

**Sygn. akt KIO 1442/12**

**WYROK**  
**z dnia 24 lipca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2012 r. przez wykonawcę EmiTel Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Radio - Regionalną Rozgłośnię w Koszalinie "Radio Koszalin" Spółkę Akcyjną w Koszalinie

przy udziale wykonawcy INFO-TV-OPERATOR Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża EmiTel Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez EmiTel Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Koszalinie.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Polskie Radio – Rozgłośnia Regionalna w Koszalinie „Radio-Koszalin” S.A. w Koszalinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są usługi emisji programów Radia Koszalin S.A. w zakresie UKF

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 kwietnia 2012 r. pod numerem 2012/S 83-136518. Wartość zamówienia jest większa, niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Przedmiot zamówienia został podzielony na 6 części.

28 czerwca 2012 r. zamawiający przesłał informację o wynikach postępowania. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą w częściach 3, 4 i 6 ofertę złożoną przez INFO TV OPERATOR Sp. z o.o. w Zamościu.

9 lipca 2012r. EmiTel Sp. z o.o. w Krakowie, którego oferta została oceniona jako druga w kolejności, wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1, a także art. 87 ust 1 Pzp przez zaniechanie wezwania INFO TV OPERATOR Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty w części 3, 4, 6 oraz art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp ze względu na to, że zamawiający nie zweryfikował zasadności utajnienia przez INFO TV OPERATOR Sp. z o.o. dokumentu sprawozdania finansowego złożonego zgodnie z pkt 10.1.14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „specyfikacja”), oświadczenia na temat wielkości średniorocznego zatrudnienia u wykonawcy usług oraz liczebności personelu kierowniczego w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - zgodnie z pkt 10.1.11 specyfikacji, wykazu urządzeń technicznych, które zostaną wykorzystywane do realizacji zamówienia: nadajnik - typ, model, rok produkcji, wykaz parametrów, pozostałe urządzenia - typ, model, producent, rok produkcji;
- 2) art. 7 ust. 1, a także art. 87 ust 1 Pzp przez zaniechanie wezwania INFO TV OPERATOR Sp. z o.o. w części 3, 4, 6 do złożenia wyjaśnień w sprawie treści złożonej oferty oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy INFO TV OPERATOR Sp. z o.o. w części 3, 4, 6, z uwagi na złożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wykonawca złożył w toku postępowania nieprawdziwe oświadczenie, że przedmiot zamówienia zrealizuje w terminach określonych w ogłoszeniu i Załączniku nr 1

do specyfikacji od dnia 1 lipca 2012 roku;

- 3) art. 7 ust. 1, art. 82 ust. 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 Pzp przez potraktowanie wykonawców w sposób nierówny i nieodrzućenie przez zamawiającego oferty INFO TV OPERATOR Sp. z o.o. w części nr 6, która to oferta nie spełnia wymogów specyfikacji, jej treść nie odpowiada treści specyfikacji, zwłaszcza, że wykonawca nie parafował zgodnie z wymogami specyfikacji dokonanych zmian w formularzu ofertowym;
- 4) art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 a także art. 7 ust. 1 Pzp przez nieodrzućenie oferty INFO TV OPERATOR Sp. z o.o., która w części 3 i 6 nie spełnia wymogów specyfikacji, jej treść nie odpowiada treści specyfikacji, zwłaszcza nie spełnia jasnego wymogu specyfikacji - możliwości uzyskania z ww. obiektu propagacji sygnału która będzie zawierać 100% dotychczasowego pokrycia ludnościowego wynikającego z parametrów technicznych obiektów nadawczych umiejscowionych w lokalizacjach podanych przez zamawiającego w Załączniku nr 1 do specyfikacji. Jednocześnie naruszenie przez zamawiającego art. 87 ust 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy INFO TV OPERATOR Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w sprawie treści złożonej oferty w części 3, 4, 6, zważywszy że wykonawca nie podał ilości ludności w zasięgu stacji, a wiedza w tym przedmiocie umożliwia weryfikację (potwierdzenie) spełnienia przez oferowane usługi wymogów (warunków) technicznych realizacji usług, w tym opisanego powyżej wymogu 100% dotychczasowego pokrycia ludnościowego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty INFO TV OPERATOR Sp. z o.o. w zadaniu części 3, 4, 6, dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzućenie oferty INFO TV OPERATOR Sp. z o.o., wezwania INFO TV OPERATOR Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w sprawie złożonej oferty, wykluczenia INFO TV OPERATOR Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w części 3, 4, 6, ewentualnie odrzućenie jego oferty, jako niespełniającej wymogów specyfikacji, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3, 4, 6.

Odwołujący z ostrożności procesowej podniósł zarzut zaniechania unieważnienia postępowania w części 3, 4, 6 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego w zw. art. 14 Pzp. Wniósł nadto o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego łącznie z kosztami zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego, o przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w odwołaniu na wskazane okoliczności oraz o powołanie biegłego z zakresu telekomunikacji o specjalności radiodfuzja celem zbadania możliwości propagacyjnych obiektów równoważnych zaproponowanych przez wykonawcę INFO TV OPERATOR Sp. z o.o. oraz możliwość spełnienia wymogów specyfikacji.

12 lipca 2012r. wykonawca INFO TV OPERATOR Sp. z o.o. z zachowaniem przesłanek ustawowych przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu odnosząc się do zarzutów odwołania wskazał, że:

Ad.1) zarzut zaniechania udostępnienia oświadczeń i dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa został podniesiony po upływie terminu ustawowego, który zaczął biec od dnia otwarcia ofert. Informacje zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ich ewentualne ujawnienie nie będzie miało wpływu na wynik postępowania, gdyż zamawiający nie określił minimalnych warunków dotyczących większości wymaganych dokumentów. Podjęta skutkiem pytań wykonawców próba uzupełnienia opisu warunków nie została zamieszczona w specyfikacji i ogłoszeniu, zatem dokumentacja postępowania nie została skutecznie zmieniona;

Ad.2) postępowanie o udzielenie zamówienia nie zostało prawomocnie rozstrzygnięte. Upływ terminu wskazanego, jako początek wykonywania zamówienia zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa nie stanowi podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art.93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przystępujący jest gotów do natychmiastowego rozpoczęcia świadczenia usługi;

Ad. 3) wymaganie podpisania lub parafowania zmian w ofercie stanowi wymóg formalny, nieodnoszący się do treści oferty. Przystępujący uczynił mu zadość, gdyż zamawiający nie wymagał podpisania lub parafowania każdej z dokonanych zmian. Skutkiem braku podpisu lub parafy nie jest odrzucenie oferty, lecz nieuwzględnienie zamiany.;

Ad. 4) odwołujący spełnił wymaganie zamawiającego, który w ramach wyjaśnień treści specyfikacji ustalił, że oczekuje określenia jedynie symulacji rozkładu pola e-m zgodnie z wybraną metodologią Mapy stanowią dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane usługi wymagań zamawiającego, podlega zatem uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 17 lipca 2012r. wniósł o oddalenie odwołania w całości, powołał argumentację zbieżną ze stanowiskiem przystępującego. Wobec nie zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 189 ust. 2 Pzp, odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie. Strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący spełnił materialno prawne przesłanki wniesienia odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy grożą odwołującemu poniesieniem szkody związanej z utratą ekspektatywy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła oświadczenia i dokumenty wymienione w uzasadnieniu.

Nie dopuszczono dowodu z opinii biegłego. Izba - po przeprowadzeniu rozprawy i ocenie powołanych dowodów - uznała, że stan sprawy pozwala na wydanie rozstrzygnięcia. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego zmierzałoby jedynie do przewlekłości postępowania.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

Ad. 1) przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa złożone wraz z ofertą oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu: sprawozdanie finansowe, wykaz narzędzi i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia, oświadczenie o wielkości średniorocznego zatrudnienia oraz liczebności personelu kierowniczego wymaganych odpowiednimi postanowieniami specyfikacji.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że podniesienie zarzutu wobec zastrzeżenia tych informacji nastąpiło z uchybieniem terminu wskazanego w ustawie. Zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp oferty udostępnia się od chwili otwarcia. Zamawiający i przystępujący wskazali, że skoro z ofertą można było zapoznać się od dnia jej otwarcia – odwołanie winno być wniesione stosownie do art. 183 ust. 3 - w terminie 10 dni od dnia, w którym przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć informacje o okoliczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego.

Pogląd, zgodnie z którym odwołanie należy wnieść terminie liczonym od dnia otwarcia ofert, jest całkowicie chybiony. Nie znajduje oparcia w przepisach ustawy. W dniu otwarcia ofert zamawiający dokonuje czynności faktycznej (otwarcia ofert). Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w wyroku z 21 października 2005 roku, III CZP 74/05, jednolicie przyjmowanym w orzecznictwie, obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec powyższego zaniechanie zamawiającego, polegające na odmowie udostępnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę, pojawić się może dopiero po zbadaniu zgodności z prawem dokonanego zastrzeżenia. Zaniechanie zamawiającego stanowi

bowiem wynik błędnego uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji nie spełniających przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nieracjonalne jest oczekiwanie, że zamawiający, prowadząc postępowanie z wymaganą należyłą starannością, w dniu otwarcia ofert dokona badania zastrzeżenia. Termin otwarcia ofert nie może więc być dniem, w którym zaniechanie zamawiającego już zaistniało.

Nie można pominąć, że art. 183 ust. 3 Pzp wskazuje nie tylko termin, liczony od dnia w którym przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Jako alternatywną przesłankę ustala również dzień w którym faktycznie – a nie jedynie potencjalnie – powzięto informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

Wykonawca uzyskuje wiedzę o zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie w dniu otwarcia ofert, lecz w dniu ich rzeczywistego udostępnienia przez zamawiającego. Art.96 ust. 3 Pzp stanowi o obowiązku zamawiającego udostępnienia ofert od dnia ich otwarcia, komplementarnie ustala uprawnienie wykonawcy - istniejące od dnia otwarcia ofert - do zapoznania się z ofertami. Przepis nie nakłada jednak na zamawiającego obowiązku udostępnienia ofert w dacie ich otwarcia.

Odwołanie wniesione w terminie liczonym od dnia otwarcia ofert, kiedy zamawiający nie dokonał jeszcze czynności związanych z oceną prawidłowości zastrzeżenia, kwestionuje realnie - wbrew art. 180 ust. 1 Pzp. - nie zaniechanie zamawiającego, lecz czynność wykonawcy polegającą na dokonaniu zastrzeżenia.

Skoro odwołujący informację o udostępnieniu treści oferty otrzymał 28 czerwca 2012r., to zarzut dotyczących zaniechania informacji udostępnionych został podniesiony z zachowaniem terminu ustawowego.

Izba uznała, że sam fakt (przyznany przez zamawiającego) zaniechania badania prawidłowości dokonanego zastrzeżenia, nie może stać się podstawą uznania zarzutu za potwierdzony, skoro stan rzeczy ustalony w toku rozprawy pozwala na ocenę, czy dokonanie zastrzeżenia odpowiada prawu.

Orzecznictwo wypracowało dwie dyrektywy znajdujące zastosowanie w toku badania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Pierwsza wynika z art. 8 ust. 1 i 3 Pzp statuujących zastrzeżenie jako wyjątek od zasady jawności postępowania. Druga znajduje oparcie w treści art.8 ust. 3 Pzp, z którego wynika konieczność stwierdzenia przy badaniu zastrzeżenia kumulatywnego wystąpienia przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z zasadą wskazaną w art. 6 k.c. i 190 ust. 1 Pzp ciężar dowodu okoliczności uzasadniających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na przystępującym jako wywodzącym skutki prawne z oświadczenia o zastrzeżeniu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Izba uznała, po ocenie stanowiska przystępującego, że brak jest podstaw do uznania, że sprawozdanie finansowe oraz oświadczenie o wielkości średniorocznego zatrudnienia oraz liczebności personelu kierowniczego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Sprawozdanie jest dokumentem składanym do Krajowego Rejestru Sądowego. Zapoznanie się z nim jest możliwe w zwykłej drodze i każdemu dostępne.

Izba nie dopatrzyła się też, aby wykaz osób miał wartość gospodarczą na tyle istotną dla wykonawcy, by zapoznanie się z nim przez konkurujących wykonawców narażało jego interesy na szwank.

Izba uznała natomiast, że wykaz urzędzeń równoważnych złożony przez przystępującego wraz z opisami i dokumentami technicznymi stanowiącymi jego integralną część, jest informacją techniczną o istotnej wartości gospodarczej. Na podstawie oświadczenia zawartego w treści przystąpienia, zgodnie z którym dostęp do nich jest reglamentowany w przedsiębiorstwie przystępującego, Izba uznała, że przystępujący podjął działania zmierzające do zachowania ich poufności. Informacje te nie są ujawniane do wiadomości publicznej.

Część informacji dotyczących zgłaszanych urzędzeń jest ujawniania jako załącznik do decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o udzieleniu pozwolenia radiowego, jednak wykaz zawiera informacje o szerszym zakresie, a możliwość ich udostępnienia z poszanowaniem tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego jest faktycznie niemożliwa.

Zarzut znalazł zatem potwierdzenie w części.

Ad. 2 za niepotwierdzony Izba uznała zarzut dotyczący złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający w załączniku nr 1 do specyfikacji oraz w § 6 ust. 1 zd. 2 wzoru umowy – załącznika nr 5 do specyfikacji ustalił termin wykonania zamówienia od dnia 1 lipca 2012r. do dnia 30 czerwca 2015r. Składając ofertę przystępujący złożył oświadczenie – zgodnie wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do specyfikacji, że zamówienie wykona w terminie wskazanym w załączniku nr 1 do specyfikacji.

W pkt 21 lit. a specyfikacji zamawiający ustalił, że zmiana umowy jest dopuszczalna, gdy rozpoczęcie wykonywania usługi stanowiącej zamówienie okaże się niemożliwe w terminie

wskazany w załączniku nr 1 z przyczyn niezależnych od stron, w szczególności z uwagi na wymogi procedury przetargowej.

Izba uznała, że wskazanie przez zamawiającego 1 lipca 2012r. jako początkowego terminu wykonania umowy nie powoduje, że postępowanie nie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zmiana zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego w tym zakresie jest dopuszczalna bez obrazy art. 144 ust. 1 Pzp, gdyż w pkt 21 lit. a ) specyfikacji zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu wykonywania umowy oraz określił warunki tej zmiany, jak wymaga przywołany przepis. Skoro istnieją warunki do zmiany zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, to tym bardziej możliwa jest zmiana postanowień wzoru umowy w zakresie terminu jej wykonania przed podpisaniem umowy (*arg. a maiori ad minus*).

Wskazanie początkowego terminu wykonania umowy, który już minął - przez zamawiającego w specyfikacji i w konsekwencji przez przystępującego w ofercie - nie jest w badanym postępowaniu przeszkodą do zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący nie dowiódł twierdzenia, że przystępujący nie mógł przystąpić do wykonania umowy od 1 lipca 2012r., zatem złożył nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik postępowania.

Fakt, że przystępujący nie posiada decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej nie potwierdza zarzutu. Przede wszystkim zamawiający nie wymagał tego dokumentu w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji. W pkt 10.1.2. specyfikacji wymagał jedynie aktualnego zaświadczenia o wpisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, które przystępujący złożył. Po wtóre, niezaprzeczone pozostały twierdzenia przystępującego, że Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej nie wydaje dwóch decyzji dla tej samej częstotliwości (zatem jej uzyskanie jest możliwe dopiero po zawarciu umowy z zamawiającym) oraz, że przystępujący prowadzi działalność na rzecz odbiorców komercyjnych - posiada możliwości techniczne niezbędne do wykonania zamówienia.

Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że przystąpienie do wykonania umowy przez przystępującego w terminie przewidzianym w specyfikacji nie byłoby możliwe.

Z faktu, że zamawiający bezpośrednio po wyborze najkorzystniejszej oferty zwrócił się do odwołującego – aktualnego wykonawcy usługi – w sprawie ich dalszego świadczenia do 15 września b.r. – nie wynikają negatywne skutki dla możliwości rozpoczęcia wykonywania umowy przez przystępującego.

Działanie zamawiającego stanowi zwykłą konsekwencję przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro w dniu wyboru najkorzystniejszej oferty wiadomym było, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie będzie wykonywana od 1 lipca 2012r.



zamawiający musiał zabezpieczyć ciągłość realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia w czasie rozpoznania ewentualnego odwołania i skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.

Ad. 3. Zamawiający w pkt 15 lit. j specyfikacji wskazał, że wszelkie zmiany w tekście oferty (poprawki przekreślenia, dopiski) muszą być podpisane lub parafowane przez wykonawcę, w przeciwnym wypadku nie będą uwzględniane.

W formularzu ofertowym złożonym przez przystępującego w rubryce „Cena całkowita, dosył brutto” zostały przekreślone ceny we wszystkich częściach zamówienia, na które przystępujący złożył ofertę i wpisane nowe ceny. Dokonane zmiany zostały podpisane w dwóch miejscach.

Izba podziela pogląd, że wymaganie podpisania lub parafowania zmian oferty ma jedynie formalny, nie merytoryczny charakter zatem jego niezachowanie nie może przynieść skutku w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przepis ten nakazuje odrzucenie oferty jedynie w razie stwierdzenia merytorycznej niezgodności oferty z merytorycznym, materialnym wymaganiem zamawiającego i jedynie w razie braku możliwości usunięcia tej niezgodności zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Materialny aspekt treści specyfikacji i treści oferty odnosi się w szczególności do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. O niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Po wtóre, postanowienia specyfikacji nie mogą zmieniać bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy. Ta w art. 87 ust. 2 nakazuje zamawiającemu obligatoryjne poprawienie oferty wykonawcy. Błąd popełniony przez przystępującego stanowi typowy błąd rachunkowy wynikający z błędnego mnożenia miesięcznej ceny brutto za dosył przez ilość miesięcy wskazanych przez zamawiającego. Stanowi oczywistą omyłkę rachunkową i podlega obligatoryjnemu poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Izba stwierdza, że błąd popełniony przez odwołującego w treści oferty, nawet w razie pominięcia dokonanej zmiany podlega poprawieniu i nie może stać się podstawą odrzucenia oferty.

Ad. 4. W pkt 10.2.4. specyfikacji zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą mapy zasięgu pokrycia powierzchniowego dla obiektu objętego danym zadaniem, o której mowa w pkt 3 Załącznika nr 1 do specyfikacji. W pkt 1 załącznika nr 1 zamawiający dopuścił świadczenie usługi emisji z obiektów równoważnych. Opisując wymagania stawiane obiektowi równoważnemu wskazał, że jego zasięg ma zawierać w 100% dotychczasowe pokrycie

ludnościowe, wynikające z parametrów technicznych obiektów nadawczych umiejscowionych w lokalizacjach podanych przez zamawiającego.

Na pytanie zgodnie z jakimi normami technicznymi dotyczącymi radiodiffuzji zamawiający będzie weryfikował spełnienie wymagania emisji przez obiekt równoważny, zamawiający odpowiedział 29 maja 2012r. Wskazał, że dokona pomiarów natężenia pola e-m w wybranych stałych punktach na obszarze obejmującym dotychczasowy zasięg ludnościowy i powtórzy pomiary w tych samych punktach po uruchomieniu emisji, aby zweryfikować natężenia pola e-m z obiektów równoważnych (...) Oświadczył, że integralną częścią do każdej oferty na konkretne zadania jest dostarczenie symulacyjnej mapy rozkładu natężenia pola e-m (...).

1 czerwca 2012 r. dokonał zmiany specyfikacji ustalając w pkt 3 załącznika nr 1 obowiązek dostarczenia mapy symulacji rozkładu pola e-m wymaganej na podstawie rekomendacji ITU-R nr P.370-7.

W odpowiedzi to wymaganie przystępujący złożył mapy symulacji pola e-m, co nie jest kwestionowane. Rozpoznając zarzut w granicach odwołania, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba stwierdziła, że zamawiający wymagał map rozkładu pola e-m, w żadnym postanowieniu specyfikacji nie odwoływał się do liczby ludności, uznając za wystarczający dla zbadania pokrycia ludnościowego wynik badania pomiaru pola e-m. Mapy złożone przez przystępującego odpowiadają opisanym wymaganiom.

Jeśli odwołujący uważał, że oczekiwanie zamawiającego nie zapewni zgodnej z przepisami ustawy oceny ofert, a ocena zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia zostanie dokonana na etapie realizacji umowy, winien wnieść odwołanie wobec wyjaśnień z 25 czerwca 2012r lub wobec zmiany specyfikacji z 1 lipca 2012r.

Izba ocenia, że przystępujący złożył prawidłowy dokument potwierdzający zgodność oferowanych usług z wymaganiami zamawiającego (mapy rozkładu natężenia pola e-m). Niekorzystny dla przystępującego wynik pomiaru po uruchomieniu emisji przyniesie ewentualne konsekwencje wynikające z postanowień umowy, co nie narusza zasad badania ofert oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający zbadał oferty zgodnie z przyjętymi wymaganiami na podstawie wymaganych dokumentów i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty stosownie do przyjętego jedynego kryterium ceny.

Izba uznała zatem, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy.

Potwierdzenie w części pierwszego zarzutu odwołania nie może przynieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania. Udostępnienie oświadczeń i dokumentów niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji nie skonkretyzował warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp. Weryfikacja

ewentualnie udostępnionych dokumentów nie doprowadzi do zmiany oceny, że odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyników postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:** .....