

WYROK

z dnia 17 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 czerwca 2014 r.** przez wykonawcę **Lubawa S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa hełmów bojowych przystosowanych do wykonywania skoków spadochronowych*

prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwa Sprzętu Ochronnego Maskpol S.A. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego tj. **Lubawa S.A. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Lubawa S.A. tytułem wpisu od odwołania.

Stosowanie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia (dalej „**Zamawiający**”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) (dalej „**ustawa Pzp**” lub „**Pzp**”) pod nazwą: *Dostawa hełmów bojowych przystosowanych do wykonywania skoków spadochronowych.*

W dniu 5 czerwca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Lubawa S.A., z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim (dalej „**Odwołujący**”), w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie

1. Art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie w stosunku do oferty Odwołującego, w sytuacji gdy braki oferty w formularzu - załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „**SIWZ**”) były omyłkami, które miały charakter oczywisty, a których to charakter nie powodował istotnej zmiany treści oferty, co wynika z analizy treści pkt 1 oferty Odwołującego tj. oświadczenia tego wykonawcy, że oferowany produkt spełnia wszystkie „sztywne” wymagania techniczne określone w załączniku nr 1 do SIWZ i które powtórzone zostały w załączniku nr 3 do SIWZ tj. formularzu warunków technicznych oferowanego produktu;
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie w sytuacji w której oferta Makspol S.A. (dalej „**Przystępujący**”) nie zawierała wymaganego wg SIWZ tekstu, który musiał być napisany przez wykonawcę tj. jednoznacznego wskazania w treści oferty, jaki jest dokładnie minimalny okres ochrony balistycznej i mechanicznej oferowanego produktu, co winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy jako niespełniającej wymogów SIWZ;
3. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. obowiązku równego traktowania wykonawców, przez różne potraktowanie ofert zawierających takie same błędy w ofercie.

Odwołujący wniósł o: (i) uwzględnienie w całości odwołania; (ii) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; (iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert; (iv) ponowne dokonanie wyboru ofert, a w tym wybranie oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu (zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp)

W uzasadnieniu swoich zarzutów Odwołujący wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, oferta Odwołującego musiała podlegać odrzuceniu jako sprzeczna z treścią SIWZ z uwagi na fakt, że w formularzu ofertowym nr 3 w niektórych polach niczego nie zakreślono, a to miało oznaczać brak potwierdzenia, że oferowany produkt jest zgodny z Wstępnymi Załoženiami Taktyczno-Technicznymi (dalej „WZTT”) na hełm bojowy przystosowany do wykonywania skoków spadochronowych. Nadto w ocenie Zamawiającego, niedopuszczalne było przyjęcie wyjaśnień Odwołującego złożonych w piśmie z 15 maja 2014 r., wskazujących na nieistotny charakter tych omyłek, gdyż w ocenie Zamawiającego, byłaby to niedopuszczalna ingerencja wykonawcy w treść złożonej oferty.

