

Sygn. akt: KIO 3023/21

WYROK
z dnia 5 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2021 r. przez wykonawcę TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Warszawskiej 53 (61-028 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Telewizję Polską S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. J. P. Woronicza 17 (00-999 Warszawa) Oddział Terenowy w Białymstoku z siedzibą Białymstoku przy ul. Włókienniczej 16A (15-464 Białystok)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz zamawiającego Telewizji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie Oddziału Terenowego w Białymstoku z siedzibą Białymstoku kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie Oddział Terenowy w Białymstoku zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym na *Dostawę i instalację elementów systemu ściany multimedialnej LED w ramach realizacji inwestycji uruchomienia środowiska produkcji programów informacyjnych*, o numerze referencyjnym: ZP/TXCC/1/2021, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 września 2021 r., pod numerem 2021/BZP 00183885/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 12 października 2021 r. wykonawca TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz wobec zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany, tj.:

- czynności odrzucenia oferty odwołującego, wobec błędnego przyjęcia, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia;

ewentualnie

- zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez odwołującego oferty.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że treść jego oferty była zgodna z warunkami zamówienia, ewentualnie naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp;

- nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

- nakazanie powtórzenia czynności obejmującej przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;

ewentualnie

- nakazanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez odwołującego oferty;
- obciążenie kosztami postępowania zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę w postępowaniu, w którym 100% kryterium oceny ofert stanowiła cena. Zatem odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia albowiem niezgodne z prawem czynności i zaniechania zamawiającego, w szczególności odrzucenie oferty odwołującego, bezpodstawnie uniemożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia. W związku z powyższym bezprawne i nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego spowoduje, że zaistnieje możliwość poniesienia przez odwołującego szkody stanowiącej konsekwencję naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Z kolei uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez odwołującego może skutkować uzyskaniem przez niego zamówienia. Tym samym odwołujący stwierdził, że wypada uznać, iż posiada on interes w uzyskaniu zamówienia, zaś naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może doprowadzić do poniesienia przez odwołującego szkody. Zatem zaistniałe okoliczności, zgodnie z treścią art. 505 ust. 1 Pzp, umożliwiają wniesienie przedmiotowego odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący wyjaśnił, że stanowisko, które zostało zawarte przez zamawiającego w treści pisma z dnia 7 października 2021 r. nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności odwołujący zakwestionował forowany przez zamawiającego wymóg: „zastosowania kart tego samego producenta”. Konieczne jest bowiem podkreślenie, że takie oczekiwanie zamawiającego nie zostało wyrażone w treści dokumentów zamówienia, a w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia, zwanym dalej: „OPZ”. Jedynie w punkcie 4.2.3 OPZ podano, że odbiornik wizyjny ma być kompatybilny z zastosowanymi kartami nadawczymi. Zgodnie z definicją słowa „kompatybilność” zawartą w Słowniku Języka Polskiego pojęcie to oznacza: „zdolność do bezkonfliktowego współdziałania”. Kompatybilność nie jest zatem realizowana przez wyprodukowanie dwóch czy więcej elementów przez tego samego producenta, ale poprzez zapewnienie warunków technicznych aby te kilka komponentów ze sobą bezkonfliktowo współpracowało.

W opinii odwołującego, zamawiający odrzucając jego ofertę, pominął także fakt, że zaoferowany przez odwołującego w poz. 5 Wykazu Urządzeń zestaw SCEO® Spare Box PRO P1.5-2 / 0921-01 (4 moduły, 2 zasilacze, 2 karty odbiorcze) to zestaw dedykowany dla ekranu SCEO® LED SCREEN / PRO P1.5-2 / 0921-01 zaoferowanego w poz. 1, co jednocześnie oznacza, że wszystkie zaoferowane komponenty są dedykowane dokładnie temu ekranowi tj. są tożsame z komponentami zaoferowanymi w ekranie SCEO® LED SCREEN / PRO P1.5-2 / 0921-01. Odwołujący podkreślił, że ekran LED SCEO® LED

