie taktycznych systemów symulacji pola walki, w skład których wchodzi: kompleksowy system symulacji pola walki do szkolenia batalionu (dalej jako „KSSPW”), pięć symulatorów taktycznych współczesnego pola walki dla wojsk pancernych i zmechanizowanych (dalej jako „STWPW”) i cztery zestawy laserowych symulatorów strzelań do uzbrojenia i sprzętu wojskowego, znajdującego się na wyposażeniu wojsk pancernych i zmechanizowanych (dalej jako „LSS”),
2. zgodnie z pkt 3.1 SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje dostawę i uruchomienie ww. systemów, przeprowadzenie szkolenia dla przyszłych użytkowników KSSPW, LSS

- i STWPW w zakresie obsługi urządzeń wchodzących w skład systemów oraz wojskowego personelu obsługującego systemy, pakiet logistyczny – zgodnie z wymaganiami z WZTT i opracowanie i dostawę dokumentacji technicznej KSSPW, LSS i STWPW,
3. zgodnie z pkt 3.2 SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, elementy wchodzące w jego skład, jego przeznaczenie oraz wymagania zamawiającego odnośnie do przedmiotu zamówienia (parametry taktyczno-techniczne, kompatybilność, niezawodność, technologiczność wymagania konstrukcyjne, zasady bezpieczeństwa oraz pozostałe wymagania) zawarte są w niżej wymienionych załącznikach do SIWZ: załącznik 1 – wstępne założenia taktyczno-techniczne (dalej jako „WZTT”) dla KSSPW, załącznik nr 2 – WZTT dla STWPW, załącznik nr 3 – WZTT dla LSS, załącznik nr 4 – istotne postanowienia umowy,
 4. zgodnie z pkt 3.11 SIWZ sprzęt informatyki i oprogramowanie stanowiące wyposażenie systemu musi spełniać minimalne wymagania określone w „wykazie obowiązujących standardów sprzętu informatyki i oprogramowania do stosowania w resorcie obrony narodowej” w wersji aktualnej w dniu składania ofert, zgodnie z decyzją Ministra Obrony Narodowej z 25.05.2009 r. nr 207/MON,
 5. pkt 7 SIWZ zawiera opis sposobu przygotowania ofert. Zgodnie z pkt 7.1 i 7.2. w celu złożenia oferty należy wykorzystać załącznik nr 5 do SIWZ – formularz oferty, wykonawca może złożyć ofertę na własnych formularzach, których treść musi odpowiadać treści formularzy zamawiającego;

W ramach uwag wstępnych Izba wskazuje, że nie podzieliła twierdzeń wykonawcy Saab, jakoby zamawiający nadał formularzowi oferty (*vide* pkt 5 ustaleń istotnych dla rozstrzygnięcia) charakter wyłącznie poglądowy. Takie stanowisko jest sprzeczne z brzmieniem dokumentacji postępowania i wykonawca Saab nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Izba ustaliła, że w formularzu oferty w pkt 14.3 i 14.4 zamawiający określił „wymagania techniczne oferowanych podzespołów”, odpowiednio dla stacji roboczej SD i dla podzespołów stacji graficznej SG. W pkt 14.1 i 14.2 wykonawcy „wypełniając zapisy pkt 6.12.5.4 WZTT na STWPW” przedstawiali informacje dla stacji roboczej i stacji graficznej, zgodnie z danymi tam wymaganymi. Zatem zamawiający w pkt 14.3 określił 8 pozycji wymagań technicznych dla stacji roboczej SD i w pkt 14.1 wykonawca wpisywał dane oferowanego sprzętu stacji SD, co do tych 8 pozycji wymagań, zaś w pkt 14.4 określono 8 pozycji wymagań technicznych dla stacji graficznej SG i w pkt 14.2 wykonawca wpisywał dane oferowanego sprzętu stacji SG, co do tych 8 pozycji wymagań. Wskazuje na to wprost brzmienie omawianych punktów formularza, jak również tożsame nazwy podzespołów we wszystkich tabelach.

Wykonawcy składali również ogólne oświadczenia o zgodności zaoferowanego sprzętu z wymaganiami SIWZ, tym niemniej to dane z pkt 14.1 i 14.2 formularza oferty potwierdzały spełnienie wymagań pkt 6.12.5.4 WZTT na STWPW dla stacji roboczej SD i stacji graficznej SG (co wprost wynika z treści pkt 14 formularza). Podawane przez wykonawców nazwy handlowe – oznaczenie i kod producenta, stanowiły podstawę do merytorycznej weryfikacji, czy wykonawca oferuje podzespół o wymaganych przez zamawiającego cechach technicznych (z pkt 14.3 i 14.4).

Powyższe potwierdza brzmienie pkt 6.12.5.4 WZTT dla STWPW stacjonarne stanowisko komputerowe, gdzie zamawiający wskazał, że dla stacji roboczych SD i SG wymagane jest w ofercie podanie modelu, symbolu oraz producenta, a także jawne wyspecyfikowanie wszystkich użytych podzespołów (płyty głównej, procesora, pamięci, dysków twardych, zasilaczy, kart sieciowych, itp.), poprzez podanie typu oraz nazwy handlowej (kod i oznaczenie producenta).

Jest to spójne z pkt 3.11 SIWZ, gdzie określono, że oferowany sprzęt musi spełniać minimalne wymagania określone w „wykazie obowiązujących standardów sprzętu informatyki do stosowania w resorcie obrony narodowej” (dalej jako „wykaz MON”). Zamawiający w pkt 14.3 i 14.4 przepisał minimalne wymagania z wykazu MON, a gdzie w wykazie możliwy był wybór, tj. zawarto kilka wariantów standardów, co do minimalnych wymagań, np. dla parametrów dysku, zamawiający uszczegółowił wybraną przez siebie opcję w dokumentacji postępowania, w formularzu oferty.

Wskazywany przez wykonawcę Saab punkt 6.4 WZTT na STWPW dotyczy wymagań trwałości i odporności na oddziaływanie czynników środowiskowych i przyjęcie na jego podstawie ferowanej przez wykonawcę tezy o dowolności w zakresie spełnienia wymagań specyfikacji technicznej sprzętu IT, czy braku ścisłego związania brzmieniem formularza ofertowego, w szczególności co do tabel z wymaganiami technicznymi, nie zasługuje na aprobatę. Ponadto w tym punkcie zamawiający wskazał, że „sprzęt komputerowy (...) powinien charakteryzować się parametrami nie gorszymi od tych, które zawarte są w wykazie obowiązującym w dniu złożenia oferty”. Zatem zamawiający jednoznacznie określił, że oferowany sprzęt IT powinien spełniać minimalne standardy określone w wykazie MON, obowiązującym w roku 2018 (okoliczność, że wykaz zawiera minimalne wymagania wynika również z jego treści – str. 7), co nie oznacza żadnej dowolności. Wprost przeciwnie, kiedy minimalne wymagania nie zostały spełnione – tak jak w ofercie Saab – oferta ta w sferze merytorycznej jest niezgodna z treścią SIWZ.

Wykonawca Saab wskazywał również, że na swobodę dostarczania urządzeń IT, czy też weryfikację ich przez zamawiającego w oparciu o wykaz nie z roku 2018, a z roku 2019, wskazuje pkt 1 formularza ofertowego, w brzmieniu „oferujemy dostawę fabrycznie nowych, w kategorii pierwszej, wyprodukowanych po terminie zawarcia umowy, taktycznych systemów

pola walki (...). W ocenie Izby w żaden sposób nie zmienia to wymagania zaoferowania sprzętu wyspecyfikowanego w pkt 14 formularza cenowego, ani wymagania zgodności z wykazem z daty złożenia ofert. Nadal jest to wykaz standardów MON z roku 2018 i oferowane urządzenia IT mają posiadać cechy techniczne tam wskazane, z tymże zamawiający określił datę produkcji sprzętu – co nie wpływa na wymóg posiadania konkretnych wymagań technicznych, zgodnie z pkt 14.4 i 14.3 formularza w zw. z pkt 6.12.5.4 WZTT dla STWPW.

Ponadto Izba odmówiła wiarygodności argumentacji o poglądowym charakterze formularza ofertowego, przedstawianej przez zamawiającego. Po pierwsze, zamawiający uwzględnił rozpoznawane odwołanie, więc podzielono twierdzenia odwołującego, a nie wykonawcy Saab, co powoduje, że stanowiska przedstawione przez zamawiającego są sprzeczne. Po wtóre, takie tezy są wprost sprzeczne z brzmieniem dokumentacji postępowania. Po trzecie, przyjęcie za zamawiającym, że tabela z formularza oferty jest „poglądowa” i w gruncie rzeczy należy z dużą dowolnością traktować szczegółowe wymagania SIWZ, ponieważ poglądowo badano w ten sposób to co jest dostępne na rynku, w ocenie Izby powodowałoby, że wyszczególnienie cech technicznych nie ma żadnego dającego uchwycić się celu, co byłoby nie do pogodzenia z obowiązkiem działania zamawiającego z uwzględnieniem podwyższonego miernika staranności podmiotów działających na rynku zamówień publicznych – kiedy, co do zasady, takim podmiotem jest jednostka zamawiająca. Nadto rynek urządzeń IT można zweryfikować w sposób niewymagający angażowania wykonawców, np. poprzez sprawdzenie pożądaných informacji na stronach internetowych, a dodatkowo oznaczałoby to, że zamawiający uznaje, że MON przed narzuceniem jednostkom resortu obrony narodowej wykazu minimalnych wymagań sprzętu IT nie weryfikuje tego co jest na rynku dostępne – kiedy Izba nie znajduje żadnych podstaw, aby tak stwierdzić.

Przechodząc do poszczególnych wymagań zamawiającego, Izba stwierdziła, iż na kanwie materiału procesowego potwierdziło się, że wykonawca Saab, zaoferował świadczenie niezgodne z treścią dokumentacji postępowania, w zakresie poniższych podzespołów:

1. Dysk twardy stacji graficznej SG o nieprawidłowym typie – wykonawca zaoferował zamawiającemu w tabeli 14.2 poz. 4 dysk twardy 1*1TB 7200 RPM SATA 3.5in – kod producenta Z5J60AV i 2*6TB 7200 SATA Enterprise 3.5in 3rd – kod producenta Z5J87AV, co jest niezgodne z pkt 14.4 poz. 4 wymagań technicznych podzespołów stacji graficznej SG formularz cenowy, gdzie wymagano: dysk twardy 1 x 1000 GB SSD i 2x6TB SATA3 7200 rpm- dyski HDD zamontowane w wyjmowanych kieszeniach (str. 45 wykazu MON, poz. dysk twardy lit. j),

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż należało zaoferować dysk o pojemności 1000 GB SSD (czyli Solid State Drive, wytrzymalszy i szybszy rodzaj dysku – okoliczność notoryjna), który ma być dyskiem półprzewodnikowym oraz dwa dyski o pojemności 6 TB,

które mają być dyskami magnetycznymi, HDD (czyli Hard Disk Drive, starszy typ dysku mniej wytrzymałego konstrukcyjnie i zwykle wolniejszy – okoliczność notoryjna). Zaś odwołujący zaoferował nieprawidłowy typ dysku 1000 GB, kiedy żądano typu SSD, co wynika ze wskazania prędkości obrotu, tj. RMP, kiedy dysk SSD – w przeciwieństwie do HDD, nie posiada obrotowych talerzy magnetycznych – a pamięć flash, która jest nieruchoma, więc nie może być mowy o prędkości obrotu, czy rozmiarze talerzy dysku (oznaczanej w calach, skrótem „in”). Skoro więc w budowie dysków SSD nie występują obrotowe talerze magnetyczne, to przy jego opisie producenci nie posługują się parametrami: prędkość obrotowa i rozmiar talerza magnetycznego, wyrażony w calach (3.5 in). Użycie tych oznaczeń, przy podanym przez wykonawcę Saab dysku, świadczy zatem o tym, że zaoferowany dysk jest dyskiem HDD – w sytuacji, gdy zamawiający wymagał dysku SSD. Ponadto o zaoferowaniu wadliwego typu dysku świadczy podany w ofercie model producenta i w oparciu o dowody złożone przez odwołującego w postaci zdjęć i specyfikacji technicznych wykazano, że typ zaoferowanego dysku Z5J60AV to dysk HDD.

Poza tym na rozprawie wykonawca Saab przyznał, że w formularzu wskazał nieprawidłowy typ dysku i podnosił, że należy poprawić to jako omyłkę, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia.