W ocenie Odwołującego art. 87 ust. 2 ustawy Pzp jednoznacznie wskazują, że Zamawiający dopuszcza do końcowej merytorycznej oceny także oferty zawierające błędy, omyłki, których rodzaj i charakter nie powoduje zniekształcenia jednoznacznego oświadczenia wykonawcy co do istotnych elementów oferty (tak w KIO w wyroku z 28 stycznia 2013 r. KIO 13/13). W ocenie Odwołującego błędy w jego ofercie miały właśnie taki charakter. Analiza całości treści oferty Odwołującego oraz oświadczenia z 15 maja 2014 r., wskazują jednoznacznie, że przedmiotem oferty Odwołującego jest produkt spełniający wszystkie „sztywne” warunki techniczne, stawiane przez Zamawiającego. Odwołujący bowiem jednoznacznie oświadcza w pkt 1 wypełnionego i złożonego głównego formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ), że spełnia wszystkie WZTT na hełm bojowy przystosowany do wykonywania skoków spadochronowych, a więc tym samym oświadczenie to wskazuje, że oferowany produkt spełnia warunki z pkt 6.1.1.1-6.1.1.3, pkt 6.1.2-6.1.5., pkt 6.2.1.-6.2.6., pkt 6.3.1., 6.4.1., 6.5.1., 6.6.1-6.6.3., 6.7.1.-6.7.6, 6.8.1.-6.8.2, 6.9.1.-6.9.2., 6.10.1-6.10,2, 7.1-7.3, 8.1., 8.2.1.- 8.2.2., 8.3.1.-8.3.5, 8.4 i 8.5., 9.1.1.-9.1.2, 10.1-10.3, 11.1-11.8 oraz 13 załącznika nr 1 do SIWZ. Te warunki są dokładnie powtórzone w polach 1-17 oraz 21-61 załącznika nr 3 do SIWZ. W ocenie Odwołującego nie ma tu nawet mowy o sprzeczności między tymi elementami oferty, gdyż nie ma tu omyłki pisarskiej polegającej na niewłaściwym skreśleniu oświadczenia w formularzu ofertowym - załączniku nr 3 do SIWZ. Odwołujący podkreślił, że braki w treści złożonej przez niego oferty należało uzupełnić poprzez wykonanie technicznej czynności korekty omyłki tj. skreślenia słów niepotrzebnych. W ocenie Odwołującego, taki zabieg nie zmienia w żaden sposób istoty oferty Odwołującego - ta bowiem jasno wskazuje w innym miejscu formularza ofertowego, że oferowany przez niego produkt spełnia wszystkie wymagane parametry. Co do zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 dotyczący nieodrżucenia oferty Przystępującego, Odwołujący wskazał, że Przystępujący złożył także zestawienie parametrów oferowanego wyrobu (załącznik nr 3 do SIWZ) jako części swojej oferty. W przypadku tej oferty także wystąpił błąd, gdyż w wierszach pkt 18-20, ostatnia kolumna, nie wpisano żadnego tekstu. Odwołujący podkreślił, że z treści tego formularza wynika jasno, że są to jedyne pola, które

musi własnoręcznie wypełnić wykonawca. Oczywiście może to być minimalny okres ochrony, ale może to być okres dłuższy. W ocenie Odwołującego oznacza to, że stanowisko wykonawcy musiało tu być jednoznaczne i każdy wykonawca miał obowiązek określić ile lat właściwej ochrony zapewnia oferowany przez niego produkt. W ocenie Odwołujący, oferta Przystępującego zawierała więc istotne braki. Podanie tych danych po otwarciu ofert to niewątpliwie jednoznaczne sprecyzowanie obligatoryjnego elementu oferty, a więc dodanie do niej elementów, których pierwotnie nie było w treści oferty. Taka zmiana jest więc zmianą istotną treści oferty, a więc jest ona niedopuszczalna na tym etapie postępowania przetargowego. W ocenie Odwołującego, przyjmując tak rygorystyczną wykładnię jaką przyjął Zamawiający przy ocenie oferty Odwołującego, także i oferta Przystępującego powinna była być odrzucona, jako sprzeczna z treścią SIWZ.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 poprzez nierówne traktowanie wykonawców przez Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że w ofertach obu wykonawców wystąpiły pewne braki. W ocenie Odwołującego, braki te powinny być interpretowane w ten sam sposób. Natomiast w przedmiotowej sprawie, Zamawiający bezzasadnie ocenił je całkowicie odmiennie, preferując w sposób nieuzasadniony ofertę Przystępującego. W ocenie Odwołującego skoro braki w obu ofertach są brakami tego samego rodzaju, to wymagają one tożsamego potraktowania. W obu więc przypadkach należy uznać, że są to błędy które Zamawiający koryguje w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W każdym z tych wypadków da się bowiem przyjąć w oparciu o analizę treści każdej z tych ofert, że Odwołującego oferuje produkt spełniający wszystkie „sztywne” wymagania techniczne Zamawiającego, a Przystępującego oferuje produkt spełniający minimalne okresy ochrony balistycznej i ochrony mechanicznej. Odwołujący podkreślił, że jeśli przyjmujemy argumentację rygorystyczną, to z pewnością musi ona dotyczyć obu ofert, gdyż w obu wypadkach należy uznać, że skreślenie odpowiednich słów w tej części oferty przez Odwołującego, jak również dopisanie przez Przystępującego w trzech wierszach słów: „10 lat”, „10 lat” i „15 lat”, jest niedopuszczalną ingerencją w treść oferty po terminie składania ofert i żadna z tych poprawek wykonawcy, nie może być na tym etapie uwzględniona. W konsekwencji więc, obie oferty musiałyby być odrzucone.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ wraz z załączniki do SIWZ na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia i wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia; (ii) ofertę Odwołującego oraz ofertę Przystępującego na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) pismo Zamawiającego z dnia 15 maja 2014 r. do Przedsiębiorstwa Sprzętu Obronnego Maskpol S.A. oraz wyjaśnienia Przedsiębiorstwa Sprzętu Obronnego Maskpol S.A. z dnia 16 maja 2014 r.