SCREEN / PRO P1.5-2 / 0921-01, występuje na rynku wyłącznie z kartami odbiorczymi marki NOVASTAR, a tym samym zestaw SCEO® Spare Box PRO P1.5-2 / 0921-01 (jako dedykowany do tego ekranu) zawiera między innymi 2 karty odbiorcze marki NOVASTAR tożsame i zgodne z OPZ. Niezależnie więc zatem od tego, że oczekiwanie zamawiającego co do jednolitości producenta wszystkich urządzeń zaoferowanych w ramach zamówienia nie znajduje uzasadnienia w dokumentach zamówienia, to w ramach złożonej przez odwołującego oferty, zamawiający otrzymuje karty odbiorcze produkcji NOVASTAR zarówno w ramach panelu LED, jak również w ramach elementów zapasowych.

Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest oświadczenie z dnia 11 października 2021 r. podpisane przez pana S. L., pełniącego funkcję Account Manager w NOVASTAR, który jest dedykowany do obsługi m.in. odwołującego. Zgodnie z tym oświadczeniem: „(...) produkt SCEO® LED SCREEN / PRO P1.5-2 / 0921-01 jest oparty na komponentach Novastar, o czym świadczy jego karta danych. Stąd wspomniany ekran LED, a także następujące zestawy części zamiennych: SCEO® Spare Box BASIC P1.5-2 / 0921-01, SCEO® Spare Box PRO P1.5-2 / 0921-01 oraz SCEO® Spare Box PRO -2 P1.5-2 / 0921-01 jako zawierające również komponenty Novastar w postaci kart odbiorczych są w pełni kompatybilne z systemem sterowania i zarządzania ekranem Novastar LED, w tym ze sterownikiem LED MCTRL4K oraz odbiornikiem światłowodowym CVT4K/S. Produkty i ekrany LED SCEO są z powodzeniem instalowane w studiach telewizyjnych w całej Europie i współpracują z urządzeniami Novastar w pełnej kompatybilności. Niniejszym oświadczamy, że powyższe informacje są prawdziwe i prawidłowe.”.

W świetle powyższych wyjaśnień, w ocenie odwołującego, zarzut zamawiającego, który stał się podstawą odrzucenia jego oferty, należy uznać za całkowicie chybiony, a czynność zamawiającego za sprzeczną z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Niezależnie od powyższego, zdaniem odwołującego, konieczne jest uwypuklenie, że w przypadku zaistnienia po stronie zamawiającego wątpliwości co do treści oferty złożonej przez odwołującego i jej zgodności z warunkami zamówienia, zamawiający mógł potencjalnie skorzystać z mechanizmu zawartego w treści art. 223 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu zamawiający nie żądał złożenia przez wykonawców jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych, czym w istocie zamknął sobie drogę do technicznego kwestionowania treści ofert wykonawców pod względem ich zgodności z OPZ na etapie badania i oceny ofert.

W tym stanie rzeczy odwołujący stwierdził, że wniesione przez niego odwołanie było zasadne i zasługiwało na uwzględnienie.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienia nie zgłosił żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 26 października 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 19 października 2021 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami, w tym szczególnie załączniki nr 2 – Wykaz Urządzeń oraz nr 5 – Opis przedmiotu zamówienia (zwany nadal: „OPZ”);

- Wykazy Urządzeń złożone w postępowaniu przez wykonawców;

- pismo z dnia 7 października 2021 r. stanowiące zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty odwołującego;

2) załączone do odwołania:

- kartę katalogową ekranu LED SCEO® LED SCREEN / PRO P1.5-2 / 0921-01 z informacją dotyczącą zestawu SCEO® Spare Box PRO P1.5-2 / 0921-01;

- oświadczenie z dnia 11 października 2021 roku podpisane przez Pana S. L. z NOVASTAR wraz z tłumaczeniem na język polski;

3) załączone do odpowiedzi na odwołanie:

- zrzut ze strony internetowej www.sceo.eu z dnia 11 października 2021 r.;

- zrzut ze strony internetowej <https://shop.sceo.eu/sklep/> z dnia 11 października 2021 r.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale 10 SWZ zamawiający opisał co miało wchodzić w skład oferty. Z pkt 10.1.2 SWZ wynikało, że na ofertę składał się m. in. Wykaz Urządzeń zgodny w treści z

załącznikiem nr 2 SWZ. Zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia kart katalogowych, ani innych przedmiotowych środków dowodowych dotyczących oferowanego sprzętu.