2. Stacja graficzna SG nie posiada wymaganej liczby zatok – wykonawca zaoferował zamawiającemu w tabeli 14.2 poz. 1 płytę główną HP Z8 TWR G4 WKS – kod producenta Z3Z16AV, co wskazuje na zbyt małą liczbę zatok i jest niezgodne z pkt 14.4 poz. 1 wymagań technicznych podzespołów stacji graficznej SG formularz cenowy, gdzie wymagano: na płycie głównej min. 8x SATA z obsługą RAID (str. 44 wykazu MON, poz. płyta główna),

Odwołujący udowodnił, dowodem w postaci specyfikacji technicznych, że zaoferowana przez wykonawcę Saab stacja robocza model HP Z8 TWR G4, posiada 4 wewnętrzne zatoki, a nie wymagane 8, a więc 4 dodatkowe dyski (rozszerzenie pamięci) nie mogą zostać fizycznie podłączone.

3. Stacja robocza SD nie posiada wymaganej liczby portów USB – wykonawca zaoferował zamawiającemu w tabeli 14.1 poz. 1 płytę główną HP Z8 TWR G4 WKS – kod producenta 2YW27AV, co wskazuje na zbyt małą liczbę portów USB i jest niezgodne z poz. wymagania dodatkowe ze str. 43 wykazu MON, gdzie wymagano: nie mniej niż 4 portów z przodu obudowy,

Odwołujący udowodnił, dowodem w postaci specyfikacji technicznych HP Z2 G4, że zaoferowana przez wykonawcę Saab stacja SD posiada 3 porty USB, kiedy wymagano 4 portów.

4. Stacja robocza SD nie posiada wymaganego złącza PCI 32bit – wykonawca zaoferował zamawiającemu w tabeli 14.1 poz. 1 płytę główną HP Z8 TWR G4 WKS – kod producenta 2YW27AV, co wskazuje na brak złącza PCI 32bit i jest niezgodne z pkt 14.3 poz. 1 wymagań technicznych podzespołów stacji graficznej SG, str. 43 wykazu MON, poz. wymagania dodatkowe, gdzie wymagano 1 niezajętego złącza PCI 32bit, Odwołujący udowodnił, dowodem w postaci specyfikacji technicznych HP Z2 G4, że zaoferowana przez wykonawcę Saab stacja SD nie posiada złącza PCI 32 bit.

Skład rozpoznający spór wskazuje również, że w postępowaniu wykonawcy mieli możliwość zaoferowania zamawiającemu sprzęt w wersji podstawowej lub zmodyfikowanej w taki sposób, aby spełniał wymogi SIWZ. Izba stwierdziła, że wykonawca Saab zaoferował urządzenia w wersji podstawowej, bowiem nic innego nie wynika z treści złożonej oferty. Wykonawca nie podnosił również na rozprawie, że oferuje sprzęt w wersji innej, niż wersja standardowa. Zaznaczyć również należy, że zamawiający zabronił stosowania konwerterów, przejściówek czy kart rozszerzeń, itp. (str. 43 wykazu standardów MON).

Izba podzieliła twierdzenia odwołującego, poparte dowodem w postaci opinii prywatnej, że zaoferowane przez wykonawcę Saab urządzenia posiadają gorszą funkcjonalność, niż wymagana przez zamawiającego, natomiast wykonawca Saab swoje stanowisko pozostawił w sferze gołosłownych twierdzeń i całkowitej bierności w zakresie inicjatywy dowodowej. W konsekwencji Izba uznała, że Saab nie wykazał, aby zaoferowane przez niego urządzenia spełniały minimalne wymagania zamawiającego, nie wykazano również aby zaoferowano rozwiązania korzystniejsze.

Wykonawca Saab podnosił, że powyższe błędy w ofercie powinny zostać poprawione jako omyłki, w tym w przedmiocie wadliwego typu dysku, jako inna omyłka uregulowana w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Skład orzekający nie podzielił tego stanowiska.

W ocenie Izby wady oferty nie kwalifikują się do uznania ich za oczywiste omyłki pisarskie ani za inne omyłki. Aby doprowadzić ofertę do stanu zgodnego z treścią SIWZ należałoby uzyskać od wykonawcy informacje na jakie inne urządzenia, wadliwy sprzęt IT, należałoby zamienić. Prowadziłoby to do nieuprawnionych negocjacji treści oferty, po terminie na jej złożenie. Oferta nie zawiera bowiem przeinaczeń, błędów czy niejasnych elementów – zawiera ona natomiast treść wprost merytorycznie niezgodną z SIWZ, a takiej treści nie da się poprawić.

Skład orzekający zauważa, że nie zaoferowano Izbie żadnej przekonującej argumentacji, że po pierwsze są to niezamierzone błędy wykonawcy, które można objąć postępowaniem wyjaśniającym na kanwie art. 87 ust. 1 p.z.p., tj. dotyczą części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty.

(por. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29.01.2010 r., sygn. akt XII GA 429/2009, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30.03.2010 r., sygn. akt X Ga 7/10).

Po drugie, wykonawca Saab ograniczył się do podania innych urządzeń, na które należałoby zamienić urządzenia wskazane w formularzu ofertowym, czyli jedynym sposobem na sanowanie oferty jest dobranie innego sprzętu IT. Zamawiający nie ma zatem możliwości samodzielnego ustalenia, w oparciu o ofertę wykonawcy, jak zaistniała wada poprawić. Wypada zauważyć, że wykonawca Saab nawet w sposób luźny nie powiązał wskazywanych na rozprawie nowych modeli i oznaczeń sprzętu IT z tym co oferowano zamawiającemu. Nie złożono żadnego dowodu, ani nie zaoferowano żadnych argumentów, z których mogłoby wynikać, że nowo wskazany sprzęt to ten, który wykonawca chciał dostarczyć zamawiającemu. Dowód w postaci wydruku z korespondencji elektronicznej, złożony przez Saab, w ogóle nie dotyczy urządzeń, na które w ocenie Saab należy wymienić urządzenia niespełniające wymagań zamawiającego. W istocie stanowisko wykonawcy Saab sprowadzało się do tego, że skoro zostało ujawnione, że jego oferta jest niezgodna z SIWZ, to jest w stanie zaproponować inny sprzęt, zgodny z SIWZ, po otwarciu ofert i ujawnieniu tej wadliwości.

Izba stwierdziła, że w ustalonym stanie rzeczy prowadzenie postępowania wyjaśniającego, w zakresie treści oferty wykonawcy Saab, na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., byłoby niedopuszczalne, bowiem prowadziłyby do obejścia prawa, poprzez ingerencję w jej treść – wprost niezgodną z merytorycznymi wymaganiami dokumentacji postępowania. Izba nie podzieliła twierdzeń wykonawcy Saab, że w tym przypadku wystarczające byłoby oparcie się na ogólnym oświadczeniu z oferty, że wykonawca spełnia wymagania SIWZ. W ocenie składu orzekającego wyjaśnianie wad oferty Saab skutkowałoby złożeniem ponad ofertę i obok niej, zupełnie nowego oświadczenia woli, po terminie składania ofert, co wprost prowadziłyby do nieuprawnionych negocjacji, dotyczących złożonej oferty.

Ponadto, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 01.03.2010 r. sygn. akt XIX Ga 18/10 „*Lege non distinguente* art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie wskazuje o jakie może chodzić tutaj omyłki, a więc mogą wchodzić tutaj w grę wszelkie niezamierzone błahie pomyłki, niedopatrzienia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące świadomym pominięciem określonych przez SIWZ wymogów”. Podobnie zatem jak w przypadku omyłek rachunkowych i pisarskich, inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów. Wykonawca nie udowodnił, że taki charakter mają wady jego oferty, nic takiego nie wynika również z materiału procesowego. Izba stwierdziła, że w ustalonym stanie rzeczy działanie wykonawcy, polegające na doborze do zaoferowania zamawiającemu konkretnych urządzeń IT i wyspecyfikowanie ich w ofercie, było świadomym i celowym działaniem wykonawcy. Skład orzekający zaznacza również, że wykonawcy składający oferty w postępowaniu są to podmioty profesjonalne, zawodowo działające na

rynku zamówień publicznych i od takich podmiotów wymaga się należytej staranności, z uwzględnieniem zawodowego jej charakteru (art. 355 § 2 k.c.), w szczególności przy czynności doboru przedmiotu zamówienia, spełniającego wymagania zamawiającego.

Dalej Izba wskazuje, że warunkiem poprawienia omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest nieistotność zmian treści oferty, jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty, czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy (*vide* wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 10.05.2017 r. sygn. akt X Ga 1071/16). Zatem, o możliwości poprawienia innej omyłki, decyduje skala wad oferty, liczona rezultatem po jej ewentualnym poprawieniu. Innymi słowy, o możliwości poprawienia omyłki rozstrzyga odpowiedź na pytanie czy po poprawieniu wad oferty jej treść zostanie istotnie zmieniona, czy też nie. Poprawienie omyłki jest szczególnym, typowym dla ustawy p.z.p. przepisem dotyczącym wykładni oświadczeń woli – nie może natomiast posłużyć jako instrument zmiany takiego oświadczenia.

Należy mieć również na uwadze, że poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie może sprowadzać się do dostosowania treści oferty do merytorycznych wymagań dokumentacji postępowania, poprzez wprost zamianę tego co w ofercie jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego, na takie urządzenia, które spełniają wymagania SIWZ, czyli nieprawidłowym jest dokonywanie rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, kiedy oświadczenie zawarte w ofercie nie daje takich podstaw.

Mając na uwadze indywidualne okoliczności rozpoznawanego sporu i zgromadzony materiał procesowy, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do przyjęcia, aby uprawnionym była próba sanowania wady oferty Saab w trybie poprawy omyłek pisarskich czy innych omyłek. W ocenie Izby twierdzenia wykonawcy o możliwości konwalidowania błędów jego oferty, są sprzeczne z istotą komentowanej regulacji i godzą w jej utrwalone i szeroko poparte orzecznictwem brzmienie.

Izba wskazuje również, że u podstaw wydanego orzeczenia legła interpretacja Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, co do konieczności zapewnienia, aby wyjaśnienia oferty nie prowadziły do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (orzeczenie z dnia 04.05.2017 r. w sprawie C - 387/14 Esaprojekt, orzeczenie z dnia 07.04. 2016 r. w sprawie C - 324/14 Partner A. D.), którą skład orzekający podziela. Należy przy tym podkreślić, że dokonując wykładni przepisów ustawy Prawa

zamówień publicznych, należy mieć na uwadze obowiązek prounijnej wykładni prawa krajowego, wynikający z art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, który polega na dokonywaniu przez organy krajowe takiej interpretacji przepisów prawa krajowego, która zapewnia osiągnięcie celu wynikającego z norm prawa unijnego.

Skład orzekający stwierdził, że treść oferty wykonawcy Saab jest bezspornie niezgodna z treścią SIWZ, bowiem w warstwie merytorycznej nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego, wyrażonym w dokumentacji postępowania i nie ma możliwości poprawy tej treści jako omyłki, zaś przystępujący Saab nie wykazał okoliczności przeciwnych. W konsekwencji powyższego zamawiający, w sposób sprzeczny z prawem, zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., co powoduje, że zarzut został przez Izbę uwzględniony.

W konsekwencji potwierdzenia zasadności zarzutu nr 4 z *petitum* odwołania Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła również zarzut nr 6, postawiony jako naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasad przejrzystości i proporcjonalności.

Skład orzekający wskazuje, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu, mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z merytorycznymi wymaganiami zamawiającego wyartykułowanymi w dokumentacji postępowania, zaś zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na zamawiającego, w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert. Zamawiający w postępowaniu rozpoznawanym sporem pominął wymagania, które określił dla urządzeń IT, nie dochował należytej staranności i nie podołał ciążącym na nim obowiązkom, czym naruszył również zasady naczelne, wskazane w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza, w przedmiocie zarzutu postawionego w pkt 5 *petitum* odwołania – zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Saab, pomimo, iż oferta zawiera nieprawidłowe wyliczenie ceny ofertowej i jako taka pozostaje sprzeczna z treścią SIWZ oraz poprawienie tej nieprawidłowości, jako oczywistej omyłki rachunkowej, w sytuacji, gdy omyłka popełniona przez wykonawcę nie może zostać uznana za oczywistą omyłkę rachunkową i jednocześnie nie mogła być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. – wskazuje jak niżej.

Na wstępie skład orzekający zaznacza, że wada oferty powodująca jej odrzucenie na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. dotyczy materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania

zawartego w ofercie, z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 13.02.2017 r., sygn. akt IX Ga 3/17 „przypadek opisany w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ występuje istotny dysonans uzasadniający twierdzenie, że w wykonawca zaoferował świadczenie inne, niż opisane w SIWZ, co stwarza zagrożenie, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie niezgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.” Wadliwe działania matematyczne, które nie powodują niezgodności w sferze merytorycznej zobowiązania wykonawcy, zawierają się w katalogu wad w postaci błędów rachunkowych i nie są objęte hipotezą art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Ponadto zaistniała nieścisłość w treści oferty wykonawcy Saab, w zakresie ceny, nie posiada charakteru zasadniczego i nieusuwalnego, jest to wada o charakterze proceduralno-technicznym, która została poprawiona na kanwie treści formularza oferty.