na okoliczność ustalenia zmian dokonanych w treści oferty Przystępującego; (iv) pismo Zamawiającego z dnia 15 maja 2014 r. do Odwołującego oraz wyjaśnień Odwołującego z dnia 20 maja 2014 r. na okoliczność ustalenia braków w treści oferty Odwołującego oraz złożonych wyjaśnień (v) protokół z otwarcia ofert z dnia 12 maja 2014 r. na okoliczność ustalenia wykonawców biorących udział w postępowaniu; (vi) zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 27 maja 2014 r. na okoliczność ustalenia wyników postępowania przetargowego; (vii) protokół postępowania w trybie przetargu ograniczonego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (viii) pismo Przedsiębiorstwa Sprzętu Obronnego Maskpol S.A. z dnia 6 czerwca 2014 r. na okoliczność ustalenia skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą: „Dostawa hełmów bojowych przystosowanych do wykonywania skoków spadochronowych” (dowód: SIWZ).

Zgodnie z pkt 4 SIWZ, hełmy podlegają ocenie zgodności w zakresie wskazanym w WZTT stanowiących Załącznik nr 1 do SIWZ. Zamawiający wskazał również, że spełnienie każdego z wymagań wskazanych w WZTT będzie oceniane na podstawie Deklaracji wykonawcy zawartej w tabeli zgodności z wymaganiami, stanowiącej Załącznik nr 3 do SIWZ (dalej „**Załącznik nr 3**”). Izba ustaliła, że Zamawiający określił w WZTT minimalny okres kalendarzowego czasu eksploatacji, czasu ochrony balistycznej oraz czasu ochrony mechanicznej. Wykonawca oferujący dłuższy niż minimalny czas eksploatacji, czas ochrony balistycznej czy też czas ochrony mechanicznej nie był premiovany w żaden sposób przez Zamawiającego. Jedynym kryterium oceny ofert była bowiem cena (dowód: SIWZ oraz Załącznik nr 1 do SIWZ)

Formularz oferty stanowił Załącznik nr 2 do SIWZ. W pkt 1 formularza oferty zawarte zostało oświadczenie o następującej treści: „*Oferujemy dostawę w 2014 r. fabrycznie nowych, wyprodukowanych w roku realizacji dostaw, w pierwszej kategorii, hełmów bojowych przystosowanych do wykonywania skoków spadochronowych w ilości 5175 szt., wykonanych u ukompletowanych według dokumentacji technicznej opracowanej przez producenta zgodnie z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i załączonych do niej Wstępnych Założeniach Taktyczno – Technicznych (WZTT) za łączną kwotę brutto*” (dowód: Załącznik nr 2 do SIWZ)

Załącznik nr 3 do SIWZ stanowił zestawienie parametrów oferowanego wyboru oraz spełnienia wymagań i wybranych technicznych (wypełnia Wykonawca). Tabela zgodności z wymaganiami zawierała 61 punktów. Każdy z wykonawców był zobowiązany wypełnić tabelę

zgodnie z instrukcją tj. wybrać jedną z opcji: spełnia / nie spełnia (dowód: Załącznik nr 3 do SIWZ).

W dniu 12 maja 2014 r. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. W treści Załącznika nr 3 Odwołujący zadeklarował spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego w pkt 5, 6.1.1.1, 6.1.1.2, 6.1.1.3, 6.2.2, 6.2.3, 6.5.1, 6.6.1, 6.6.2, 6.6.3, 6.7.6 oraz 11.6. W pozostałych punktach, Odwołujący nie zakreślił żadnej z dwóch możliwości: spełnia / nie spełnia. Izba ustaliła, że z 61 wymagań określonych w treści Załącznika nr 3, Odwołujący wskazał, że oferowany przez niego produkt spełnia 12 z nich (dowód: oferta Odwołującego).

Izba ustaliła, że pismem z dnia 15 maja 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający wskazał, że Odwołujący zadeklarował w Załączniku nr 3 spełnienie wymagań określonych wyłącznie w 12 spośród 61 punktów. Zamawiający wskazał również, że w pkt 1 złożonego formularza oferty Odwołujący oferuje dostawę sprzętu wojskowego odpowiadającego wymaganiom określonym w SIWZ i załączonych do niej WZTT. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień złożonej oferty w powyższym zakresie (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 15 maja 2014 r.)

Pismem z dnia 15 maja 2014 r, otrzymanym przez Zamawiającego w dniu 20 maja 2014 r. Odwołujący wyjaśnił, że oferuje produkt, który spełnia wymagania określone w treści SIWZ i załączonych do niej WZTT. Odwołujący wyjaśnił również, że w treści oferty – Załącznika nr 3 omyłkowo nie dokonał skreślenia wyrazów „nie spełnia”, gdyż uznał za obligatoryjne spełnienie brakujących wymagań przez wybór (dowód: pismo Odwołującego z dnia 15 maja 2014 r.)

Izba ustalił, że w dniu 12 maja 2014 Przystępujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. W Załączniku nr 3 do formularza oferty, Przystępujący w pkt 6.6.1, 6.6.2 oraz 6.6.3 zadeklarował, że oferowany przez niego produkt spełnia zawarte w powyższych punktach wymagania. W polu określonym „Wartość parametru oferowanego wyrobu” nie wpisał żadnego tekstu (dowód: oferta Przystępującego).

Pismem z dnia 15 maja 2014 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty. Zamawiający wskazał m.in. że w pkt 6.6.1, 6.6.2 oraz 6.6.3 Przystępujący nie wpisał wartości liczbowej. Zamawiający wskazał, że minimalna wartość wymaganych parametrów nie może być mniejsza niż określona w WZTT (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 15 maja 2014 r.).

Pismem z dnia 16 maja 2014 r. Przystępujący wyjaśnił, iż spełnia wymagania określone w pkt 6.6.1, 6.6.2 oraz 6.6.3 WZTT. Wskazał, że parametr ten jest ograniczany z jednej strony tj. nie

mniejszy niż lub równy. Przystępujący wyjaśnił, że w pkt 6.6.1, 6.6.2 oraz 6.6.3 wskazał, iż „spełnia” wymagania tj. zadeklarował dokładnie podaną w treści tych punktów wartość. Przystępujący wskazał również, że uznał, że wypełnienie kolumny „Wartość parametru oferowanego wyrobu” dla pkt 6.6.1, 6.6.2 oraz 6.6.3 nie jest w takim przypadku konieczne, a zadeklarowane spełnienie wymaganych wartości jest jednoznaczne (dowód: pismo Przystępującego z dnia 16 maja 2014 r.).

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 4 czerwca 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Sprzętu Ochronnego Maskpol S.A., z siedzibą w Konieczkach. Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji (dowód: pismo Przystępującego z dnia 6 czerwca 2014 r.).

W dniu 13 czerwca 2014 r. Przystępujący złożył pismo procesowe pn. Odpowiedź na odwołanie. Przystępujący wskazał, że w jego ocenie odwołanie winno być oddalone w całości.

W dniu 13 czerwca 2014 r. Zamawiający przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości. Przystępujący, w trybie art. 186 ust. 5 ustawy Pzp, zgłosił podczas posiedzenia ustnie do protokołu sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wobec wniesienia sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz wobec stwierdzenia, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania do rozprawie.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący - jako wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo - spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego

przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba uznała, że wniosek Przystępującego o oddalenie odwołania z powodu braku interesu po stronie Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępujący wskazał, że Odwołujący nie zaskarżył czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W konsekwencji, odrzucenie oferty Odwołującego stało się ostateczne, a Odwołujący aktualnie nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia. Izba wskazuje, że Odwołujący formułując zarzuty odwołania wskazał na naruszenie przez Zamawiającego m.in. art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do oferty Odwołującego. Odwołujący kwestionował więc zaniechanie przez Zamawiającego dokonania określonych poprawek w ofercie. W ocenie Izby, zaskarżenie czynności zaniechania poprawienia oferty Odwołującego obejmowało swoim zakresem również czynność następczą dokonaną przez Zamawiającego tj. odrzucenie oferty Odwołującego. Czynność to bowiem stanowiła konsekwencję zarzuconego zaniechania poprawienia oferty Przystępującego. W konsekwencji, Izba uznała, że brak jest podstaw oddalenia odwołania z powodu braku interesu w uzyskaniu zamówienia.

Co do zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wynika z przywołanego przepisu, Zamawiający ma obowiązek dokonania poprawek w treści złożonej oferty w celu usunięcia jej niezgodności z treścią SIWZ, o ile taka zmiana nie doprowadzi do istotnych zmian treści oferty oraz wykonawca nie wyrazi sprzeciwu wobec czynności Zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu, Izba ustaliła, że treść oferty Odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący nie sprecyzował bowiem w sposób określony w SIWZ czy oferowany przez niego produkt spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w WZTT. Spośród 61 wymagań określonych w Załączniku nr 1, Odwołujący wskazał, że oferowany przez niego produkt spełnia jedynie 12.

Istotą sporu było więc rozstrzygnięcie przez Izbę czy Zamawiający był zobowiązany do uzupełnienia treści oferty Odwołującego w zakresie 49 wymagań określonych w treści Załącznika nr 1 co do których Odwołujący nie wyraził swojej deklaracji w sposób wymagany przez Zamawiającego tj. poprzez wybór jednej z opcji: spełnia / nie spełnia. Należało więc rozstrzygnąć czy taka czynność Zamawiającego powodowałaby istotną zmianę treści oferty Odwołującego.

Pojęcie „istotnych zmian” jest pojęciem nieostrym, co powoduje, że znaczenie tego terminu należy analizować każdorazowo w uwzględnieniu okoliczności konkretnego postępowania przetargowego, w tym w szczególności z uwzględnieniem konsekwencji zmian w treści oferty oraz rodzaju poprawionych niezgodności. Stanowisko takie zostało również wyrażone w orzeczeniach sądowych, z których wynika, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. XII Ga 102/09).

W ocenie Izby dokonanie przez Zamawiającego czynności uzupełnienia treści oferty poprzez zadeklarowanie, iż oferowany produkt spełnia 49 wymagań określonych przez Zamawiającego wykraczałoby poza dozwolone działanie Zamawiającego w ramach art. 87 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp. Taka ingerencja w treść oferty Odwołującego powodowałaby w ocenie Izby zbyt znaczącą jej zmianę.

W ocenie Izby wymagania zawarte w WZTT stanowiły przedmiotowo istotne składniki ofert wykonawców. Zamawiający oczekiwał od wykonawców zaoferowania konkretnego specjalistycznego produktu spełniającego restrykcyjne wymagania techniczne. Wykonawcy wyrażający zainteresowanie udziałem w postępowaniu przetargowym byli zobowiązani złożyć ofertę, w której zaoferują produkt odpowiadający wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Odwołujący złożył ofertę, w której zaproponował produkt spełniający około 20% wymagań technicznych postawionych przez Zamawiającego. Doprowadzenie treści oferty Odwołującego do zgodności z SIWZ wymagałoby uzupełnienia oświadczeń wykonawcy potwierdzających szczegółowe wymagania techniczne w stosunku do przedmiotu zamówienia, określonego w załącznikach nr 3 w stosunku do 80% wymagań. Dokonanie takiej zmiany w treści oferty wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Pominięcie w ofercie 49 pozycji nie ma charakteru omyłki możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż w sposób zasadniczy zmieniałoby zakres oferowanego przez Odwołującego produktu. Nie ma znaczenia przy tym fakt, iż poprawienie powyższej omyłki może nastąpić poprzez proste skreślenie słowa „nie spełnia”, na co wskazywał Odwołujący. W świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba ocenia istotność dokonanej zmiany, nie zaś sposób jej dokonania.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego o omyłkowym niewypełnieniu 49 wymaganych w Załączniku nr 3. Podczas rozprawy, sam Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił z czego

wynikała owa omyłka, czym kierował się Odwołujący przy wypełnienia Załącznika nr 3. Nie wskazał na żadne niejasności interpretacyjne treści Załącznika nr 3, które mogłyby stanowić uzasadnienie dla działania Odwołującego. W ocenie Izby, z techniczną omyłką w wypełnieniu treści Załącznika nr 3 moglibyśmy mieć do czynienia w przypadku pominięcia jednej czy dwóch rubryk, a taka sytuacja nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Izba nie podziela również argumentacji Odwołującego, że złożenie ogólnego oświadczenia w pkt 1 formularza ofertowego o zgodności oferowanego produktu w wymaganiami określonymi w treści SIWZ oraz WZTT wskazuje w sposób jednoznaczny na fakt, że Odwołujący oferuje produkt odpowiadający wymaganiom Zamawiającego. W ocenie Izby, wskazane oświadczenie woli ma bowiem charakter ogólny i nie może sanować istotnych niezgodności oferty z treścią SIWZ. Oświadczenie takie stanowi niewątpliwie potwierdzenie zaistniałej sprzeczności i niejednoznaczności oferty wykonawcy i daje podstawę Zamawiającemu do dokonania analizy i ustalenia przyczyn owych sprzeczności i niejednoznaczności czyli podjęcia czynności określonych w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jako samoistna argumentacja o złożeniu oświadczenia o zgodności oferty z treścią SIWZ potwierdzającym spełnienie wszystkich jej wymogów nie może się ostać. Ponadto, należy zwrócić uwagę, że sam Zamawiający w sposób precyzyjny wskazał w treści Załącznika nr 1 sposób oceny zgodności oferowanego produktu z wymaganiami określonymi w WZTT – w każdym z punktów, w których Odwołujący nie wyraził swojej deklaracji zostało wyjaśnione przez Zamawiającego, że ocena nastąpi poprzez deklarację wykonawcy zawartą w tabeli zgodności z wymaganiami. Oczekiwanie więc przez Odwołującego, że na podstawie ogólnego zapisu zawartego w formularzu oferty Zamawiający wywiedzie, iż Odwołujący oferuje produkt spełniający szereg istotnych i konicznych parametrów stałoby w sprzeczności z zapisami SIWZ.

Podkreślić należy również, że zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie jest okolicznością, którą można domniemywać lub zakładać na podstawie ogólnego oświadczenia wykonawcy wówczas gdy wymagane jest w treści SIWZ potwierdzenie szczegółowych wymagań technicznych. Dlatego też, jeżeli parametry oferowanego sprzętu nie zostały w ogóle przedstawione w ofercie (brak szczegółowego oświadczenia wykonawcy), to nie można uznać, że oferta spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W takim przypadku ogólne oświadczenie wykonawcy o zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami specyfikacji, nie prowadzi do sanowania braków w zakresie treści oferty.

Co do zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, iż Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe wypełnienie treści Załącznika nr 3 wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie może być potraktowany jako omyłka pisarska, gdyż oczywistą omyłką pisarską, a więc zapisem podlegającym poprawieniu jest, w świetle orzecznictwa utrwalonego w orzecznictwie sądowym, taka omyłka, co do której nie zachodzą żadne wątpliwości, iż błędny zapis jest wynikiem przeoczenia lub niewłaściwego doboru słów. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 23 kwietnia 2001 r., (II SA 863/00) odnoszącym się, co prawda do pojęcia "błąd pisarski" z art. 113 k.p.a., możliwym jednak do zastosowania przy definiowaniu omyłki pisarskiej, "błąd pisarski - to widoczne, wbrew zamierzeniu (...), niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie omylna pisownia albo widoczne, niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów". W żadnym razie za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane natomiast wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iż nieprawidłowe wypełnienie treści Załącznika nr 3 powinno być uznane przez Zamawiającego za oczywistą omyłkę pisarską. Jak Izba wskazała powyżej, dokonanie przez Zamawiającego uzupełnienia treści oferty Odwołującego w zakresie 80% wymagań technicznych stanowiłoby niedozwoloną zmianę treści oferty, niedopuszczalną na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym bardziej, dokonanie takiej zmiany nie byłoby dopuszczalne w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp bowiem w ocenie Izby, brak jest elementu bezsporności czy oczywistości proponowanych zmian do treści oferty Odwołującego.

Co do zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Izba nie znalazła podstaw to stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez Zamawiającego. Jak wynika z ustaleń faktycznych Izby, w „Tabeli zgodności z wymaganiami” Przystępujący zadeklarował spełnienie obligatoryjnych wymagań określonych w pkt 6.6.1, 6.6.2 oraz 6.6.3, jednak w kolumnie „wartość parametru oferowanego wyrobu” Przystępujący nie wpisał wartości liczbowej po znaku równości dla powyższych trzech wymagań.

Pismem z dnia 16 maja 2014 r. Przystępujący wyjaśnił, że deklarując spełnienie wymagań określonych w pkt 6.6.1, 6.6.2 oraz 6.6.3 zadeklarował spełnienie minimalnych wymagań określonych przez Zamawiającego. Wskazał również, że w jego ocenie wypełnienie kolumny „wartość parametru oferowanego” dla pkt 6.6.1, 6.6.2 oraz 6.6.3 nie były konieczne, gdyż w sposób jednoznaczny zadeklarował spełnienie minimalnych wymagań określonych przez Zamawiającego poprzez skreślenie w kolumnie drugiej słowa „nie spełnia”.

W świetle powyższych ustaleń, bezsporne jest, iż Przystępujący w zakresie pkt 6.6.1, 6.6.2 oraz 6.6.3 złożył oświadczenie woli potwierdzające spełnienie warunków przedmiotu zamówienia wymaganych przez Zamawiającego. Oświadczenie to zostało wyrażone poprzez skreślenie słowa „nie spełnia”, i pozostawienie słowa „spełnia”. Ponadto, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący doprecyzował znaczenie złożonego oświadczenia woli wyjaśniając czym kierował się wypełniając Załącznik nr 3 w pkt 6.6.1, 6.6.2 oraz 6.6.3.

Należało więc ocenić czy w wyniku złożonych wyjaśnień doszło do zmiany treści oferty Przystępującego. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że taka zmiana została dokonana w treści oferty Przystępującego. Po pierwsze, Przystępujący w treści Załącznika nr 3 w pkt 6.6.1, 6.6.2 oraz 6.6.3 złożył jednoznaczne oświadczenie woli potwierdzające spełnienie warunków przedmiotu zamówienia wymaganych przez Zamawiającego w WZTT. Skoro Zamawiający określił minimalny okres kalendarzowego czasu eksploatacji, czasu ochrony balistycznej oraz czasu ochrony mechanicznej, to w ocenie Izby, Przystępujący miał zasadne podstawy do przyjęcia, iż zadeklarowanie przez niego w kolumnie drugiej Załącznika nr 3 w pkt 6.6.1, 6.6.2 oraz 6.6.3 spełnienia warunków określonych w WZTT oznacza spełnienie minimalnego okresu czasu eksploatacji, czasu ochrony balistycznej oraz czasu ochrony mechanicznej określonych przez Zamawiającego. Po drugie, w treści złożonych wyjaśnień Przystępujący nie dokonał zmiany treści oferty. Przystępujący wskazał w jaki sposób zinterpretował postanowienia SIWZ oraz Załącznika nr 3, czym kierował się przy wypełnieniu Załącznika nr 3 oraz potwierdził, że deklarując spełnienie warunków zawartych w WZTT w pkt 6.6.1, 6.6.2 oraz 6.6.3 potwierdził spełnienie minimalnych warunków określonych przez Zamawiającego. Przystępujący nie zaproponował w treści wyjaśnień dłuższego niż minimalny czasu eksploatacji, czasu ochrony balistycznej oraz czasu ochrony mechanicznej, a takie zmiany mogłyby ewentualnie stanowić podstawę do rozważenia czy doszło do istotnej zmiany treści oferty.

W ocenie Izby Odwołujący zupełnie pominął w swoich rozważanych fakt, że Przystępujący złożył oświadczenie woli wyrażając poprzez skreślenie słowa „nie spełnia” deklarację zgodności oferowanego produktu z wymaganiami Zamawiającego określonymi w pkt 6.6.1, 6.6.2 oraz 6.6.3. Nie ulega w ocenie Izby wątpliwości, że sens oświadczenia woli wyrażonego w postaci pisemnej ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu. W przedmiotowym postępowaniu jest to Załącznik nr 3 złożony przez Przystępującego. Treść tego Załącznika musi być analizowana łącznie z treścią SIWZ oraz Załącznika nr 1, które to dokumenty zawierają określenie przedmiotu zamówienia oraz zasad przygotowania oferty przez wykonawców. W ocenie Izby, analiza treści powyższych dokumentów oraz treści oświadczenia złożonego przez Przystępującego jednoznaczne

wskazuje, iż Przystępujący potwierdził spełnienie minimalne wymagania określone przez Zamawiającego w zakresie kalendarzowego czasu eksploatacji, czasu ochrony balistycznej oraz czasu ochrony mechanicznej. Brak wpisana przez Przystępującego minimalnych wartości w treści Załącznika nr 3 nie stanowi w ocenie Izby merytorycznego braku w treści oferty. Przystępujący bowiem wyraził swoją wolę poprzez zadeklarowanie spełnienia minimalnych warunków.

W świetle powyższych ustaleń, Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, iż istniały podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnie z treścią SIWZ.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Izba stwierdza, iż brak potwierdzenia się zasadności podniesionych zarzutów dotyczących naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził naruszenia zasady Pzp wyrażonej w art. 7 ust.1 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....