Wykaz Urządzeń stanowiący załącznik nr 2 do SWZ został skonstruowany w następujący sposób:

Lp.	Nazwa urządzenia	Ilość	Producent*	Typ/Model /Wersja*
A	B	C	D	E
1.	Panel/kabinet LED (zgodny z wymaganiami określonymi w pkt 3 OPZ)	56
2.	Karty nadawcze/kontrolery LED (zgodny z wymaganiami określonymi w pkt 4.1 OPZ)	2
3.	Odbiorniki wizyjne (zgodny z wymaganiami określonymi w pkt 4.2 OPZ)	2
4.	Mediaserwer (zgodny z wymaganiami określonymi w pkt 5.1 OPZ)	1
5.	Elementy zapasowe (zgodny z wymaganiami określonymi w pkt 9.2, 9.3,9.4 OPZ)	1 kpl.

** wypełnić we wszystkich wykropkowanych miejscach odpowiednio do przedmiotu określonego w kolumnie B*

Wykonawca oświadcza, że elementy wymienione w powyższej tabeli spełniają wszystkie wymogi określone w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy.

W pkt 9 OPZ zamawiający wymienił elementy zapasowe wymagane w ramach przedmiotu zamówienia, na które składały się:

- Moduł LED (opisany w pkt. 3.1.1 – 3.1.15) – szt. 4
- Karta odbiorcza kabinetu LED (opisana w pkt. 3.1.17) – szt. 2
- Zasilacze (przetwornice napięcia) panelu/kabinetu (opisane w pkt. 3.1.18) – szt. 2

Odwołujący wraz z ofertą złożył wypełniony Wykaz Urządzeń. W pkt 5 przedmiotowego Wykazu, który dotyczył elementów zapasowych, odwołujący w kolumnie D obejmującej producenta wskazał SCEO®, natomiast w kolumnie E: SCEO® Spare Box PRO P1.5-2 / 0921-01 (4 moduły, 2 zasilacze, 2 karty odbiorcze) zestaw dedykowany dla ekranu z pkt. 1.

W dniu 7 października 2021 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazał:

Zamawiający w wykazie urządzeń stanowiący załącznik nr 2 do SWZ wymagał podania producentów oferowanych urządzeń i podzespołów, a w poz. 5 wykazu Wykonawca winien podać producenta dla trzech elementów zapasowych tj. modułu LED, Karty odbiorczej kabinetu LED, zasilacza. Wykonawca TDC Polska Sp. z o.o. w swojej ofercie w poz. 5 wykazu zaoferował wszystkie elementy zapasowe producenta SCEO określając to jako zestaw o nazwie SCEO® Spare Box PRO P1.5- 2 / 0921-01 (4 moduły, 2 zasilacze, 2 karty odbiorcze). Z uwagi, że podzespół „Karta odbiorcza kabinetu LED” z poz. 5 ma współpracować z urządzeniami zaoferowanymi w poz. 2 i 3 odpowiednio - kontroler LED / MCTRL 4K oraz odbiornik światłowodowy / CVT4K / S firmy NOVASTAR, jako część zamienna w urządzeniu z poz. 1 (wynika to z OPZ ze względów technicznych), determinuje to Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. J.P. Woronicza 17, wpisana do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000100679 o numerze identyfikacji podatkowej NIP 521-04-12-987 i kapitale zakładowym wpłaconym całościowo w wysokości 286 596 500,00 zł. TVP S.A. oświadcza, że posiada status dużego przedsiębiorcy. Oddział w Białymstoku, ul. Włókiennicza 16A, 15-464 Białystok Telefon: +48 (85) 743-65-65, Obiektowy: (85) 664-81-20, Reklama: (85) 743-52-52, Fax: +48 (85) 652-10-77 , <http://www.bialystok.tvp.pl> ; sekretariat.bialystok@tvp.pl konieczność zastosowania kart tego samego producenta NOVASTAR dla zachowania pełnej kompatybilności. Zaoferowanie „karty odbiorczej kabinetu LED” innego producenta powoduje brak kompatybilności ponieważ karty nadawcze i odbiorniki wizyjne muszą się komunikować z kartami odbiorczymi umieszczonymi w panelu/kabience LED tworząc tzw. procesoring wizyjny, który odpowiedzialny jest za przetwarzanie obrazu oraz sterownie diodami LED umieszczonymi w kabinetach LED. Zastosowanie zamiennej karty odbiorczej kabinetu LED innego producenta w opisywanym przypadku prowadzi do braku możliwości pracy,