Skład orzekający wskazuje, że badanie oferty odbywa się na gruncie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z treścią formularza oferty, który był składany przez wykonawców. W rozpoznawanym sporze zamawiający zawarł na formularzu instrukcję sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z którą dla wskazanego roku dostawy za „przedmiot umowy” (odpowiednio LSS, KSSPW etapy I-III, STWPW, dla poszczególnych lat) wykonawcy podawali ceny w postaci: „cena jednostkowa netto uwzględniająca wartość szkolenia i DT”, „VAT”, „cena jednostkowa brutto uwzględniająca wartość szkolenia i DT”, co mnożono przez „ilość” i podawano wynik w kolumnie „wartość” – za dany element przedmiotu umowy (odpowiednio LSS, KSSPW etapy I-III, STWPW, dla poszczególnych lat).

Dalej z formularza wynika, że cena w kolumnie „wartość” za LSS, KSSPW, STWPW, powinna zawierać całkowitą kwotę za dany element zamówienia np. wartość LSS uwzględniająca szkolenia i DT, za rok 2020.

Zamawiający, pod każdym poszczególnym przedmiotem umowy (LSS KSSPW, STWPW) dodał też wiersze „w tym szkolenie i DT”, gdzie wykonawcy powinni podać cenę jedynie za szkolenie i dokumentację techniczną (które stanowią jeden ze składników cenowych każdej ceny jednostkowej). Tym niemniej z formularza wynika, że cen z tych wierszy nie należy dodawać do ceny ofertowej, gdyż – po pierwsze, zamawiający żądał wliczenia szkolenia i DT w cenę jednostkową za dany przedmiot umowy, – po drugie, kolumna z wyszczególnieniem cen za szkolenia i DT nazywa się „w tym wartość szkolenie i DT”, zatem są to ceny już zawarte w przedmiocie umowy (odpowiednio LSS, KSSPW i STWPW). Powyższe wskazuje, że wiersze „w tym wartość szkolenie i DT” wskazano w celu powzięcia wiedzy, ile kosztuje szkolenie i dokumentacja techniczna, zawarte w cenie wykonawcy.

Dodać również należy, że w ostatniej kolumnie formularza żądano wskazania „wartości”, zarówno co do cen za przedmiot umowy LSS, KSPWP i STWPW, jak i co do cen, których drugi raz nie powinno się dodawać do ceny „wartość” za „w tym szkolenie

i dokumentacja techniczna”. I nie dziwi fakt, że Saab omyłkowo dodał do swojej ceny za przedmiot umowy wartość za wiersze „w tym szkolenie i DT”, skoro zamawiający zrobił z tego jedną i tę samą kolumnę.

Izba zauważyła również, że formularz został sporządzony przez zamawiającego w sposób wysoce nieprzejrzysty (w szczególności co do pozycji „w tym szkolenie i DT”, gdzie należało podać, ile w cenie za przedmiot zamówienia kosztuje samo szkolenie i dokumentacja techniczna). Z jednej strony zamawiający żądał wliczenia w cenę tych wartości i w tej samej tabeli żądano rozbicia tych elementów na poszczególne ceny (bez dodatkowego podwójnego wliczania powtarzających się przedmiotów). Gdyby zamawiający zdecydował się na klarowniejsze brzmienie formularza cenowego oczywistych omyłek rachunkowych można byłoby z łatwością uniknąć.

W ocenie Izby obiektywną perspektywą dla oceny czy omyłka jest oczywista, jest treść oświadczenia wykonawcy, w postaci formularza cenowego. Z treści oferty wykonawcy Saab wynika, że wykonawca doliczył do ceny podwójnie ceny szkoleń (w sposób nieprawidłowy dodano do ceny, która już zgodnie z nazwą jednostki, obejmowała cenę za szkolenia, dane z kolumny w tabeli szczegółowej pn. „w tym szkolenie”), czego zgodnie z formularzem ofertowym dodawać się nie powinno. Cena za szkolenie jest składnikiem cenowym wszystkich cen jednostkowych i zgodnie z brzmieniem oświadczenia woli wykonawcy, w postaci oferty, nie ma możliwości innego obiektywnego i racjonalnego sposobu na poprawienia omyłki, niż ten dokonany przez zamawiającego.

Skład orzekający przypomina, że oczywistą omyłką rachunkową jest błąd popełniony przez wykonawcę w obliczeniach, polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, który można poprawić w jeden sposób i w rozpoznawanym sporze – zgodnie z brzmieniem formularza cenowego – nie powinno się dodawać do ceny wartości z wiersza „w tym szkolenie i DT”. Izba stwierdziła, że poprawienie tej omyłki, jako metoda wykładni oświadczenia woli w procedurze p.z.p., została przez zamawiającego zastosowana w sposób prawidłowy, zgodnie z formularzem oferty i nie wymagało to prowadzenia postępowania wyjaśniającego, czy pytania wykonawcy. Zamawiający bowiem wszystkie dane do poprawienia nieścisłości formularza ceny posiadał i poprawił omyłkę w oparciu o brzmienie dokumentacji postępowania. Rzekomo inny sposób na poprawienie omyłki, wskazany przez odwołującego, jest niedozwolony na kanwie treści formularza ofertowego, zatem brak jest alternatywy co do sposobu poprawienia omyłki, przyjętego przez zamawiającego.

Następnie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Natomiast wobec ustawowego obowiązku poprawienia przez zamawiającego omyłek – w oparciu o art. 87 ust. 2 p.z.p. – należy przyjąć, że błędem, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., jest błąd w cenie, który nie zawiera się w ustawowych przesłankach poprawienia omyłki. Skoro zatem poprawienie

omyłki zostało dokonane przez zamawiającego w sposób prawidłowy, to *a priori* nie doszło do błędu w cenie wykonawcy Saab. Skład rozpoznający spór zaznacza również, że błąd w obliczeniu ceny ma charakter merytoryczny. Błędne działanie arytmetyczne nie kwalifikują się przez normę art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Błąd ten jest podtypem niezgodności oferty z SIWZ – podana cena uniemożliwia weryfikację zakresu zobowiązania wykonawcy, a próba jej poprawienia w porozumieniu z wykonawcą stanowiłaby w istocie negocjacje. Odwołujący nie udowodnił, żeby do takiego błędu w ofercie wykonawcy Saab doszło.

Nie wykazano, aby oferta Saab w zakresie ceny posiadała jakąkolwiek wadę, której nie da się poprawić przy wykorzystaniu ustawowych instrumentów. Saab dokonał nieprawidłowych działań arytmetycznych, składających się na obliczenie ceny, spełniających przesłanki oczywistej omyłki rachunkowej, natomiast zamawiający, w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p., poprawił ją w sposób prawidłowy i odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej.

Mając na uwadze powyższe Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut nie posiada uzasadnionych podstaw i jako taki został on przez Izbę oddalony.

II. Odwołanie sygn. akt: **KIO 1396/19**

Krajowa Izba Odwoławcza, w zakresie zarzutów podniesionych w lit. C pkt 1, 2 i 3 *petitum* odwołania – zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Saab na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz na podstawie 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1-2 i art. 15 ust. 1 z.n.k., z powodu zaoferowania przez wykonawcę gwarancji w wymiarze 60 miesięcy i 1 dnia, a także naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 131k ust. 2 p.z.p. i art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez przyznanie wykonawcy Saab nieprawidłowej liczby punktów w kryterium oceny ofert pn. długość gwarancji – wskazuje co następuje.

Skład rozpoznający odwołanie, w oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, ustalił, że w pkt 9 SIWZ zawarto informacje dotyczące opisu kryteriów wyboru oferty, w tym 9.2 co do kryterium o nazwie „długość okresu gwarancji”. W pkt 6 formularza ofertowego wykonawcy wskazywali, że udzielają gwarancji na poszczególne składniki przedmioty umowy (LSS, KSSPW, LSS), nie mniejszej niż 24 miesiące. W formularzu zamawiający żądał podania gwarancji w miesiącach, tj. „(...) długość okresu gwarancji miesięcy, licząc od daty podpisania protokołu przejścia-przekazania (...)”. Dane z formularza oferty są bezpośrednio związane z § 10 istotnych postanowień umowy (załącznik nr 4 do SIWZ), gdzie wskazano obowiązki wykonawcy w zakresie gwarancji. Należy zaznaczyć, że w ramach świadczonych usług gwarancyjnych wykonawca zobowiązany jest, nie rzadziej niż co 12 miesięcy, do przeprowadzenia przeglądu i kalibracji dostarczonego systemu, w tym ostatni przegląd

powinien nastąpić w ostatnim miesiącu obowiązywania gwarancji (pkt 9.2.1.9. załącznika nr 1 do SIWZ oraz pkt 9.2.1.9. załącznika nr 3 do SIWZ).

Wykonawca Saab zaoferował zamawiającemu 60 miesięcy i jeden dzień gwarancji. Z treści SIWZ nie wynika bezpośrednio nakaz oferowania okresu gwarancji w miesiącach i odwołujący, na kanwie treści dokumentacji postępowania, nie wykazał okoliczności przeciwnej. Odwołujący swoje stanowisko oparł na wykładni brzmienia kryterium oceny ofert i obowiązków gwarancyjnych, wynikający z przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, że odrzucenie oferty z powodu niezgodności z treścią SIWZ odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego świadczenia i merytorycznych wymagań zamawiającego. Można byłoby mówić o takiej niezgodności, gdyby oferta nie odpowiadała przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w całości, tj. w tym przypadku, gdyby wykonawca zaoferował mniej niż 24 miesiące gwarancji, to wtedy byłaby to niezgodność oferty w sferze merytorycznej, wpisująca się w hipotezę art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i do takiej sytuacji w rozpoznawanym sporze nie doszło. Odwołujący nie wykazał również, aby okres gwarancji zaoferowany przez Saab poddawał się kwalifikacji przez pryzmat jakiegokolwiek innej niezgodności z treścią SIWZ, co do merytorycznej sfery zobowiązania wykonawcy.

Wykonawca Saab część gwarancji zaoferował w dniach i w tym wypadku, w oparciu o obowiązek wykonania przeglądu gwarancyjnego, w ostatnim dniu miesiąca obowiązywania gwarancji, przegląd ten wypadałby w ostatni dzień 60 miesiąca. Zrównana zostaje zatem sytuacja wykonawcy, który zaoferował zamawiającemu w kryterium oceny ofert długość okresu w postaci „gwarancji od powyżej 51 miesięcy do 60 miesięcy” z „długością okresu gwarancji powyżej 60 miesięcy”, bowiem przegląd maksymalnie, w obu wypadkach, wypadałby ostatniego dnia 60 miesiąca. Z tym, że wykonawca z przedziału „51 – 60 miesięcy” otrzymywał w kryteriach oceny ofert: w G1 – 0,4 pkt, G2 – 0,2 pkt, w G3 – 0,2 pkt, zaś wykonawca z przedziału „60 i więcej” otrzymywał w kryteriach oceny ofert: w G1 – 0,5 pkt, G2 – 0,25 pkt, w G3 – 0,25 pkt.

W związku z treścią obowiązków gwarancyjnych nieuzasadnionym jest przyznanie maksymalnej punktacji wykonawcy, który zaoferował gwarancję 60 miesięcy i jeden dzień. W ocenie Izby powinno być to odpowiednio: w G1 – 0,4 pkt, G2 – 0,2 pkt, w G3 – 0,2 pkt. Konsekwencją powyższego jest wniosek, że zamawiający wadliwie przyznał punkty wykonawcy Saab w kryterium dotyczącym okresu gwarancji, co powoduje, że w ustalonym stanie rzeczy potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. Tym niemniej, wobec uwzględnienia dalej idącego zarzutu (lit. C pkt 4 z *petitum* odwołania) skład orzekający nie nakazał zamawiającemu zmiany przyznanej punktacji wykonawcy Saab, bowiem nakazano zamawiającemu odrzucenie oferty tego wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego twierdzenia odwołującego w pozostałym zakresie nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Jak już wcześniej zaznaczono,

nie wykazano naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Odwołujący nie udowodnił również naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., kiedy odrzuca się ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie wykazano, aby doszło do wypełnienia przesłanek deliktów określonych w art. 3 ust. 1-2 z.n.k. i art. 15 ust. 1 z.n.k. W tym zakresie skład orzekający podzielił również stanowisko wykonawcy Saab i miał na uwadze, że chociażby potencjalna możliwość zagrożenia interesu zamawiającego, czy odwołującego, została wyeliminowana poprzez właściwe zakwalifikowanie zaoferowanej przez wykonawcę Saab gwarancji w kryteriach oceny ofert.

W konsekwencji powyższego zarzuty zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Saab z powodu zaoferowania gwarancji w wymiarze 60 miesięcy i jeden dzień zostały przez Izbę oddalone, jako bezpodstawne.

Ponadto skład orzekający zaznacza, że w zakresie wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii prywatnej, w postaci opinii prawnej ws. interpretacji SIWZ z 12.07.2019 r. na okoliczności wykazania prawidłowej w świetle przepisów prawa cywilnego, interpretacji specyfikacji, konieczne wydaje się przypomnienie, że dowody w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą są powoływane na okoliczność stwierdzenia faktów. Okoliczność ta i jej przełożenie na ocenę wniosków dowodowych powoływanych na okoliczność sądów, ocen, wyrażenia stanowiska co do tego jak należy coś interpretować (w tym inne dowody), bądź co do prawa, w systemie rodzimych norm proceduralnych wielokrotnie analizowało sądownictwo powszechne (tak Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 27.07.2017 r., sygn. akt I ACa 445/16, Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 03.04.2014 r., sygn. akt I ACa 885/13, Sąd Najwyższy w wyroku z 29.02.2008 r., sygn. akt V CSK 457/07), choć wyroki te zapadały na gruncie przepisów procedury cywilnej, to jednak nie sposób nie zauważyć trafności i adekwatności podnoszonej tam argumentacji również w odniesieniu do postępowania przed Izbą.

Warto bowiem w tym zakresie zwrócić uwagę na zbieżność treści art. 190 ust. 1 p.z.p. („Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (...)”) i art. 217 § 1 k.p.c. („Strona może aż do zamknięcia rozprawy przytaczać okoliczności faktyczne i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej.”) oraz posiłkowo art. 227 k.p.c. („Przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie.”). Ten nacisk ustawodawcy na fakty – w odróżnieniu od ocen czy stanowisk co do prawa, czy wręcz próby transponowania oceny innych dowodów jako okoliczności faktycznych (por. wyrok Sądu Najwyższego z 03.02.2006 r. w sprawie II PK 156/05 gdzie wskazano „to nie strona a Sąd ocenia, które fakty mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i tylko one mogą być przedmiotem dowodu”) – ciężko uznać za przypadkowy. Jednocześnie,

w kontekście konkretnie tego dowodu, warto przypomnieć, że ocen treści regulacji prawnych nie należy nawet do sfery „wiadomości specjalnych”, które można byłoby ustalić przy pomocy biegłego – choćby w opinii prywatnej (podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 10.05.2017 r., sygn. akt III AUa 822/15).

W konsekwencji należy uznać, że również w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą wnioski dowodowe, których celem nie jest stwierdzenie faktów, a transponowanie do materiału dowodowego subiektywnych ocen, ocen co do prawa, stanowiska co do wykładni czy polemik o charakterze prawnym, są z zasady niedopuszczalne, jako nieznanne procedurze postępowania przed Izbą. Omawiany „dowód” ma taki właśnie charakter – nie został powołany na okoliczność faktów, a stanowi nic więcej, jak próbę transponowania do materiału dowodowego ocen, twierdzeń i subiektywnych przekonań autora co do tego jak należy interpretować treść SIWZ. Powyższa zaś kwestia znajduje się w kognicji Izby, a nie autora opinii prywatnej.

Z uwagi na powyższe omawiany wniosek dowodowy strony należało pominąć jako niedopuszczalny, bowiem nie zmierzający do ustalenia faktów, z których strona wywodzi skutki prawne.

Krajowa Izba Odwoławcza, w zakresie zarzutu podniesionego w lit. C pkt 4 *petitum* odwołania – zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Saab, pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, w zakresie zaoferowanych podzespołów – stwierdziła co następuje.

Skład orzekający wskazuje, że ustalenia poczynione w oparciu o dokumentację postępowania i wywód w zakresie braku podzielenia stanowiska wykonawcy Saab co do poglądowego charakteru formularza ofertowego, wyrażone w uzasadnieniu w przedmiocie rozpoznania zarzutu nr 4 z *petitum* odwołania sygn. akt KIO 1383/19 jest również aktualny w zakresie odwołania KIO 1396/19. Krótko zatem zaznaczyć należy, że Izba stwierdziła, iż brak spełnienia wymagań zamawiającego co do urządzeń IT z pkt 14 formularza oferty w zw. z pkt 6.12.5.4 WZTT dla STWPW powoduje niezgodność treści oferty z merytorycznymi wymaganiami zamawiającego, wskazanymi w SIWZ.

Przechodząc do poszczególnych wymagań zamawiającego, Izba stwierdziła, iż na kanwie materiału procesowego potwierdziło się, że wykonawca Saab, zaoferował świadczenie niezgodne z treścią dokumentacji postępowania, w zakresie poniższych podzespołów:

1. Stacja robocza SD nie posiada wymaganego złącza PCI 32bit – wykonawca zaoferował zamawiającemu w tabeli 14.1 poz. 1 płytę główną HP Z8 TWR G4 WKS – kod producenta 2YW27AV, co wskazuje na brak złącza PCI 32bit i jest niezgodne z pkt 14.3 poz. 1 wymagań technicznych podzespołów stacji graficznej SG, str. 43 wykazu MON, poz. wymagania dodatkowe, gdzie wymagano 1 niezajętego złącza PCI 32bit,

Odwołujący udowodnił, dowodem w postaci specyfikacji technicznych HP Z2 G4, że zaoferowana przez wykonawcę Saab stacja SD nie posiada złącza PCI 32 bit.

2. Stacja robocza SD nie posiada prawidłowej wielkości pamięci RAM – wykonawca zaoferował zamawiającemu w tabeli 14.1 poz. 3 pamięć RAM o kodzie producenta 2ZR67AV, co wskazuje na brak pamięci RAM o wielkości 16 GB (2x8192MB) i jest niezgodne z pkt 14.3 poz. 3 wymagań technicznych podzespołów stacji roboczej SD (str. 39 wykazu MON, poz. pamięć RAM lit. b),

Odwołujący udowodnił, dowodem w postaci specyfikacji technicznych 2ZR67AV, że zaoferowana przez wykonawcę Saab stacja robocza posiada standardową pojemność 8GB (2x4GB).

3. Stacja graficzna SG nie posiada złącza PCI Express 1 – wykonawca zaoferował zamawiającemu w tabeli 14.2 poz. 1 płytę główną HP Z8 TWR G4 WKS, co wskazuje na brak złącza PCI Express 1 i jest niezgodne z pkt 14.4 poz. 1 wymagań technicznych podzespołów stacji graficznej SG formularz cenowy, gdzie wymagano: 1xPCI-Express (wolne) 3 generacji (str. 44 wykazu MON, poz. płyta główna),

Odwołujący udowodnił, dowodem w postaci specyfikacji technicznych HP Z8 G4, że zaoferowana przez wykonawcę Saab stacja graficzna nie posiada wymaganej ilości złącz PCI Express 1.

4. Stacja graficzna SG nie posiada prawidłowej wielkości dysku – wykonawca zaoferował zamawiającemu w tabeli 14.2 poz. 1 płytę główną HP Z8 TWR G4 WKS, co wskazuje na brak możliwości obsługi dysków do łącznie 48TB i jest niezgodne z pkt 14.4 poz. 1 wymagań technicznych podzespołów stacji graficznej SG formularz cenowy, gdzie wymagano: obsługa dysków 3,5" do łącznie 48TB (str. 44 wykazu MON, poz. płyta główna),

Odwołujący udowodnił, dowodem w postaci specyfikacji technicznych HP Z8 G4, że zaoferowana przez wykonawcę Saab dyski mają pojemność maksymalnie do 20TB.

5. Dysk twardy stacji graficznej SG o nieprawidłowym typie i wadliwej pojemności – wykonawca zaoferował zamawiającemu w tabeli 14.2 poz. 4 dysk twardy 1*1TB 7200 RPM SATA 3.5in – kod producenta Z5J60AV i 2*6TB 7200 SATA Enterprise 3.5in 3rd – kod producenta Z5J87AV, co jest niezgodne z pkt 14.4 poz. 4 wymagań technicznych podzespołów stacji graficznej SG formularz cenowy, gdzie wymagano: dysk twardy 1 x 1000 GB SSD i 2x6TB SATA3 7200 rpm- dyski HDD zamontowane w wyjmowanych kieszeniach (str. 45 wykazu MON, poz. dysk twardy lit. j),

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż oznaczenie dysku wskazuje, że wykonawca Saab zaoferował dysk typu HDD, zamiast dysku typu SSD, co wynika ze wskazania parametru 7200 obrotów na minutę („RPM” z ang. revolutions per minute), co oznacza określenie prędkości obrotowej talerza stanowiącego część dysku HDD. Dysk SSD

nie zawiera w swojej konstrukcji żadnych ruchomych elementów, w tym również przedmiotowego talerza, co dodatkowo wykazano dowodem w postaci fotografii. Ponadto dyski półprzewodnikowe (dyski SSD) nie występują w formacie 3,5 cala, a jedynie w formacie 2,5 cala. Jak również podany przez wykonawcę Saab kod producenta przypisany jest dyskowi HDD. Ponadto na rozprawie wykonawca Saab przyznał, że w formularzu wskazał nieprawidłowy typ dysku i podnosił, że należy poprawić to jako omyłkę.

Odwołujący udowodnił również, dowodem w postaci specyfikacji Z5J87AV, że zaoferowana przez wykonawcę Saab dyski mają pojemność 4TB, kiedy wymagano 6TB.

W zakresie dowodu złożonego przez odwołującego w postaci oświadczenia producenta VOL Sp. z o.o. Sp. k. Izba uznała, że w sposób wtórny potwierdza on dane z przedłożonych specyfikacji technicznych. Natomiast co do dowodu złożonego przez wykonawcę Saab w postaci wydruku, co do którego strona wskazywała, że stanowi on treść korespondencji elektronicznej, brak jest podstaw do ustalenia kto składa oświadczenie, a w związku z tym nie sposób jest ustalić, czy osoba oświadczająca jest kompetentna do wskazania wymienionych w wydruku okoliczności. Złożony dowód nie może zatem zostać oceniony jako wiarygodne oświadczenie wiedzy – nie ma bowiem sposobu potwierdzenia czy osoba składająca oświadczenie w istocie posiada wiedzę co do faktów, w przedmiocie których składa oświadczenie.

Izba zaznacza również, że w postępowaniu wykonawcy mieli możliwość zaoferowania zamawiającemu sprzęt w wersji podstawowej lub zmodyfikowanej w taki sposób, aby spełniał wymogi SIWZ. Skład orzekający stwierdził, że wykonawca Saab zaoferował urządzenia w wersji podstawowej, bowiem nic innego nie wynika z treści złożonej oferty. Wykonawca nie podnosił również na rozprawie, że oferuje sprzęt w wersji innej, niż wersja standardowa. Podkreślić również należy, że zamawiający zabronił stosowania konwerterów, przejściówek czy kart rozszerzeń, itp. (str. 43 wykazu standardów MON).

Izba podzieliła twierdzenia odwołującego, że wyżej wskazane urządzenia, zaoferowane przez wykonawcę Saab, są niezgodne z merytorycznymi wymaganiami dokumentacji postępowania i posiadają gorszą funkcjonalność, niż wymagana przez zamawiającego, natomiast wykonawca Saab nie udowodnił, aby zaoferowany przez niego sprzęt IT spełniał minimalne wymagania zamawiającego, nie wykazano również, aby zaoferowano rozwiązania korzystniejsze.

Natomiast w zakresie braku wskazania oznaczeń handlowych i kodów producenta dla karty sieciowej i karty dźwiękowej w stacji roboczej SD i stacji graficznej SG, skład orzekający podzielił stanowisko wykonawcy Saab i uznał, że w tym zakresie nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. W tabelach formularza ofertowego wykonawca, co do obu kart, wskazał „zintegrowana”. Zatem karty dźwiękowe i karty sieciowe są trwale zintegrowane z płytami głównymi stacji o nazwie handlowej HP Z2 TWR G4 WKS. Tym samym obie karty mają ten

sam znak handlowy i kod producenta, co dana płyta główna. Okoliczność ta wynika z oferty wykonawcy Saab (pkt 14.1 poz. 7 i 8 oraz pkt 14.2 poz. 7 i 8 formularza ofertowego), zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej.

Dalej Izba wskazuje, że wykonawca Saab podnosił, że powyższe błędy w ofercie powinny zostać poprawione jako omyłki, w tym w przedmiocie wadliwego typu dysku, jako inna omyłka uregulowana w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., skład orzekający nie podzielił tego stanowiska. Izba w tym przedmiocie wypowiedziała się we wcześniejszej części uzasadnienia wyroku i wywód co do braku możliwości zakwalifikowania wad oferty, dotyczących zaoferowanych urządzeń IT przez Saab, jako wypełniających hipotezę art. 87 ust. 2 p.z.p. oraz co do niemożliwości ich poprawy, jako inne omyłki – ponieważ powodowałyby to istotną zmianę oświadczenia zawartego w ofercie z powodu rodzaju, charakteru i skali wad oferty, co prowadziłoby do nieuprawnionych negocjacji jej treści, po upływie terminu na składanie ofert, znajduje się w treści uzasadnienia uwzględnienia zarzutu nr 4 z *petitum* odwołania sygn. akt KIO 1383/19 i pozostaje aktualny i adekwatny w zakresie odwołania KIO 1396/19.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że treść oferty wykonawcy Saab jest jednoznacznie niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ w warstwie merytorycznej wprost nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego, wyrażonym w dokumentacji postępowania i nie ma możliwości poprawy tej treści, jako omyłki, zaś przystępujący Saab nie wykazał okoliczności przeciwnej. Zatem zamawiający, w sposób nieuprawniony, zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., co powoduje, że zarzut naruszenia tej normy został przez Izbę uwzględniony.

Krajowa Izba Odwoławcza, w przedmiocie zarzutów postawionych w lit. C pkt 4, 5 i 6 *petitum* odwołania – zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Saab: – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., ponieważ nie wskazano w ofercie wartości dokumentacji technicznej i wartości łącznej, poszczególnych oferowanych systemów i wobec błędów w zakresie zaoferowanych wartości szkoleń, – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1-2 p.z.p. oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., ponieważ w konsekwencji prowadzenia negocjacji oferty dokonano niedozwolonej zmiany jej treści, błędnie zakwalifikowanej jako poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych, lub wyjaśnienie treści oferty, – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., ponieważ zawiera błędy w obliczeniu ceny, w wartości dokumentacji technicznej, w wartości szkoleń oraz łącznych wartości oferowanych systemów, a w konsekwencji w zakresie zaoferowanie ceny, w tym z rozbiciem na lata realizacji – stwierdziła jak niżej.

Skład orzekający wskazuje, że czynności poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy Saab została przez zamawiającego dokonana w sposób prawidłowy. Szczegółowa ocena w tym zakresie znajduje się we wcześniejszej części uzasadnienia – co

do zarzutu nr 5 z *petitum* odwołania sygn. akt KIO 1383/19 i jest aktualna oraz właściwa w zakresie rozpoznawanego zarzutu odwołującego konsorcjum Elbit.

Ponadto Izba zauważa, że odwołujący pominął, że wada oferty w postaci omyłki rachunkowej została poprawiona bez udziału wykonawcy Saab, zatem nie doszło w tym przedmiocie do nieuprawnionych negocjacji. Umknęło przy tym uwadze odwołującego, że negocjacje wymagają udziału dwóch stron i nie mieści się w pojęciu nieuprawnionych negocjacji decyzja zamawiającego, oparta na art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p. (*vide* pismo z dnia 26.11.2018 r.). Dodać również wypada, że Izba nie podzieliła tezy odwołującego o hipotetycznie drugiej możliwości poprawienia omyłki rachunkowej, ponieważ jest to subiektywne stanowisko strony, sprzeczne z brzmieniem formularza ofertowego.

Skład orzekający wskazuje także, że nie powinna dziwić okoliczność, iż z powodu omyłki doszło do nieścisłości w wyliczonych wartościach i trudno uznać, że zamawiający, który poprawił ceny w formularzu wykonawcy Saab „wykreował nowe oświadczenie”, jak podniósł odwołujący. Zamawiający uwzględnił konsekwencje rachunkowe dokonanej poprawki omyłki, co spowodowało poprawienie w formularzu ceny za przedmiot umowy, w tym co do wartości LSS, KSSPW i STWPW i ceny za poszczególne lata realizacji umowy – i gdyby zamawiający tego nie dokonał to naruszyłby ustawę p.z.p., bowiem nakaz uwzględnienia konsekwencji rachunkowych omyłki i poprawienie ich w formularzu oferty wykonawcy Saab wynika z dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p.

Następnie Izba stwierdziła, że zamawiający powinien również poprawić nie tylko cenę za poszczególne lata, ale i zliczyć wartość za dany przedmiot za wszystkie lata (LSS, KSSPW i STWPW), ponieważ poprawiono ceny, ale zamawiający nie uzupełnił wszystkich kolumn formularza. Zamawiający nie wypełnił informacyjnych kolumn co do tego, ile wynosi łączna wartość LSS, KSSPW i STWPW. Zgodnie z treścią formularza oferty nie były to kolumny do wliczenia w cenę i nie wpływa to w żaden sposób na merytoryczną treść oferty, z której jasno i klarownie wynika co i ile kosztuje. Brak wpisania wyniku zsumowania LSS, KSSPW i STWPW (które są wycenione na poszczególne lata, dla każdego, danego przedmiotu, ale nie ma już podania sumy dla tych lat) świadczy o tym, że sam zamawiający ma problem z wypełnieniem formularza ofertowego. Tym niemniej brak wpisania informacyjnych danych, ile suma wartości LSS, KSSPW i STWPW wynosi w żaden negatywny sposób nie służy na ofertę, jest to niedokładność zamawiającego, bez wpływu na wynik postępowania.

Skład orzekający ustalił, że zamawiający, pismem z 18.06.2019 r. wezwał wykonawcę Saab, na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., do złożenia wyjaśnień treści oferty co do wartości dokumentacji technicznej dla LSS, KSSPW i STWPW. Izba ustaliła, że do wskazania wartości dokumentacji technicznej wzywano czterech z sześciu wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wszyscy wykonawcy nie wypełnili zaczerpniętej przez zamawiającego pozycji w formularzu oferty, w wierszach „w tym szkolenie i DT”, co do dokumentacji technicznej. Formularz został zaczerpnięty przez zamawiającego, nie zaczerpnięto tylko kolumny wartość. Już na pierwszy rzut oka widać, że zamawiający nie dołożył należytej staranności w konstruowaniu formularza ofertowego i niewiadomym było, czy chce, żeby informacyjnie wartość za DT wskazać, czy też nie. Jest to obiektywna wada formularza, która znalazła odzwierciedlenie w czterech złożonych ofertach.

Izba wskazuje, że w wierszach pn. w tym wartość szkolenia i DT wpisywano informacyjnie, ile wynoszą kwoty, które są składnikami ceny jednostkowej, wywód w tym zakresie został zawarty w omówieniu zarzutu co do omyłki rachunkowej w formularzu wykonawcy Saab w odwołaniu 1383/19 i dla odwołania konsorcjum Elbit również pozostaje adekwatny i aktualny. Krótko podsumować należy, że wiersze „w tym szkolenie i DT”, do których co do wartości dokumentacji technicznej wzywano wykonawców do złożenia wyjaśnień, na kwie art. 87 ust. 1 p.z.p., wykonawcy wypełniali w celu wskazania, ile kosztuje szkolenie i dokumentacja techniczna, zawarte w cenie wykonawcy.

Wymagania, aby wyszczególnić z ceny oferty wartość za szkolenie i DT, które zgodnie z formularzem oferty zawierają się w cenie wykonawcy, stanowią wymóg formalny zamawiającego. Brak wskazania wartości w wierszach „w tym szkolenie i DT” („w tym” – to jest w „cenie jednostkowej netto uwzględniającej wartość szkolenia i DT”, „VAT”, w „cenie jednostkowej brutto uwzględniającej wartość szkolenia i DT”, co mnożono przez „ilość” i podawano wynik w kolumnie „wartość”), nie powoduje niezgodności w sferze zobowiązania wykonawcy, czyli w warstwie merytorycznej oferty. Powoduje to li tylko niezgodność z wymogiem formalnym formularza. Innymi słowy, brak podania w ofercie odrębnie wartości dokumentacji technicznej, kiedy formularz ofertowy w sposób jednoznaczny narzucił uwzględnienie tej ceny w cenach jednostkowych netto/brutto (czyli szkolenie i dokumentacja techniczna jest elementem składowym ceny ryczałtowej), powoduje uchybienie jedynie w zakresie wymagań formalnych dokumentacji postępowania. Taka nieścisłość nie może być kwalifikowana przez pryzmat w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., który dotyczy niezgodności oferty w zakresie zobowiązania wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, czyli dotyczy warstwy merytorycznej oferty, a nie uchybień w zakresie jej formy.

W wyniku postępowania wyjaśniającego wykonawca Saab wskazał w jakiej wysokości w swojej ofercie wycenił dokumentację techniczną i odwołujący nie udowodnił, aby doszło do naruszenia art. 87 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że tezy odwołującego, że w ofercie nie uwzględniono wartości DT są sprzeczne z materiałem procesowym i pomijają treść oferty wykonawcy. W szczególności umknęło odwołującemu, że dokumentacja techniczna jest składnikiem ceny, wliczonym w nią niezależnie, czy w wierszu z danymi informacyjnymi wskazano, ile ona kosztuje, czy też nie (*vide* formularz ofertowy i SIWZ).

W rozpoznawanym sporze zastosowanie znajdzie stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 08.05.2013 r., sygn. akt XII Ga 186/13, które skład orzekający podziela, gdzie stwierdzono, że „oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Nie musi natomiast wypełniać wymogów zamawiającego co do formy prezentacji. Każdy wymóg postawiony przez zamawiającego w SIWZ co do formy składanych ofert może być traktowany wyłącznie jako zalecenie sporządzenia oferty we wskazany sposób, nie zaś jako bezwzględny obowiązek wykonawców (por. również wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 09.09.2015 r. sygn. akt XII Ga 373/15).

Wypada podkreślić także, iż brak wskazania w cenie wartości za dokumentację techniczną przez czterech wykonawców, spowodowany był niejasnym i zaczerpniętym formularzem ofertowym, zatem spowodowany był działaniem zamawiającego, który nieprawidłowo przygotował dokumentację postępowania. Kiedy to na zamawiającym spoczywa obowiązek takiego przygotowania SIWZ, aby treść oferty wykonawców mogła być przygotowana zgodnie z jego oczekiwaniami i aby nie zachodziły żadne wątpliwości co do intencji jednostki zamawiającej.

Izba stwierdziła dalej, że odwołujący nie udowodnił, aby w ofercie wykonawcy Saab doszło do jakiegokolwiek błędu w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., czyli do wady w obliczeniu ceny w wyniku błędnego rozpoznania stanu faktycznego przez wykonawcę i przyjęcia nieprawidłowych podstaw do dokonywanej kalkulacji, co powoduje, że wykonawca Saab miałby rzekomo nie uwzględnić merytorycznych wymagań zamawiającego. Nie wykazano, aby Saab nie wycenił obowiązkowych elementów zamówienia, jak również nie wykazano, aby w ofercie doszło do błędów, nie kwalifikujących się do poprawienia na kanwie art. 89 ust. 2 pkt 2 p.z.p. Odwołujący nie udowodnił także, aby zamawiający w sposób nieprawidłowy poprawił oczywistą omyłkę rachunkową w cenie oferty. Wreszcie zarzut prowadzenia negocjacji ani nie został wykazany, ani nie znalazł potwierdzenia w materiale procesowym.

Izba wskazuje również, że wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii prywatnej, w postaci opinii prawnej z 30.07.2019 r. złożony na okoliczności wykazania istotnego charakteru wartości dokumentacji technicznej z punktu widzenia obowiązków publiczno-prawnych zamawiającego, został pominięty jako niedopuszczalny na kanwie art. 190 ust. 1 p.z.p., ponieważ nie zmierzał on do ustalenia faktów, z których strona wywodzi skutki prawne.

Jedynie na marginesie skład orzekający zaznacza, że wskazane w opinii interpretacje dotyczą odmiennego stanu faktycznego, a wykładnia treści SIWZ została dokonana z brakiem poszanowania zasady obiektywizmu. Nadto, w sposób następczy usiłuje się nadać informacyjnemu obowiązkowi wskazania wartości dokumentacji technicznej, który zawarto

w cenie, niebagatelną rangę – kiedy wskazuje się na ewentualne negatywne konsekwencje nie wyszczególnienia tej ceny. Umknęło jednak stronie, że do takiej sytuacji nie może dojść, nawet w sposób hipotetyczny.

Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzuty postawione w lit. C pkt 4, 5 i 6 *petitum* odwołania.

Skład rozpoznający spór wskazuje dalej, że zarzuty w zakresie braku wyszczególnienia w cenie oferty wartości dokumentacji technicznej odwołujący postawił również ofercie konsorcjum PGZ, w postaci: – zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum PGZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1-2 p.z.p. i art. 7 ust. 1 p.z.p., pomimo niewskazania przez tego wykonawcę w ofercie wartości dokumentacji technicznej i prowadzenie negocjacji w tym zakresie, skutkujących uzupełnieniem treści oferty po terminie składania ofert (lit. D pkt 2 z *petitum* odwołania), – zaniechania odrzucenia tej oferty, pomimo, że zawiera błędy w obliczeniu ceny w zakresie wartości DT (lit. D pkt 3 z *petitum* odwołania).

Wывód Izby przedstawiony w rozpoznaniu zarzutów z lit. C pkt 4, 5 i 6 *petitum* odwołania dotyczący składnika cenowego w postaci dokumentacji technicznej i formalnego wymogu SIWZ wskazania na ile składnik ten w cenie wyceniono, przedstawiony powyżej, znajduje całkowite zastosowanie dla oferty konsorcjum PGZ, bowiem co do braku podania w wierszach „w tym szkolenie i DT”, doszło do tego samego błędu – obaj wykonawcy nie wskazali w tym wierszu wartości za dokumentację techniczną.

Ponadto, skład orzekający podziela stanowisko konsorcjum PGZ zaprezentowane w wyjaśnieniach z 19.06.2019 r., złożonych na wezwanie zamawiającego z 18.06.2019 r., potwierdzających uwzględnienie w cenie wartości za dokumentację techniczną. Wykonawca przedstawił w wyjaśnieniach okoliczności faktyczne i prawne odnoszące się do kwestii wartości DT w jego formularzu cenowym, potwierdzające zgodność oferty z SIWZ, które odwołujący pominął we wniesionym środku zaskarżenia.

Izba zauważa także, iż odwołujący w sposób nieuprawniony porównuje wyjaśnienia konsorcjum Cubic do wyjaśnień konsorcjum PGZ, kiedy są to dwie diametralnie różne sytuacje, zarówno co do okoliczności faktycznych, jak i oceny prawnej. Zatem o żadnej analogii nie może być mowy.

W ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił, że brak wypełnienia wymagań co do formy przedstawienia oferty, w postaci braku wyszczególnienia na ile wyceniono dokumentację techniczną, zawartą w cenie oferty konsorcjum PGZ, na kanwie brzmienia dokumentacji postępowania, może być kwalifikowany przez pryzmat art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Odwołujący nie wykazał także, aby zamawiający prowadził nieuprawnione negocjacje z wykonawcą w tym zakresie. Nie udowodniono również, że cena za dokumentację techniczną nie została zawarta

w cenie oferty konsorcjum PGZ. Dalej, także nie udowodniono, aby konsorcjum PGZ popełniło jakikolwiek błąd w cenie, mieszczący się w hipotezie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzuty z lit. D pkt 2 i 3 z *petitum* odwołania, ponieważ nie znajdują one potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym.

Skład orzekający, w zakresie zarzutu podniesionego w lit. D pkt 1 *petitum* odwołania – zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum PGZ, pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, w zakresie zaoferowanego podzespołu zasilacza do stacji roboczej SD – stwierdził co następuje.

Izba ustaliła, że w pkt 14.3 pozycji 6 formularza ofertowego zamawiający postawił wymaganie „zasilacz o mocy (ciągłej) maksymalnie 250 W pracujący w sieci 230 V 50/60 Hz prądu zmiennego i sprawności nie mniejszej niż 92% przy 50% obciążenia zasilacza”. Wymóg ten znajduje się na str. 39 wykazu standardów MON, w pozycji obudowa.

Konsorcjum PGZ w formularzu ofertowym, w pkt 14.1 poz. 6 zasilacz, zaoferowało zasilacz o kodzie producenta DELL L260EPM-00. Odwołujący podniósł, iż wskazany przez konsorcjum PGZ zasilacz posiada moc 260 W, co stoi w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego. Odwołujący przedstawił dowody w postaci wyciągów ze strony internetowej – specyfikacja techniczna stacji roboczej SD OPTIPLEX 7060, fragmenty oferty dla modelu OPTIPLEX 7060 MT DELL oraz oświadczenie dystrybutora sprzętu IT VOL Sp. z o.o. Sp. k., wszystkie na okoliczność, że w modelu zaoferowanym przez PGZ standardowa moc zasilacza to 260 W. Przedstawiono również wyciąg ze strony internetowej, zawierający „przykładowe zasilacze DELL i ich moce”, tym niemniej brak złożenia tłumaczenia dowodu powoduje, że został on przez Izbę pominięty (§ 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań).

Skład rozpoznający spór stwierdził, że w dokumentacji postępowania wymagano zasilacza o mocy ciągłej i żaden z dowodów odwołującego nie wskazuje, że moc ciągła zasilacza konsorcjum PGZ do komputera OPTIPLEX 7060 MT DELL jest niezgodna z wymaganiami SIWZ. We wszystkich dowodach występuje pojęcie „mocy zasilacza”, bez wskazania, że jest to wymagany przez zamawiającego typ mocy, tj. moc ciągła.

Jak wyjaśniło konsorcjum PGZ, co Izba podziela, typy mocy urządzeń można opisać jako moc ciągłą, czy moc szczytową (maksymalną). Okoliczność ta została potwierdzona dowodem w postaci oświadczenia producenta DELL. Ponadto z dowodu wynika, że producent w swoich katalogach wskazuje na typ mocy w postaci maksymalnej mocy szczytowej.

Dowody ze specyfikacji technicznych, złożone przez odwołującego, w ogóle nie dotyczą typu mocy wymaganej przez zamawianego, oświadczenie dystrybutora VOL Sp. z o.o. Sp. k. również nie wskazuje w swojej treści na typ mocy, zatem nie dotyczą one oferty konsorcjum PGZ. Skład orzekający uznał zatem, że dowody odwołującego są nieprzydatne

dla rozstrzygnięcia, bowiem odwołujący w żaden sposób nie powiązał ich z wymaganiami dokumentacji postępowania.

Odwołujący podnosił, że dowód konsorcjum PGZ – oświadczenie producenta DELL, przygotowane dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zostało złożone przez podmiot bezpośrednio zainteresowany wynikiem rozstrzygnięcia, czyli sprzedają swoich urządzeń, więc jest on mniej wiarygodny, niż ogólnodostępne specyfikacje techniczne. Skład orzekający nie podzielił tego stanowiska. W ocenie Izby autentyczne i niezakwestionowane oświadczenie producenta DELL udowadnia rzeczywistą cechę produktu, jaką jest moc ciągła zasilacza urządzenia konsorcjum PGZ i Izba nie znalazła podstaw, aby nie dać mu wiary. W istocie informacja od producenta, złożona bezpośrednio kontrahentowi i mogąca stanowić ewentualną podstawę do przyszłych roszczeń, jest dowodem znacznie bardziej wiarygodnymi, niż karty katalogowe pochodzące z internetu. Ponadto, jak już wcześniej zaznaczono, specyfikacje techniczne odwołującego w ogóle nie dotyczą mocy ciągłej, zatem nie ma tu żadnej sprzeczności.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła zatem, że odwołujący nie wykazał, aby urządzenie zaoferowane przez konsorcjum PGZ posiadało nieprawidłową moc ciągłą zasilacza, zatem nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i jako bezpodstawny został on przez Izbę oddalony.

Krajowa Izba Odwoławcza, w przedmiocie zarzutów postawionych w lit. B pkt 1, 2 i 3 *petitum* odwołania – nieprawidłowego odrzucenia oferty odwołującego z postępowania, w tym: naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., z powodu błędnej oceny, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, naruszenia przez zamawiającego art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p., poprzez błędną wykładnię oświadczenie woli odwołującego, zawartego w ofercie i błędną wykładnię SIWZ, co w konsekwencji spowodowało przyjęcie, że oferta jest niezgodna z SIWZ, naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 – 3 p.z.p. i art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez bezprawne przyjęcie, że wyjaśnienia odwołującego mające na celu wykazanie podstaw kalkulacji ceny i składane po terminie składania ofert mogą stanowić podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w oparciu o informacje nie wymagane w SIWZ na etapie składania ofert, a dopiero na etapie realizacji umowy oraz nie żądane od innych wykonawców i nie stanowiące wiążącej oferty odwołującego, co skutkowało bezprawnym odrzuceniem oferty odwołującego oraz rażącym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności oraz prowadzenie postępowania wyjaśniającego w złej wierze, polegające na celowym, wielokrotnym wzywaniu odwołującego do potwierdzenia nie wymaganych treścią SIWZ okoliczności, pod pozorem wyjaśniania podstaw kalkulacji ceny oraz bez sprecyzowania

rzeczywistego celu wyjaśnień, podstaw wątpliwości, w tym własnej interpretacji zamawiającego wyjaśnień i postanowień SIWZ, co wprowadziło w błąd odwołującego, działającego w dobrej wierze, co do motywów i celu postępowania wyjaśniającego – stwierdziła jak niżej.

Skład rozpoznający odwołanie, w oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, ustalił następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

1. Pismem z 26.11.2018 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p., w tym str. 2 – 4 wezwania zawiera żądanie wskazania opisu zastosowanych rozwiązań technologicznych.

2. Na powyższe wezwanie, odwołujący odpowiedział pismem z 12.12.2018 r., które zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wyjaśnienia „dotyczące elementów oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę, mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny”, zgodnie z ich treścią, zostały złożone przez wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p.

3. Pismem z 15.01.2019 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. oraz art. 87 ust. 1 p.z.p. do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz dotyczących treści złożonej oferty. Na str. 3 wezwania zamawiający wskazał:

„W odniesieniu do treści złożonej oferty wskazujących zgodność oferowanych wyrobów z wymaganiami SIWZ:

4. W odniesieniu do zapisów wyjaśnień na str. 20 ujętych w tabeli 1 pkt 7 na str. 19, proszę o potwierdzenie zastosowania przez wykonawcę makiet do ppkt „SPIKE-LR”, GROM, RPG-7W i MK-19. Jednocześnie proszę o przedstawienie kalkulacji cenowego wykonania każdego wyrobu, wymienionego w pkt 7 tabeli 1 (na zasadach określonych w akapicie 3 pisma).

5. W odniesieniu do zapisów wyjaśnień na str. 33 proszę o wyszczególnienie środków łączności z podziałem dla każdej lokalizacji LSS i KSSPW z przedstawieniem pięciu odrębnych kalkulacji cenowych (osobno dla każdej lokalizacji), na zasadach określonych w akapicie 3 pisma. W przedmiotowych kalkulacjach należy uwzględnić informacje wskazane w ostatnim akapicie pkt 8.1 na str. 35 wyjaśnień”.

4. Na powyższe wezwanie, odwołujący odpowiedział pismem z 30.01.2019 r., które zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wyjaśnienia „dotyczące elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz dotyczące treści złożonej oferty”, zgodnie z ich treścią, zostały złożone przez wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. i art. 87 ust. 1 p.z.p.

5. Pismem z 05.02.2019 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., „do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty wskazujących zgodność oferowanych przedmiotów z wymaganiami SIWZ:
1. W odniesieniu do zapisów wyjaśnień ze str. 19, przesłanych do zamawiającego pismem z dnia 30.01.2019 r., proszę o wykazanie spełnienia wymagań pkt 7.12.6 WZTT (KSSPW) oraz pkt 7.7.10 (LSS) dotyczących instalacji urządzeń symulacyjnych do uzbrojenia:
 - a) ppk SPIKE-LR (dot. KSSPW),
 - b) RPG-7W z PCS-5 (dot. KSSPW i LSS),
 - c) 40 mm granatnika automatycznego MK-19 MOD.3 (dot. KSSPW i LSS),
 - d) przenośny przeciwlotniczy zestaw raketowy GROM (dot. KSSPW).
 2. W odniesieniu do zapisów wyjaśnień na str. 19, przesłanych do zamawiającego pismem z dnia 30.01.2019 r., proszę o wykazanie spełnienia wymagań pkt 7.2.6 WZTT (KSSPW) oraz pkt 7.2.5 WZTT (LSS), oddzielnie dla każdej lokalizacji dotyczących:
 - a) liczby masztów stacjonarnych,
 - b) liczby masztów mobilnych.”
6. Na powyższe wezwanie odwołujący odpowiedział pismem z 14.02.2019 r., które zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.
- Wyjaśnienia „wykazujące zgodność oferowanych wyrobów z wymaganiami SIWZ”, zgodnie z ich treścią, zostały złożone przez wykonawcę na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p.
7. Zawiadomieniem z 06.07.2019 r. zamawiający poinformował odwołującego, że odrzuca jego ofertę, jako niezgodną z treścią SIWZ (str. 4 – 7 zawiadomienia).

Izba stwierdziła, że nie potwierdziło się w materiale procesowym, aby zamawiający prowadził wadliwe postępowanie wyjaśniające co do oferty odwołującego. Nie potwierdziło się również, aby tylko odwołujący był wzywany do wyjaśnień treści oferty w spornym zakresie, czy żeby były one przeprowadzone przez zamawiającego z naruszeniem art. 7 ust. 1 p.z.p. Odwołujący złożył wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny z których wynikała wątpliwość zamawiającego, co do spełnienia wymagań dokumentacji postępowania, zatem w tym przedmiocie kontynuowano postępowanie wyjaśniające (*vide* pkt 3 – 6 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Odwołujący pomija, iż wezwanie zamawiającego z 26.11.2018 r. co do sposobu kalkulacji ceny i co do zaoferowanych w ofercie rozwiązań (*vide* pkt 1 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) zostało skierowane – w tej samej treści, jak do odwołującego – również do wykonawcy Saab i konsorcjum Cubic. Przedsiębiorcy odpowiadali dokładnie na te same

wezwanie, w przedmiocie ceny i zaoferowanych w ofercie rozwiązań i w zależności od treści odpowiedzi zamawiający kontynuował, lub nie kontynuował, postępowania wyjaśniającego w danym zakresie, powodującym, lub nie powodującym dalszych wątpliwości.

Szczegółowe postępowanie wyjaśniające było prowadzone przez zamawiającego:

- co do oferty konsorcjum Cubic – w tym m.in. w przedmiocie oferowanych masztów, co zostało spowodowane treścią wyjaśnień wykonawcy, złożonych na wezwanie z 26.11.2018 r., z tymże w wyniku kolejnych wyjaśnień wykonawcy potwierdzonym zostało, że wykonawca oferuje maszty zgodnie z SIWZ i dalsze wzywanie w tym zakresie nie było potrzebne,
- co do oferty konsorcjum wykonawcy Saab – w tym m.in. w przedmiocie możliwości oferowania replik w ofercie, co zostało spowodowane treścią wyjaśnień wykonawcy, złożonych na wezwanie z 26.11.2018 r., z tymże w wyniku kolejnych wyjaśnień wykonawcy potwierdzonym zostało, że wykonawca nie oferuje replik i dalsze wzywanie w tym zakresie nie było konieczne,
- co do oferty Rheinmetall Electronics GmbH – również w przedmiocie możliwości oferowania replik w ofercie, spowodowane treścią wyjaśnień wykonawcy, tym niemniej w wyniku kolejnych wyjaśnień potwierdzonym zostało, że wykonawca nie oferuje replik i dalsze wzywanie w tym zakresie nie było potrzebne.

Izba ustaliła dalej, że również konsorcjum PZG było kilkakrotnie wzywane przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści oferty. Rekapitulując, każdy z przedsiębiorców, którzy złożyli oferty, składał wyjaśnienia ich treści.

Zamawiający nie wyjaśniał w sposób szczegółowy oświadczeń wykonawcy, kiedy wykonawca nie wskazał okoliczności powodujących możliwość zaoferowania rozwiązań nieodpowiadających dokumentacji postępowania. Nie znalazło zatem żadnego potwierdzenia w materiale dowodowym stanowisko odwołującego, że weryfikacja rozwiązań technicznych nie była dokonywana przez zamawiającego na etapie oceny ofert, kiedy dokonywano tego w formularzu ofertowym (patrz np. pkt 13 formularza), jak i w toku badania i oceny ofert. Za to potwierdziło się, że odwołujący przedstawił okoliczności faktyczne w sposób wybiórczy, pomijając fakty, które są istotne, ale dla niego niekorzystne, lub przedstawił je w niezwykle subiektywny sposób. Takie działanie zasługuje na krytykę.

Izba nie dała wiary twierdzeniom odwołującego, że „dopiero z treści uzasadnienia odrzucenia oferty dowiedział się jakie były rzeczywiste motywy i cel prowadzonej korespondencji”. Przedsiębiorcy, którzy składają wyjaśnienia treści oferty i wskazują, że dokonują tego na kanwie art. 87 ust. 1 p.z.p. (patrz treść wyjaśnień odwołującego z 30.01.2019 r. i treść wyjaśnień odwołującego z 14.02.2019 r., gdzie wykonawca ten wskazał, że „przedstawiamy wyjaśnienia treści oferty wykazujące zgodność oferowanych wyrobów z wymaganiami SIWZ”), powinni zdawać sobie sprawę z ważkich konsekwencji swoich oświadczeń, dotyczących dokonania wyjaśnienia treści złożonej oferty.

Skład orzekający stwierdził również, że stanowisko odwołującego, że można konwalidować jego oświadczenia o tym co zaoferował w złożonej ofercie, niezgodnie z treścią SIWZ – bowiem „informacje te będą wymagane dopiero w projekcie wykonawczym (§ 8 wzoru umowy) na etapie spełnienia świadczenia i będą przedmiotem uzgodnień pomiędzy stronami, a wcześniejsze przekazanie ich może być rozpatrywane co najwyżej jako koncepcja, wstępnie planowany sposób realizacji umowy, w zakresie dwóch drobnych, niekluczowych aspektów technicznych” – jest sprzeczne z dokumentacją postępowania. Takie tezy całkowicie pomijają wymagania opisu przedmiotu zamówienia i są na kanwie SIWZ nieuprawnione.

Umknęło również uwadze odwołującego, że § 8 istotnych postanowień umowy stanowi, iż projekt wykonawczy ma przedstawiać „koncepcję użytkowania symulatorów”, nie jest zatem prawdą, że dopiero na etapie wykonania umowy, tj. podczas tworzenia projektu wykonawczego, miałyby być sprecyzowane, czy uzgadniane elementy przedmiotu zamówienia dotyczące ilości masztów stacjonarnych, czy sposobu montowania urządzeń na uzbrojeniu. Projekt wykonawczy stanowi rozwinięcie wykonania szczegółowych wymagań zamawiającego, określonych w WZTT, ale nie powoduje ich zastąpienia. Zatem oferta odwołującego, niezgodna z WZTT nie może zostać sanowana w projekcie wykonawczym. Oświadczenie o zawarciu w ofercie większej liczby masztów stacjonarnych niż wymagane przez zamawiającego, jak również o użyciu replik (makiet), powoduje fundamentalną sprzeczność rozwiązań oferowanych przez odwołującego z rozwiązaniami opisanym i wymaganym przez zamawiającego w dokumentacji postępowania.

Przechodząc do poszczególnych aspektów niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, Izba wskazuje, że ilość masztów stacjonarnych (wyłącznie jeden maszt) w sposób jednoznaczny został określony w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ i potwierdzany w ofercie i nie jest to elementem koncepcji czy negocjacji, jak w sposób bezpodstawny usiłował insynuować odwołujący.

Zgodnie z dokumentacją postępowania zamawiający wskazał jakich masztów, o jakich wymaganiach i w jakich ilościach wymaga. Co istotne dla sporu w pkt 7.2.5 WZTT dla LSS i w pkt 7.2.6 WZTT dla KSSPW dot. sprzętu teleinformatycznego i radiowego w sposób jednoznaczny określono wymagania w przedmiocie masztów stacjonarnych, tj.:

1. pkt 7.2.6 WZTT dla KSSPW sprzęt teleinformatyczny i radiowy „Wymaga się instalacji tylko jednego masztu stacjonarnego o maksymalnej wysokości do 50 m (tj. rejonie, w którym prowadzona jest działalność ogniowa) w okolicy budynku przeznaczonego dla ZKC”,
2. pkt 7.2.5 WZTT dla LSS sprzęt teleinformatyczny i radiowy „W przypadku rozwiązania w układzie masztów stacjonarnych i mobilnych wymaga się rozstawienia tylko jednego masztu stacjonarnego o maksymalnej wysokości:

- 50 m na OSPWL Żegań (przy budynku kierownika obiektu na strzelnicy bojowej czołgów w m. Świątoszków lub przy budynku kierownika obiektu PCT wzgórze prezydenckie w m. Świątoszów lub przy budynku kierownika obiektu PCT „Joanna” w m. Żagań),
- 50 m na OSPWL Wędrzyn (strzelnica wozów bojowych/prawa/do 300 metrów od budynku obsługi strzelnicy lub pas ćwiczeń taktycznych w odległości 300 metrów od budynku obsługi pasa taktycznego),
- 20 m na OSPWL Orzysz (100 m wokół budynku kierownika obiektu strzelnicy bojowej piechoty Bemowo Piskie lub 100 m wokół budynku kierownika obiektu strzelnicy bojowej piechoty Gaudynek lub 100 m wokół budynku kierownika obiektu PCT),
- 50 m na OSPWL Nowa Dębna (strzelnica wozów bojowych lub Plan Ćwiczeń Taktycznych – II kierunek/przy drodze/lub strzelnica Piechoty „Bojanów”);

Wymagania te zostały wskazane również przez zamawiającego w formularzu ofertowym w pkt 13 – pozycja 4 dla LSS i pozycja 4 dla KSSPW.

W zakresie szczegółowych wymagań zamawiającego dla masztów weryfikacja zobowiązania wykonawcy następowała w pkt 13 złożonego formularza ofertowego, gdzie odwołujący wskazał, że spełnia wymagania:

- a) WZTT dla KSSPW systemu teleinformatycznego oraz radiowego (7.2.6 w zakresie masztów) w poz. 4 formularza – str. 7 oferty konsorcjum Elbit,
- b) WZTT dla LSS systemu teleinformatycznego oraz radiowego (7.2.5 w przedmiocie masztów) w poz. 4 – str. 10 i 11 oferty konsorcjum Elbit.

Tym niemniej oświadczenie odwołującego, że spełnia powyższe wymagania nie potwierdziły się w toku postępowania wyjaśniającego, prowadzonego przez zamawiającego.

W wyjaśnieniach z 14.12.2018 r. odwołujący na str. 33 pkt 8.1 lit. c i d wskazał ile i jakie maszty oferuje, była to odpowiedź na pkt 8 wezwania do złożenia wyjaśnień z 26.11.2018 r., co do kalkulacji cenowej przyjętej w ofercie, w zakresie środków łączności bezprzewodowej, zaoferowanych w ramach KSSPW i LSS. Wyjaśnienia wskazują, że liczba masztów stacjonarnych najprawdopodobniej jest niezgodna z SIWZ. Brak jest również wyceny masztów.

Zamawiający pismem z 15.01.2019 r. wezwał wykonawcę (art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 p.z.p.), aby w odniesieniu do ww. str. 33 wyszczególnił środki łączności, dla każdej lokalizacji LSS i KSSPW, z przedstawieniem pięciu odrębnych kalkulacji cenowych, osobno dla każdej lokalizacji. W wyjaśnieniach z 30.01.2019 r. na str. 19 pkt 8 odwołujący wskazał, że środki łączności szczegółowo wskazano w załączniku nr 1 do wyjaśnień w postaci tabeli szczegółowej (poz. 70-115 i 233-256). Treść tam zawarta wskazuje, że liczba masztów stacjonarnych jest niezgodna z SIWZ.

Zamawiający pismem z 05.02.2019 r. poprosił o wykazanie spełnienia wymagań pkt 7.2.6 WZTT dla KSSPW i pkt 7.2.5 WZTT dla LSS, oddzielnie dla każdej lokalizacji, co do

liczby masztów stacjonarnych i mobilnych. Z wyjaśnień z 14.02.2019 r. str. 4 – 5 (ad. 2 wezwania) wynika, że liczba masztów stacjonarnych jest niezgodna z SIWZ, co ma też odzwierciedlenie na str. 7 – 10 wyjaśnień.

Zatem w wyniku udzielonych wyjaśnień kilkakrotnie i konsekwentnie wskazywano, że wymaganie opisu przedmiotu zamówienia z pkt 7.2.6 WZTT dla KSSPW i z pkt 7.2.5 WZTT dla LSS w przedmiocie rozstawienia tylko jednego masztu stacjonarnego, dla danego ośrodka szkolenia poligonowego wojsk lądowych, nie zostało w ofercie spełnione.

Ponadto odwołujący podnosił, że według niego zwrot „wymaga się rozstawienia tylko jednego masztu stacjonarnego” można odczytywać inaczej, jako obowiązek postawienia minimum jednego masztu w określonej lokalizacji. Taka wybiórcza „wykładnia” wymagań zamawiającego jest nieuprawniona i brak jest w omawianej treści dokumentacji jakichkolwiek podstaw do jej przyjęcia.

Po pierwsze, w ocenie składu orzekającego, odwołujący feruje interpretację wymagania zamawiającego z całkowitym pominięciem kontekstu w jakim został użyty. Rezultatem wykładni treści „wymaga się rozstawienia tylko jednego masztu stacjonarnego”, z wykorzystaniem prawidłowego znaczenia tworzących go wyrazów, na kanwie dokumentacji postępowania – w szczególności zaś prawidłowego znaczenia wyrazu „tylko” – może być jedynie przyjęcie, że intencją zamawiającego było zastrzeżenie możliwości posadowienia nie więcej niż jednego masztu stacjonarnego. Z uwagi bowiem na znaczenie wyrazu „tylko” określenie „tylko jeden maszt” nie pozwala na zinterpretowanie go jako „co najmniej jeden maszt”, czy „minimalnie jeden maszt”. Odwołujący wskazał na jedno z kilku znaczeń wyrażenia „tylko”, które zgodnie z regułami języka polskiego może być stosowane jedynie w zupełnie innym kontekście, niż ten wynikający z SIWZ.

Po wtóre, z treści dokumentacji wynika, że wyrażenie „wymaga się rozstawienia tylko jednego masztu stacjonarnego” posiada charakter jednoznaczny i niebudzący wątpliwości u przeciętnego odbiorcy, do którego zostało skierowane. Nie ma tu więc mowy o jakichkolwiek obiektywnych wątpliwościach czy niejasności tej treści, która mogłaby być interpretowana na korzyść odwołującego.

Po trzecie, zamawiający wskazał konkretne lokalizacje, gdzie maszt stacjonarny należy postawić – patrz treść pkt 7.2.6 WZTT dla KSSPW i pkt 7.2.5 WZTT dla LSS, zacytowane przez Izbę powyżej. Dla masztu stacjonarnego z pkt 7.2.6 WZTT KSSPW wskazana została wyłącznie jedna lokalizacja.

Po czwarte, wymaganie postawienia wyłącznie jednego masztu w danej lokalizacji wynika z mapek poligonu zamawiającego, stanowiących część dokumentacji postępowania.

Po piąte, odwołujący przekonywał, że ferowane przez niego rozumienie wymagania zamawiającego to sposób „racjonalny i rozsądny”. Kiedy maszty stacjonarne powodują istotne ograniczenia na poligonie i dąży się do minimalizacji ilości masztów stacjonarnych, co

wykazało konsorcjum PGZ, dowodem w postaci pisma z 01.08.2019 r. Ponadto postawienie większej ilości masztów stacjonarnych (niż wymagany jeden), jest nie tylko sprzeczne z SIWZ, ale także znacząco mniej korzystne dla zamawiającego i niecelowe z powodów funkcjonalnych, zatem nie jest ani racjonalne, ani rozsądne i odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Skład orzekający podzielił w tym zakresie również stanowisko konsorcjum PZG i wykonawcy Saab, wskazane w pismach procesowych wykonawców.

Każdy z wyżej wskazanych argumentów samoistnie i niezależnie skutkuje brakiem możliwości zaakceptowania „wykładni” odwołującego i sam w sobie dyskwalifikuje stanowisko odwołującego – wszystkie razem natomiast czynią je nieuzasadnionym aktem pustej polemiki z zamawiającym, bez żadnego realnego uzasadnienia.

Skład orzekający wskazuje również, że „dowód” złożony przez odwołującego, w postaci oświadczenia z 01.08.2019 r. złożonego przez jednego z członków konsorcjum odwołującego, na okoliczność, że producent systemów Elbit Systems stosuje takie same urządzenia transmisyjne na masztach mobilnych i stacjonarnych, stanowi stanowisko własne strony, która jest zainteresowana uzyskaniem korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia.

Krajowa Izba Odwoławcza, w przedmiocie kolejnego z aspektów niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, wskazuje, że w toku wyjaśnień zamawiający pozyskał wiedzę, że odwołujący oferuje makiety broni. Potwierdzono to trzykrotnie, w wyjaśnieniach składanych na każde wezwanie zamawiającego (*vide* pkt 1 – 6 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Zamawiający w szczegółowym opisie zamówienia dla: ppk SPIKE-LR (KSSPW), RPG-7W z PCS-5 (KSSPW i LSS), 40 mm granatnika automatycznego MK-19 MOD.3 (KSSPW i LSS) i przenośnego przeciwlotniczego zestawu rakietowy GROM (KSSPW), wymagał:

1. w pkt 7.12.6 WZTT dla KSSPW, iż „Urządzenia KSSPW powinny być montowane do nw. uzbrojenia i oddziaływać na uczestników szkolenia wg technologii wskazanej w załączniku nr 1”,
2. w pkt 7.7.10 WZTT dla LSS wymagano „Urządzenia LSS (wykonane według technologii zdefiniowanej w zał. nr 1) powinny być instalowane do broni indywidualnej żołnierzy, która będzie wykorzystywana podczas ćwiczeń (...)”.

Zamawiający zatem w sposób jednoznaczny wykluczył możliwość stosowania makiet, replik lub innych rozwiązań imitujących wymagane uzbrojenie. Zgodnie z pkt 7.12.6 WZTT dla KSSPW i pkt 7.7.10 WZTT dla LSS, elementy KSSPW i LSS mają być montowane (integrowane) do wskazanego uzbrojenia zamawiającego.

Izba podzieliła stanowisko wykonawcy Saab i konsorcjum PGZ, że na kanwie SIWZ, nie można oferować urządzeń, które imitują broń, nawet jeżeli taka makietka, może być używana w ten sam sposób co rzeczywista broń i posiada parametry oraz wagę zbliżoną do rzeczywistego uzbrojenia. Innymi słowy, makietka (replika, atrapa, rozwiązanie imitujące) jest

bronią zastępczą. Żołnierz nie wnosi własnej broni na miejsce szkolenia, zamiast tego otrzymuje dedykowaną broń treningową, która przypomina broń prawdziwą, ale zbudowaną dla potrzeb szkoleniowych. Natomiast zamawiający wskazał wymóg montowania urządzeń do uzbrojenia zamawiającego, którego na czas szkolenia pozbawia się możliwości oddania strzału bojowego.

Należy także zaznaczyć, że zamawiający w niektórych przypadkach dopuścił stosowanie makiet – w pkt 5 tabeli WZTT dla KSSPW wskazano „symulator powinien być instalowany w imitacji nw. środka bojowego i materiałowego”, zatem możliwość taka, kiedy została przez zamawiającego dopuszczona, wynikała bezpośrednio i jednoznacznie z SIWZ.

Nie było spornym, że przedsiębiorcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, posiadają w swojej ofercie symulatory wbudowane w zastępczą broń szkoleniową, czyli repliki (makiety, atrapy) oraz symulatory montowane na uzbrojeniu. Jedynie dodatkowo potwierdził to wydruk złożony przez konsorcjum PGZ, dotyczący repliki RPG-7. Dalej skład orzekający podkreśla, że oferty zostały złożone przez wykonawców prowadzących zawodową działalność sprzedaży na rynku obronności. Odwołujący jest profesjonalistą, działającym na rynku elektroniki obronnej. Ze względu zatem na okoliczności zamówienia trudno podzielić stanowisko odwołującego, że brak uszczegółowienia w SIWZ wyrażenia „makieta”, którym posługuje się odwołujący w swoich wyjaśnieniach, powoduje, że zamawiający w sposób nieuprawniony interpretuje jego wyjaśnienia jako oferowanie replik broni. Izba wskazuje, że w wyjaśnieniach odwołującego z 30.01.2019 r. na str. 19, w pierwszym akapicie odwołujący wskazuje co rozumie pod pojęciem makieta i jest to tożsame z rozumieniem makiety, jako repliki czy atrapy, na które wskazał wykonawca Saab i konsorcjum PGZ.

Ponadto wskazane wyjaśnienia odwołującego z 30.01.2019 r. na str. 19 jednoznacznie wykluczają, aby odwołujący chciał montować urządzenia na uzbrojeniu zamawiającego. Zostało to drugi raz potwierdzone przez odwołującego na str. 2 – 4 wyjaśnień z 14.02.2019 r. (ad. 1 wezwania lit. a – d), które wprost wskazują na zaoferowanie przez konsorcjum Elbit zabronionych przez zamawiającego urządzeń imitujących rzeczywistą broń. W szczególności warto zauważyć, że na str. 4 lit. d. wyjaśnień z 14.02.2019 r. używa się określenia replika.

Izba stwierdziła, że poczynione wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego ferowane przez stronę rzekome rozumienie pojęcia „makieta” – jako konieczne połączenie polegające na adaptacji jednego z elementów broni, umożliwiające odpowiednią integrację uzbrojenia indywidualnego żołnierza z nadajnikiem – nie ma nic wspólnego z wyjaśnieniami treści oferty w postępowaniu i odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej.

Nie sposób zgodzić się ze wskazywanym przez odwołującego rozumieniem wyrażenia „makieta” nie tylko w nomenklaturze przedsiębiorców działających na rynku obronności, ale także na kanwie potocznego rozumienia tego wyrażenia. Makieta według słownika języka polskiego PWN, w pojęciu mogącym mieć zastosowanie w sprawie, to model czegoś

wykonany w zmniejszonej skali, czy fragment dekoracji teatralnej lub filmowej imitujący autentyczny przedmiot lub budowlę. Zatem istotną cechą makiety jest element imitacji prawdziwego przedmiotu. Również kolokwialne znaczenie tego słowa kładzie nacisk na tę cechę. W świetle powyższego, interpretacja odwołującego jest oderwana również od znaczenia tego słowa w kontekście potocznym.

Izba stwierdziła, że potwierdziło się, iż odwołujący nie spełnia omawianych wymagań zamawiającego z pkt 7.12.6 WZTT dla KSSPW i pkt 7.7.10 WZTT dla LSS i oferuje w spornym zakresie repliki broni. Rozwiązania odwołującego są niezgodne z SIWZ, bowiem nie są instalowane na broni indywidualnej żołnierzy, ale na jej makietach, kiedy repliki funkcjonalności broni nie posiadają i nie mogą być za taką broń uznane. Zatem zamawiający w sposób prawidłowy odrzucił ofertę odwołującego.

Izba wskazuje również, że „dowód” złożony przez odwołującego, objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, na okoliczność w jaki sposób firma RUAG integruje systemy symulacyjne z prawdziwą bronią, stanowi stanowisko własne strony, która jest zainteresowana uzyskaniem korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia.

W konsekwencji powyższego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, aby zarzuty postawione w lit. B pkt 1, 2 i 3 *petitum* odwołania miały uzasadnione podstawy i jako takie zostały one przez skład orzekający oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza, w przedmiocie zarzutu postawionego w lit. B pkt 4 *petitum* odwołania – zarzutu postawionego na wypadek uznania, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., poprzez bezprawne zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, w zakresie sposobu spełnienia wymagań z pkt 7.12.6 WZTT dla KSSPW, pkt 7.7.10 WZTT dla LSS oraz pkt 7.2.5 WZTT dla LLS, względnie zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. – wskazuje co następuje.

W ocenie Izby wady oferty konsorcjum Elbit, omówione w rozpoznaniu zarzutów postawionych w lit. B pkt 1, 2 i 3 *petitum* odwołania, w zakresie zaoferowania zamawiającemu niezgodnego z dokumentacją postępowania przedmiotu zamówienia, co do zaoferowania nieprawidłowej liczby masztów stacjonarnych i replik broni, nie kwalifikują się do uznania ich za omyłki. Skład orzekający zauważa, że nie wskazano Izbie żadnej argumentacji, że po pierwsze są to niezamierzone błędy wykonawcy, czy niejednoznaczna, niejasna treść oferty, ale w niej zawarta, która mogłyby kwalifikować się jako omyłka. Zaś po wtóre postępowanie wyjaśniające, prowadzone przez zamawiającego, jednoznacznie wykazało, że odwołujący kilkakrotnie oświadczał, że jego oferta w sferze merytorycznej jest niezgodna z wymaganiami dokumentacji postępowania. Prowadzenie ponownego postępowania wyjaśniającego,

w zakresie treści oferty konsorcjum Elbit byłoby niedopuszczalne, bowiem prowadziłoby do obejścia prawa. Nadto nie wykazano podnoszonego w zarzucie zaniechania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p., czy prowadzenia przez zamawiającego wadliwego postępowania na kanwie tej normy.

Izba stwierdziła także, że w ustalonym stanie rzeczy działanie wykonawcy, polegające na kilkukrotnym oświadczeniu, że nie spełnia wymogów SIWZ, nie może zostać sanowane, jako omyłka określona w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. z powodu rodzaju, charakteru i skali wad oferty. Mając na uwadze indywidualne okoliczności rozpoznawanego sporu i zgromadzony materiał procesowy, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do przyjęcia, aby uprawnionym była próba konwalidowania wady oferty konsorcjum Elbit w trybie poprawy innych omyłek. W ocenie składu orzekającego stanowisko odwołującego, o możliwości podjęcia próby naprawienia wad oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., jest sprzeczne z istotą komentowanej regulacji i godzi w jej utrwalone i szeroko poparte orzecznictwem unijnym i krajowym brzmienie.

Skład orzekający stwierdził zatem, że nie udowodniono, aby zarzut postawiony w lit. B pkt 4 *petitum* odwołania miał uzasadnione podstawy.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje ponadto, że dowody przedłożone przez strony w postaci wyciągów z wykazu standardów MON oraz korespondencji prowadzonej w toku postępowania, już się *ex lege* w aktach sprawy znajdowały (§ 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań).

Na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w obu odwołaniach powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

Skład orzekający wskazuje również, iż w sprawie o sygn. akt KIO 1383/19, zgodnie z sentencją, przegrywającym jest wykonawca Saab, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, wobec uwzględnienia odwołania w stosunku co do jego oferty. W sprawie o sygn. akt KIO 1396/19 przegrywającym jest odwołujący, którego Izba obciążyła 2/3 części kosztów postępowania odwoławczego. Przegrywającym jest również wykonawca Saab, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, wobec uwzględnienia odwołania w stosunku co do jego oferty i oferty odwołującego, zatem Izba obciążyła go 1/3 części kosztów postępowania, tj. kwotą w wysokości 6200,00 zł, na którą złożył się wpis w wysokości 5000,00 zł i kosztami wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 1200,00 zł.

Mając na uwadze powyższe rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238), obciążając strony i przystępujących kosztami, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....