komunikowania się zaoferowanych urządzeń przy jej użyciu. W związku z powyższym zaoferowana zapasowa karta odbiorcza kabinetu LED producenta firmy SCEO jest niezgodna z OPZ ponieważ nie będzie spełniać funkcji, której nadał jej Zamawiający tj. części zamiennej, pasującej, identycznej, dodatkowej, awaryjnej, rezerwowej, itp. Powyższe wynika również z ogólnodostępnych dokumentów na stronie producenta NOVASTAR instrukcji bezpieczeństwa (Safety Manual- V.2.1). Producent jasno wskazuje, że nakazuje używanie części zamiennych zalecanych przez NovaStar. Mając na uwadze wskazaną niezgodność nie zachodzą przesłanki do zastosowania art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Każde żądanie Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty będzie niedopuszczalnym negocjowaniem oferty.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;*
- art. 223 ust. 1 Pzp – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, z treści załącznika nr 2 do SWZ tj. Wykazu Urządzeń jednoznacznie wynikało, że wykonawcy składający przedmiotowy wykaz wraz z ofertą zobowiązani byli wymienić producentów wszystkich oferowanych urządzeń. Kolumny D oraz E Wykazu Urządzeń, które dotyczyły podania producenta oraz typu/modelu/wersji urządzenia opatrzone zostały przypisem oznaczonym * (gwiazdką), który wskazywał na konieczność wypełnienia we wszystkich wykropkowanych miejscach odpowiednio do przedmiotu określonego w kolumnie B, która wskazywała nazwę urządzenia. Pkt 5 Wykazu Urządzeń dotyczył elementów zapasowych, które zostały wymienione w pkt 9 OPZ, przy czym treść tego punktu wyraźnie wymieniała poszczególne punkty z OPZ odpowiadające urządzeniom składających się na elementy zapasowe. W związku z tym w przypadku zaoferowania urządzeń składających się na elementy zapasowe, które pochodziły od różnych producentów, wykonawca składając ofertę powinien wskazać tych producentów w kolumnie D złożonego wykazu. Tym samym

określenie ilości podane w kolumnie C Wykazu odnoszące się do jednego kompletu nie mogło być mylące dla wykonawcy, ponieważ pkt 5 wskazywał, o które dokładnie urządzenia chodziło. Oznaczenie odnoszące się do kompletu stanowiło co najwyżej określenie wskazujące na zbiór urządzeń składających się na elementy zapasowe, co nie mogło przesądzać możliwości podania w Wykazie tylko jednego producenta, nawet jeśli jego urządzenia stanowiły znaczną większość składającą się na ten zbiór. Ponadto treść Wykazu Urządzeń w okolicznościach przedmiotowej sprawy miała kluczowe znaczenie, ponieważ na potwierdzenie spełnienia wymagań z SWZ, zamawiający nie żądał innych środków dowodowych np. katalogów, kart czy opisów.

Izba miała świadomość, że powyżej opisane stanowisko było restrykcyjne, jednakże w stanie przedmiotowej sprawy, takie podejście należało uznać za prawidłowe. Po pierwsze należało wskazać, że samo postępowanie przetargowe ma charakter formalny, przy czym formalizm wynikający z założenia postępowania przetargowego nie ma wartości samej w sobie, ale wynika z zasad systemu zamówień publicznych. Po drugie rezygnacja zamawiającego z wymagania szczegółowych, przedmiotowych środków dowodowych mogących potwierdzić zgodność oferowanych przez wykonawców urządzeń z warunkami SWZ spowodowała, że kluczowym dokumentem dla zbadania czy zaoferowany sprzęt był zgodny z treścią SWZ okazał się Wykaz Urządzeń, przez co taki wykaz, złożony przez wykonawcę, nie mógł budzić żadnych wątpliwości. Po trzecie skład orzekający zwrócił uwagę na ofertę złożoną w postępowaniu przez wykonawcę SHADOK AV Sp. z o.o. Sp. k. i sposób zaoferowania urządzeń, w tym elementów zapasowych w pkt 5 Wykazu Urządzeń przez tego wykonawcę, który oferując elementy zapasowe pochodzące od różnych producentów wymienił ich wszystkich z nazwy w kolumnie D złożonego Wykazu.

Zgodnie z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, badanie i ocena ofert w postępowaniu musi opierać się tylko o dokumenty, które wykonawcy złożyli wraz z ofertą. W związku z tym wzywaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, w sytuacji gdy z treści jego oferty jasno wynikało co zaoferował odwołujący, a mianowicie, iż zaoferował produkty i elementy niezgodne z treścią oferty i z oczekiwaniami zamawiającego, doprowadziłoby do negocjowania złożonej oferty i zmiany jej treści, co jest niedopuszczalne. W przedmiotowej sytuacji, z uwagi na fakt, że złożona przez odwołującego oferta, była niezgodna z warunkami zamówienia, zamawiający nie był zobligowany do wzywania odwołującego do składania wyjaśnień, które *de facto* prowadziłyby do nieuzasadnionego negocjowania złożonej przez odwołującego oferty, zatem zamawiający słusznie odrzucił ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten jest skorelowany z art. 218 ust. 2 Pzp,

zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dostrzeżenia wymaga, że przez warunki zamówienia, zgodnie z definicją określoną w art. 7 pkt 29 Pzp, należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunki zamówienia opisywane lub określane są w dokumentach zamówienia. Z definicji warunków zamówienia wynika, że oprócz wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i jego realizacji (merytorycznych), określane są również wymagania proceduralne (formalne), dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia. Odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała, że oferta odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia w związku z tym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp został oddalony.

Z przyczyn podanych powyżej Izba oddaliła także zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp. W toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 i art. 187 Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis art. 223 ust. 1 Pzp wyraża ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem powyższej regulacji powinno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty i zawartych w niej oświadczeń i informacji, tj. nie może stanowić zmiany oferty. Jak wynika z powyżej dokonanego ustalenia w przedmiotowej sytuacji, z uwagi na fakt, że złożona przez odwołującego oferta, była niezgodna z warunkami zamówienia, zamawiający nie był zobligowany do wzywania odwołującego do składania wyjaśnień, które *de facto* prowadziłyby do nieuzasadnionego negocjowania złożonej przez odwołującego oferty. Tym samym, nie każda niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia podlega wyjaśnieniu czy poprawieniu w odpowiednim trybie i instrumenty te nie mogą zwalniać wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, z obowiązku sporządzenia oferty w sposób kompletny i zgodny z wymaganiami zamawiającego.

Z powyżej określonych powodów Izba uznała, że dowody załączone do odwołania oraz złożone w formie pisemnej na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, nie mogły doprowadzić do uwzględnienia odwołania. Wobec braku wymagania przez zamawiającego

kart katalogowych oraz oświadczeń producenta decydujące znaczenie miała treść Wykazu Urzędzeń, tym samym przyjęcie dokumentów załączonych do odwołania doprowadziłoby *de facto* do uzupełnienia treści oferty, a przez to do niedopuszczalnej zmiany jej treści.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty strony obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika (na podstawie złożonego na rozprawie rachunku).

Przewodniczący: