

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2017 r. przez wykonawcę: **TSE Laser Light & Sound Sp. z o.o., ul. Domaniewska 18, 05-800 Pruszków**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wrocławski Komitet Organizacyjny – Światowe Igrzyska Sportowe Sp. z o.o., ul. Rynek 13, 50-101 Wrocław**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: TSE Laser Light & Sound Sp. z o.o., ul. Domaniewska 18, 05-800 Pruszków, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: TSE Laser Light & Sound Sp. z o.o., ul. Domaniewska 18, 05-800 Pruszków tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wrocławski Komitet Organizacyjny - Światowe Igrzyska Sportowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Wynajem, transport i montaż, demontaż i bieżąca obsługa systemów nagłośnienia, oświetlenia, projekcji wielkoformatowej, band elektronicznych oraz zapewnienia oprawy muzyczno-konferansjerskiej, realizacji wizyjnej imprezy na potrzeby organizacji zawodów sportowych na rzecz Wrocławskiego Komitetu Organizacyjnego - Światowe Igrzyska Sportowe 2017 Sp. z o.o., ZP/PN/1/2017”*, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r., zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Odwołujący – TSE Laser Light & Sound Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie – wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego na zadanie nr 3 i wyborze na zadanie nr 3 jako najkorzystniejszej oferty Sport Media Sp. z o.o.

Zarzuty stawiane zamawiającemu – naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 polegające na odrzuceniu oferty odwołującego na zadanie nr 3 ze względu na jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), pomimo tego, że oferta odwołującego była zgodna z SIWZ, modele komputerów, marki i modele telewizorów nie były wskazywane w SIWZ, i ponadto ustalenie modeli komputerów, a także modeli i marek telewizorów nie ma żadnego znaczenia dla ustalenia czy oferta spełnia wymagania wskazane w SIWZ;
- 2) art. 26 ust. 3 polegające na braku wezwania odwołującego do uzupełnienia treści oferty odwołującego na zadanie nr 3 w zakresie wskazania modeli komputerów oraz modeli i marek telewizorów.

Odwołujący wniósł na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Sport Media Sp. z o.o. na zadanie nr 3 oraz nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia oceny ofert na zadanie nr 3 i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego,
ewentualnie
uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Sport Media Sp. z o.o. na zadanie nr 3 oraz nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia treści oferty

w zakresie wskazania modeli komputerów, a także modeli i marek telewizorów, ponownego przeprowadzenia oceny ofert na zadanie 3, wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał interes w uzyskaniu zamówienia. Oferta odwołującego na zadanie nr 3 nie została wybrana w postępowaniu ze względu na bezzasadne odrzucenie oferty, mimo że na zadanie nr 3 spełnia wszystkie kryteria oceny ofert w najwyższym stopniu i w przypadku braku odrzucenia, uzyskałaby największą ilość punktów. Oferta odwołującego spełnia wszystkie trzy kryteria oceny na zadanie nr 3 w wyższym stopniu niż oferta złożona przez Sport Media Sp. z o.o. Odwołujący poniósł szkodę w związku z naruszeniem przepisów przez zamawiającego. Gdyby oferta odwołującego nie została bezzasadnie odrzucona, powinna zostać wybrana jako spełniająca kryteria oceny ofert w najwyższym stopniu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę w zakresie utraconych korzyści, które mógłby uzyskać w przypadku realizacji zamówienia.

Uzasadnienie odwołania. Odwołanie uzasadnione jest bezzasadnością odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazał, że oferta odwołującego na zadanie nr 3 jest niezgodna z SIWZ, ponieważ nie zawiera określenia modeli komputerów, także marki i modeli telewizorów. Odwołujący wskazał, że SIWZ nie zawierała określenia jakie powinny być modele komputerów, a także marki i modele telewizorów wykorzystywanych w czasie wykonywania zamówienia. Brak wskazania w SIWZ modeli komputerów oraz marek i modeli telewizorów powoduje, że oferta nie może być uznana za niezgodną z SIWZ. Określenie modeli komputerów oraz marek i modeli telewizorów nie ma żadnego znaczenia dla ustalenia czy oferta spełnia ustalone przez zamawiającego wymogi. Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty podał, że ze względu na wyżej wskazane braki nie było możliwe ustalenie czy oferta zamawiającego na zadanie nr 3 spełnia wymogi wskazane w opisie przedmiotu zamówienia (dalej OPZ). Odwołujący podniósł, że w punkcie 6 OPZ wskazano dokumenty, które powinny być przedstawione przez wykonawcę w celu oceny przez zamawiającego czy oferta spełnia wymagania techniczne opisane w OPZ. Z treści dokumentów nie wynika, żeby model komputera, a także marka i model telewizora były kryteriami technicznymi istotnymi w zakresie dotyczącym zamówienia, którego dotyczy postępowanie. Odwołujący przedstawił dokumenty, o których mowa w punkcie 6 OPZ. Zamawiający jedynie w zakresie wskazanych dokumentów mógłby uznać, że oferta odwołującego nie spełnia wymagań technicznych opisanych w OPZ i tym samym, że jest niezgodna z SIWZ. W związku z powyższym stwierdził, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, w ten sposób, że nie zapewnia jego całościowej realizacji, zgodnej z wymaganiami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 21

sierpnia 2013 r., KIO 1902/13). Jednakże kwestie dotyczące modelu komputera oraz marki i modelu telewizora nie mają żadnego znaczenia dla kwestii dotyczących realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Wyrok z 14 stycznia 2013 r., KIO 2903/12. Kwestie dotyczące modeli komputerów i oraz marek i modeli telewizorów nie były jednak elementami istotnymi dla wykonania przedmiotu zamówienia i nie zostały określone w SIWZ, w związku z powyższym odrzucenie oferty było bezzasadne.

Odwołujący z ostrożności podniósł, że zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ bez wezwania odwołującego do wskazania modeli komputerów oraz modeli i marek telewizorów. Pismem z dnia 27 lutego 2017 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia treści oferty między innymi w zakresie wskazania marek i modeli urządzeń. Jeśli zamawiający uznał konieczność wezwania w kwestionowanym zakresie należało przyjąć, że przed odrzuceniem oferty konieczne było wezwanie do uzupełnienia także w zakresie dotyczącym wskazania marek i modeli komputerów i telewizorów. Nie było podstaw do odrzucenia oferty bez wezwania odwołującego do dokonania uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o: 1) oddalenie odwołania jako nieuzasadnionego w całości; 2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym nakazanie zwrotu zamawiającemu kosztów związanych z postępowaniem odwoławczym, nie przedłożył rachunków do akt sprawy.

Uzasadnienie.

Zamawiający oświadczył, że wszelkie dokonane przez niego czynności w toku prowadzonego postępowania, dotyczące zarówno przygotowania jak i przeprowadzenia postępowania, w tym badania i oceny ofert, a także w zakresie wynikającym z dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zostały przeprowadzone prawidłowo, w szczególności z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, o których mowa w art. 7 ustawy Pzp.

Czynności przeprowadzone na etapie, zarówno przygotowania jak i przeprowadzenia postępowania, w tym badania i oceny ofert, w szczególności w zakresie zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, mają swoje głębokie uzasadnienie faktyczne i prawne.

Ponadto opis przedmiotu zamówienia (OPZ), w tym żądanie określonych dokumentów celem potwierdzenia, że oferowany przedmiot odpowiada warunkom określonym w SIWZ (OPZ) – potwierdza, że zamawiający wykazał się należyłą starannością we wnikliwym podejściu do analizy przedmiotu zamówienia podczas jego opisu jak i sprawdzania ofert. Żaden z wykonawców, w tym odwołujący, nie zadał jakiegokolwiek

pytania ani nie podniósł w zakresie dokumentów żądanych na potwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada warunkom określonym w OPZ – jakiegokolwiek zarzutu dotyczącego ewentualnych naruszeń przez zamawiającego, przez niejasne, czy mało konkretne określenie OPZ i dokumentów, na podstawie których zamawiający miał dokonać oceny ofert.

Nikt też nie wnosił o modyfikację postanowień w tym zakresie czy też inne opisanie, co zdaniem zamawiającego świadczy, że zarówno OPZ jak i dokumenty żądane na potwierdzenie zgodności, były w pełni zrozumiałe i akceptowalne przez wykonawców z branży, której dotyczy przedmiot zamówienia.

Dodatkowo wezwanie odwołującego do uzupełnień w zakresie dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia, potwierdza pełną transparentność zamawiającego w ocenie ofert, a ponadto stanowiło dodatkową szansę dla odwołującego do uzupełnienia braków w ofercie.

Charakter i specyfika przedmiotu zamówienia oraz jego zakres (w ciągu 10 dni odbywać się będą Igrzyska 31 sportów, z 4200 uczestnikami reprezentującymi ponad 100 państw, rywalizujących na 24 obiektach sportowych, z których realizowana będzie międzynarodowa transmisja telewizyjna) sprawiają, że zamawiający wymaga od wykonawców kompleksowego zorganizowania przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący najwyższy możliwy poziom. Powyższe wymaga od wykonawców dysponowania odpowiednim sprzętem, bogatym doświadczeniem oraz kompetentnym zespołem, a także odpowiednim czasem na przygotowanie realizacji zadania.

Biorąc pod uwagę złożony przedmiot zamówienia, włożony trud w jego opisanie, m.in. przez wybór dokumentów, którymi każdy z wykonawców miał potwierdzić, że oferowany przedmiot odpowiada warunkom opisanym w OPZ – należy dostrzec, przed jakim wyzwaniem stanął zamawiający przygotowując postępowanie przetargowe i czemu sprostał, a dowodem tego było złożenie aż 9 (dziewięciu) konkurencyjnych ofert.

Dla zamawiającego pełną akceptacją przygotowanej dokumentacji przetargowej, oraz pełną akceptacją określonych w SIWZ żądanych dokumentów na potwierdzenie OPZ – było złożenie, jak wskazano aż 9 (dziewięciu) konkurencyjnych ofert wykonawców, którzy w zaskarżanym obecnie zakresie nie wnosili przed otwarciem ofert żadnych konkretnych uwag czy też propozycji innych rozwiązań.

Tym bardziej niezrozumiałym dla zamawiającego jest to – dlaczego dopiero teraz, kiedy zamawiający winien już kontraktować zamówienie, stanowi to podstawę zarzutu odwołującego, a nie na etapie składania ofert, kiedy wykonawcy mogli nawet wnosić o modyfikację pewnych elementów dokumentacji przetargowej, w tym kryteriów oceny ofert, nie wspominając nawet o możliwości ich zaskarżenia.

W tym stanie rzeczy, zamawiający uznał zarzuty podniesione w odwołaniu za całkowicie nieuzasadnione i wniósł o ich nieuwzględnienie z powodu następującej argumentacji:

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego na zadanie nr 3 jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ w sytuacji, gdy zdaniem odwołującego, oferta odwołującego była zgodna z SIWZ, modele komputerów, marki i modele telewizorów nie zostały wskazane w SIWZ i ponadto, ustalenie modeli komputerów, marki i modeli telewizorów nie ma żadnego znaczenia dla ustalenia, czy oferta spełnia wymagania wskazane w SIWZ.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia oraz dokumentów służących sprawdzeniu, że oferowany przedmiot odpowiada warunkom określonym w OPZ w sposób transparentny, w pełnej rozciągłości zgodny z przepisami ustawy Pzp oraz spełniający niezbędne wymagania dla płynnej i profesjonalnej realizacji przedmiotu zamówienia.

Dowodem powyższego jest określenie w:

A. SIWZ Rozdział 3. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia:

„3. Przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i sprostanie potrzebom Zamawiającego. Przedmiot zamówienia opisano w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji pod względem zarówno podmiotowym jak i przedmiotowym (art. 29 ust. 2 i ust. 3 uPzp).

4. Przedmiot zamówienia, opisany został przez określenie minimalnych, wymaganych i potrzebnych Zamawiającemu „parametrów funkcjonalnych”. Zamawiający oczekuje, że oferowany sprzęt/parametr(y) funkcjonalne był(y) co najmniej taki(e) jak wymagany(e) (lecz nie gorszy(e), ale może(gą) być i lepszy(e) - od parametrów/sprzętu określonego w OPZ.

*5. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisane w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowany przedmiot zamówienia (jego parametry funkcjonalne) spełnia(ją) wymagania określone przez Zamawiającego, tj. sprzęt posiada co najmniej te same parametry funkcjonalne, co określone w przekazanej dokumentacji (vide pkt 4 powyżej). W takiej sytuacji ciężar udowodnienia powyższego (np. poprzez złożenie stosownych dokumentów) leży po stronie Wykonawcy.
(...)*

9. Zamawiający żąda aby wraz z ofertą, Wykonawca złożył dokumenty służące potwierdzeniu, że oferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia odpowiada warunkom dotyczącym przedmiotu zamówienia określonym przez Zamawiającego w SIWZ tj. OPZ z załącznikami od nr 1 do nr 5 tj.:

- Dokumenty wskazane w pkt 6 od lit. a) do lit. d) - Załącznika 2 do SIWZ tj. OPZ, stanowiące opis oferowanego przedmiotu zamówienia, o których mowa w § 13 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

B. OPZ w Rozdziale II Wymagania do przedmiotu zamówienia, pkt 1 Opis techniczno-funkcjonalny.

Zamawiający opisał, że „Niniejszy dokument precyzuje minimalne funkcje poszczególnych obszarów / Zadań, określone wymagania minimalne dla niektórych branż (np. liczbę niezbędnych mikrofonów bezprzewodowych lub rozmiar ekranu), ograniczenia poszczególnych lokalizacji lub dyscyplin. Zamawiający, z uwagi na prestiż imprezy, zwraca szczególną uwagę (i będzie wymagał tego od Wykonawcy) na ciągłość eksploatacji systemów.”

C. OPZ Rozdział II, pkt 1.3.2 b) i c) – „Opis techniczno-funkcjonalny, Systemy projekcji wielkoformatowej - Zadanie 3, Stanowisko realizacji wizji.

b) komputer do wyświetlania materiałów Zamawiającego o parametrach zapewniających płynne odtwarzania plików (AVI, MOV, WMV) w rozdzielczości FullHD, z oprogramowaniem umożliwiającym tworzenie list odtwarzania z funkcją pętli i możliwością umieszczenia na liście jednocześnie plików obrazu (jpg) i animacji (avi, mov, wmv). Przykładowo VLC Media Player. Dodatkowo pakiet MS Office z możliwością edycji MS PowerPoint. Komputer musi mieć możliwość pracy zarówno w trybie klonowania ekranu jak i rozszerzonego pulpitu. Wykonawca zadania 1 odpowiedzialny będzie za przechwycenie ścieżki audio z materiałów odtwarzanych z komputera, należy udostępnić mu wyjście audio komputera.

c) Ekran zapewniający podgląd obrazu realizowanego przez kamery”.

D. OPZ, Rozdział II, pkt 6:

„1. Dokumentacja, która musi być dostarczona wraz z ofertą w celu jej weryfikacji

a) wykazy urządzeń, a w szczególności ich marka, model oraz ogólna konfiguracja w zakresie:

- Dla zadania 1 (nagłośnienie): ...

- Dla zadania 2 (oświetlenie): ...

- Dla zadania 3 (projekcja wielkoformatowa):

 - o Konfiguracje stanowiska FOH

 - o Konfiguracje poszczególnych telebimów (rozdzielczość, rozmiar, sposób montażu - typ konstrukcji)

b) rysunki poglądowe planowanych konstrukcji i instalacji dla wszystkich zadań

c) bilanse mocy – wymagania energetyczne dla każdej lokalizacji dla wszystkich zadań

d) dla zadań 1, 2 i 3 w przypadkach, gdzie elementy systemów będą podwieszane obliczenia:

- ciężaru całkowitego (konstrukcja wraz z urządzeniami, okablowaniem i osprzętem do zawieszania/zamocowań),
- obciążenia każdego punktu podwieszenia.”

Powyższe opisy jednoznacznie wskazują, że:

1. Od samego początku, zamawiający opisami SIWZ rozdział III i OPZ informował oferentów o wymaganiach przetargu, w sposób zgodny z przepisami art. 29 ust. 1-3 Pzp i nikt na etapie pytań nie kwestionował konstrukcji dokumentów przetargowych.
2. W związku z opisem pkt 4 rozdziału III SIWZ, który również nie był kwestionowany, zamawiający prosząc o podanie marki i modelu każdego sprzętu, w tym komputerów, chciał sprawdzić minimalne parametry funkcjonalne, które potwierdzą że sprzęt spełnia wymagania zgodnie z przeznaczeniem.
3. W związku z opisami pkt 5 rozdziału III SIWZ, który również nie był kwestionowany, zamawiający akcentował opisy w wyraźny sposób, choćby przez ich pogrubienie, co również stanowi wymóg podania modeli i marki sprzętów, w tym komputerów oraz telewizorów.
4. W związku z opisem pkt 1 rozdziału II OPZ, podanie marek i modeli sprzętów jest kluczowe celem zminimalizowania ryzyk, ich awarii a także, służyło potwierdzeniu możliwości ciągłości eksploatacji systemów.
5. W związku z opisem rozdziału II OPZ, ppkt 1.3.2 Ekrany LED - Stanowisko realizacji wizji ppkt b) podanie marki i modelu komputera było kluczowe dla potwierdzenia, czy oferowany sprzęt zapewni wszystkie funkcjonalności oraz płynność i bezawaryjność pracy, co jest jednym z częściej spotykanych problemów.
6. Podanie marki i modelu telewizorów podglądowych służyło potwierdzeniu, że oferowany sprzęt zapewni płynność i bezawaryjność pracy.

Przytoczone opisy w żaden sposób nie ograniczały prawa odwołującego jak i innych wykonawców do zaoferowania przedmiotu, który w pełni będzie odpowiadał potrzebom i warunkom określonym przez zamawiającego. Wręcz przeciwnie, powołane powyżej opisy szczegółowo wskazywały jak złożyć ofertę w zakresie przedmiotu zamówienia, a powołanie dokumentów na potwierdzenie, że oferta odpowiada potrzebom/warunkom zamówienia - stanowiło dodatkowe, obiektywne dla wykonawców, a więc i transparentne narzędzie sprawdzenia ofert.

W ofercie odwołującego stwierdzono wiele braków w zakresie zaoferowanego przedmiotu i w związku z tym został on wezwany na równi z innymi wykonawcami w dniu 27.02.2017 r. do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdzie podano: „Chodzi o dokumenty wskazane w pkt 6 od lit. a) do lit. d) Załącznika 2 do SIWZ tj. OPZ, stanowiące opis oferowanego przedmiotu zamówienia, o którym mowa w §

13 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

I tak zgodnie z powołanym powyżej pkt 6 OPZ - należy uzupełnić w pełnym niżej wymaganym zakresie poniższe dokumenty:

a) wykazy urządzeń, a w szczególności ich marka, model oraz ogólna konfiguracja w zakresie: • Dla zadania 1 (nagłośnienie): ... • Dla zadania 2 (oświetlenie): ... • Dla zadania 3 (projekcja wielkoformatowe):

o Konfiguracje stanowiska FOH

o Konfiguracje poszczególnych telebimów (rozdzielczość, rozmiar, sposób montażu - typ konstrukcji)

b) rysunki poglądowe planowanych konstrukcji i instalacji dla wszystkich zadań

c) bilanse mocy - wymagania energetyczne dla każdej lokalizacji dla wszystkich zadań

d) dla zadań 1,2 i 3 w przypadkach, gdzie elementy systemów będą podwieszane obliczenia:

a. ciężaru całkowitego (konstrukcja wraz z urządzeniami, okablowaniem i osprzętem do zawiesznień/zamocowań), b. obciążenia każdego punktu podwieszenia.

UWAGA: Wykonawcy winni dokonać uzupełnienia ww. dokumentów w jedyny dopuszczony prawem zamówień publicznych sposób tj. w sposób zgodny/odpowiadający zaoferowanemu przedmiotowi zamówienia, określone w Formularzu ofertowym.”

Pomimo wezwania, odwołujący nie dokonał uzupełnienia w pełni w zakresie wskazanym w podstawie odrzucenia jego oferty (potwierdzonym w treści odwołania), tj. nie uzupełnił wykazu urządzeń, a w szczególności ich modeli dla komputerów oraz marki i modeli telewizorów podglądowych, które dla zadania 3 (projekcja wielkoformatowa) miały znaczenie w zakresie jakości wykonania przedmiotu zamówienia, a przez to i warunków realizacji przedmiotu zamówienia przez zastosowanie modeli, które nie zapewnią płynności pracy systemów, mają wysoką awaryjność i brak minimalnych wymogów sprzętowych dla wyszczególnionych programów komputerowych.

Prośba zamawiającego o wyjaśnienie w powyższym zakresie była więc - działaniem w dobrej wierze, tj. chęcią doprecyzowania jaki model komputera marki ASUS z oferty będzie używany, gdyż nie wszystkie modele spełniają wymagania OPZ.

Natomiast odwołujący zamiast doprecyzować model, chciał wprowadzić w sposób niedopuszczalny inne opisy (inne komputery), do tego - tylko w jednym przypadku wprowadzając markę, a modelu w żadnym urządzeniu.

Odwołujący uczynił to pomimo, że w wezwaniu wskazano: „UWAGA: Wykonawcy winni dokonać uzupełnienia ww. dokumentów w jedyny dopuszczony prawem zamówień publicznych sposób tj. w sposób zgodny/odpowiadający zaoferowanemu przedmiotowi zamówienia, określone w Formularzu ofertowym.”

Co do marek i modeli telewizorów do podglądu na stanowisku FOH, nie były one rozpisane szczegółowo jeżeli chodzi o wymagania techniczne.

Natomiast zgodnie z pkt 6 OPZ, co zostało podkreślone i powtórzono w wezwaniu do uzupełnień, zamawiający żądał podania marek i modeli wszystkich elementów składających się na konfigurację FOH celem upewnienia się, że każdy element zminimalizuje ryzyko awarii przez użytkowanie nieprofesjonalnego sprzętu, nie przeznaczonego do tego celu. Odwołujący przyznał w ostatnim akapicie odwołania, że zamawiający wezwał go do uzupełnienia marek i modeli sprzętów – a komputery i telewizory są przecież sprzętem zapewniającym realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego.

Ponadto, inni wykonawcy również dokonywali uzupełnień w zakresie dokumentów dotyczących OPZ i oferty niektórych z nich jak odwołującego, zostały odrzucone za niezgodność z OPZ z bardzo podobnych powodów.

Natomiast nikt poza odwołującym, nie wniósł odwołania z uwagi na jasność opisów SIWZ, OPZ i to, że zaoferowany przedmiot zamówienia był oceniany przez pryzmat żądanych dokumentów których nikt, w tym odwołujący, nie zakwestionował na jedynym właściwym do tego etapie, tj. przed składaniem ofert.

Wobec powyższego zarzut odwołującego należy oddalić nie tylko jako bezzasadny, ale i jako przedawniony w zakresie zgłoszenia niewłaściwie opisanego przedmiotu zamówienia (OPZ).

W związku z powyższymi argumentami, zarzut postawiony przez odwołującego wskazuje, że nie ma on świadomości obowiązujących przepisów ustawy Pzp i aktów wykonawczych do ustawy, chociaż stawia zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, co z kolei stoi w sprzeczności z tym, że nie wniósł żadnych uwag w tym zakresie na jedynym służącym temu etapie, tj. przed składaniem ofert.

Odwołujący zacytował wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r. (KIO 2903/12), zgodnie z którym niezgodność treści oferty z opisami SIWZ zachodzi wówczas gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi opisanemu w SiWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia tj. nie spełnia jego wymagań merytorycznych.

Odrzucenie oferty odwołującego z powodów wskazanych w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wbrew jego stanowisku – ma istotne znaczenie dla zamawiającego zgodnie z powołanym powyżej uzasadnieniem.

Natomiast wymagania merytoryczne zostały opisane przez zamawiającego, zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, tj. zamawiający nie dokonał zakazanego co do zasady opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, które charakteryzuje produkty – właśnie po to, aby nikogo nie

uprzywilejowywać ani też nie wyeliminować niektórych wykonawców i produktów (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp).

Ponadto, aby sprawdzić i potwierdzić podczas oceny ofert, że zaferowany przedmiot odpowiada warunkom/potrzebom określonym w SIWZ (OPZ), zamawiający w sposób określony przepisami rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia – zażądał dokumentów na jego potwierdzenie.

Zamawiający wybrał więc najbardziej obiektywny i akceptowany w orzecznictwie KIO opis przedmiotu zamówienia z użyciem dopuszczalnych parametrów funkcjonalnych, trudno więc czynić mu zarzuty z tego powodu.

Ponadto, odwołujący nie dokonał, co jest jego obowiązkiem i podstawą odwołania, uzasadnienia/udowodnienia w jaki sposób bez podanych modeli komputerów, marek i modeli telewizorów jego oferta jest zgodna z SIWZ tj. odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w sposób zapewniający jego całościową realizację zgodną z wymaganiami zamawiającego (art. 180 ust. 3 ustawy Pzp) vs. powołany przez odwołującego wyrok KIO z dnia 21.08.2013 r. (KIO 1902/13).

Dodatkowo, odwołujący nie zaprzeczył zarzutowi braku wskazania (pomimo wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia) modeli komputerów jak i marek oraz modeli telewizorów, co stanowiło podstawę odrzucenia jego oferty na zadanie 3.

Wobec powyższych argumentów zarzut odwołującego jest nie tylko nieuzasadniony ale i przedawniony, zarówno w powyższym zakresie jak i również w zakresie żądania odwołania – ewentualnego wezwania go do uzupełnienia modeli komputerów oraz marki i modeli telewizorów poglądowych.

2. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegający na braku wezwania odwołującego do uzupełnienia treści oferty na zadanie nr 3 w zakresie wskazania modeli komputerów oraz modeli i marek telewizorów.

Zamawiający w całości podtrzymując argumentację podstaw odrzucenia oferty odwołującego na skutek nie uzupełnienia modeli komputerów oraz marek i modeli telewizorów, wyjaśnił że dokonał właściwego wezwania do uzupełnienia m.in. wykazu urządzeń, a w szczególności marki, modeli oraz ogólnej konfiguracji w zakresie:

- Dla zadania 3 (projekcja wielkoformatowa):
o Konfiguracje stanowiska FOH, o Konfiguracje poszczególnych telebimów (rozdzielczość, rozmiar, sposób montażu – typ konstrukcji).

Zgodnie z orzecznictwem wezwania do uzupełnienia dokonuje się na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - tylko raz.

Dlatego też niezrozumiałym i stanowiącym podstawę do oddalenia odwołania jest żądanie odwołującego w treści odwołania - wezwania go do ewentualnego uzupełnienia modeli komputerów oraz marki i modeli telewizorów.

Skoro zamawiający dokonał już wezwania, które miało określoną treść wynikającą z opisów pkt 6 OPZ, wcześniej nawet dla odwołującego nie budzącą żadnych wątpliwości, i które wskazywało co należało uzupełnić (dowód – powyższe opisy z wezwania) - nie mógłby on zgodnie z prawem ponownie wzywać odwołującego, który miałby już drugą niedopuszczoną prawem szansę na uzupełnienie braków, których co do zasady nie powinna oferta zawierać. Ponadto byłoby to nierówne traktowanie innych wykonawców.

Dodatkowo, odwołujący w ostatnim akapicie odwołania przyznał, że zamawiający wezwał go do uzupełnienia marek i modeli sprzętów - a komputery i telewizory są przecież sprzętem zapewniającym realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego.

Ponadto, gdyby zamawiający nie miał racji, również i inni wykonawcy mogliby odwołać się od odrzucenia ich ofert, czego nie uczynili - choć przedmiotowe zamówienie jest intratne, a ponadto dawałoby wykonawcom pozyskanie dużego doświadczenia.

Z uwagi na zawartą w odpowiedzi na odwołanie argumentację, odwołanie należy oddalić w całości.

Odwołujący złożył pismo z dnia 4 marca 2017 r. pismo pt. „Stanowisko odwołującego” przedstawiające dodatkową argumentację w związku z odpowiedzią zamawiającego na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Wobec nie wystąpienia negatywnych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania (art. 189 ust. 2 ustawy Pzp), Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny w zakresie zaskarżenia.

Przedmiot zamówienia: *Wynajem, transport i montaż, demontaż i bieżąca obsługa systemów nagłośnienia, oświetlenia, projekcji wielkoformatowej, band elektronicznych oraz zapewnienia oprawy muzyczno-konferansjerskiej, realizacji wizyjnej imprezy na potrzeby organizacji zawodów sportowych na rzecz Wrocławskiego Komitetu Organizacyjnego – Światowe Igrzyska Sportowe 2017 Sp. z o.o.* – został podzielony na 4 zadania: 1. *Wynajem systemów nagłośnienia*, 2. *Wynajem systemów Oświetlenia*, 3. *Wynajem systemów Projekcji wielkoformatowej*, 4. *Wynajem systemów Band elektronicznych*.

Każde zadanie obejmuje również usługi dodatkowe: transport, montaż, demontaż oraz obsługę ww. systemów na terenie obiektów wykorzystywanych na potrzeby Igrzysk The World Games 2017. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 2 do SIWZ wraz z załącznikami do opisu przedmiotu zamówienia od nr 1 do 5 – Rozdział 3 pkt 1 SIWZ.

W Rozdziale 3:

- w pkt 4 zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia, opisany został przez określenie minimalnych, wymaganych i potrzebnych zamawiającemu „parametrów funkcjonalnych” i zamawiający oczekuje, że oferowany sprzęt spełni wymagane parametry funkcjonalne co najmniej na wymaganym poziomie, a nie gorsze, a mogą być lepsze od opisanych w SIWZ,
- w pkt 9 zamawiający zamieścił żądanie aby wykonawca złożył wraz z ofertą dokumenty służące potwierdzeniu, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada warunkom dotyczącym przedmiotu zamówienia określonym w SIWZ, tj. OPZ z załącznikami nr od 1 do nr 5 tj.:

- Dokumenty wskazane w pkt 6 od lit. a) do lit. d) - Załącznika 2 do SIWZ tj. OPZ, stanowiące opis oferowanego przedmiotu zamówienia, o których mowa w § 13 ust. 1 pkt 10 (wł. pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W Rozdziale 6 SIWZ pt. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia (dla wszystkich zadań), w pkt 9 zamawiający zamieścił żądanie: *„Zamawiający żąda aby Wykonawca wraz ofertą złożył dokumenty służące potwierdzeniu, że oferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia odpowiada warunkom dotyczącym przedmiotu zamówienia określonym przez Zamawiającego w SIWZ tj. OPZ z załącznikami od nr 1 do nr 5, tj. - Dokumenty wskazane w pkt 6 od lit. a) do lit. d) - Załącznika 2 do SIWZ tj. OPZ, stanowiące opis oferowanego przedmiotu zamówienia, o których mowa w § 13 ust. 1 pkt 10 (wł. pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”*

W OPZ w Rozdziale II pt. Wymagania do przedmiotu zamówienia, w pkt 1 Opis techniczno- funkcjonalny, zamawiający opisał, że *„Niniejszy dokument precyzuje minimalne funkcje poszczególnych obszarów / Zadań, określone wymagania minimalne dla niektórych branż (np. liczbę niezbędnych mikrofonów bezprzewodowych lub rozmiar ekranu), ograniczenia poszczególnych lokalizacji lub dyscyplin. Zamawiający, z uwagi na prestiż imprezy, zwraca szczególną uwagę (i będzie wymagał tego od Wykonawcy) na ciągłość eksploatacji systemów.”*

W OPZ w Rozdziale II, pkt 1 pt. Opis techniczno-funkcjonalny, pkt 1.3 pt. Systemy projekcji wielkoformatowej - Zadanie 3, w pkt 1.3.2 pt. Stanowisko realizacji wizji – wskazał:

b) komputer do wyświetlania materiałów Zamawiającego o parametrach zapewniających płynne odtwarzania plików (AVI, MOV, WMV) w rozdzielczości FullHD, z oprogramowaniem umożliwiającym tworzenie list odtwarzania z funkcją pętli i możliwością umieszczenia na liście jednocześnie plików obrazu (jpg) i animacji (avi, mov, wmv). Przykładowo VLC Media Player. Dodatkowo pakiet MS Office z możliwością edycji MS PowerPoint. Komputer musi mieć możliwość pracy zarówno w trybie klonowania ekranu jak i rozszerzonego pulpitu. Wykonawca zadania 1 odpowiedzialny będzie za przechwycenie ścieżki audio z materiałów odtwarzanych z komputera, należy udostępnić mu wyjście audio komputera.

c) Ekran zapewniający podgląd obrazu realizowanego przez kamery”.

W OPZ Rozdział II, pkt 6 zamieścić opis:

„1. Dokumentacja, która musi być dostarczona wraz z ofertą w celu jej weryfikacji

a) wykazy urządzeń, a w szczególności ich marka, model oraz ogólna konfiguracja w zakresie:

(...)

- Dla zadania 3 (projekcja wielkoformatowa):

 - o Konfiguracje stanowiska FOH

 - o Konfiguracje poszczególnych telebimów (rozdzielczość, rozmiar, sposób montażu - typ konstrukcji)

b) rysunki poglądowe planowanych konstrukcji i instalacji dla wszystkich zadań

c) bilanse mocy – wymagania energetyczne dla każdej lokalizacji dla wszystkich zadań

d) dla zadań 1, 2 i 3 w przypadkach, gdzie elementy systemów będą podwieszane obliczenia:

- ciężaru całkowitego (konstrukcja wraz z urządzeniami, okablowaniem i osprzętem do zawieszeń/zamocowań),
- obciążenia każdego punktu podwieszenia.”

Zamawiający załączył do SIWZ załącznik nr 1 – Formularz ofertowy do wypełnienia przez wykonawców, w którym począwszy od str. 2 zamieszczono opis lokalizacji z obowiązkiem przedstawienia kalkulacji sprzętowej dla poszczególnych zadań. Zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym m.in. nazwy urządzenia, marki i modelu.

W formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ) odwołujący zamieścić w opisie 22 lokalizacji kalkulację sprzętową – Zadanie 3 – System projekcji wielkoformatowej, podając w taki sam sposób dla wszystkich lokalizacji komputer ASUS, bez zdefiniowanego modelu; ekran podglądowy – LED 42 cale (brak marki i modelu).

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 27 lutego 2017 r. do uzupełnienia (Wezwanie do dokonania uzupełnień), podając jak niżej:

„1. Zgodnie z uprawnieniem zastrzeżonym w niniejszym postępowaniu w SIWZ, Zamawiający wzywa Państwa do złożenia uzupełnień niżej wymienionych dokumentów w nieprzekraczalnym terminie do dnia 03.03.2017r. godz. 12:00 - na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Poniższe dokumenty służą potwierdzeniu, iż oferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia odpowiada warunkom dotyczącym przedmiotu zamówienia określonym przez Zamawiającego w SIWZ tj. OPZ z załącznikami od nr 1 do nr 5.

Chodzi o dokumenty wskazane w pkt 6 od lit. a) do lit. d) - Załącznika 2 do SIWZ tj. OPZ, stanowiące opis oferowanego przedmiotu zamówienia, o którym mowa w § 13 ust. 1 pkt 10 (wł. 1) Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

I tak zgodnie z powołanym powyżej pkt 6 OPZ - **należy uzupełnić w pełnym niżej wymaganym zakresie poniższe dokumenty:**

a) **wykazy urządzeń, a w szczególności ich marka, model oraz ogólna konfiguracja w zakresie:** (...)

• Dla zadania 3 (projekcja wielkoformatowa):

o Konfiguracje stanowiska FOH

o Konfiguracje poszczególnych telebimów (rozdzielczość, rozmiar, sposób montażu-typ konstrukcji)

b) **rysunki poglądowe planowanych konstrukcji i instalacji dla wszystkich zadań**

c) **bilanse mocy** - wymagania energetyczne dla każdej lokalizacji dla wszystkich zadań

d) dla zadań 1, 2 i 3 **w przypadkach, gdzie elementy systemów będą podwieszane obliczenia:**

a. ciężaru całkowitego (konstrukcja wraz z urządzeniami, okablowaniem i osprzętem do zawieszzeń/zamocowań),

b. obciążenia każdego punktu podwieszenia.

UWAGA: Wykonawcy winni dokonać uzupełnienia ww. dokumentów w jedynej dopuszczony prawem zamówień publicznych sposób tj. w sposób zgodny/odpowiadający zaoferowanemu przedmiotowi zamówienia, określone w Formularzu ofertowym. (...)

UWAGA: Zamawiający informuje, iż **skorzystanie z przepisu art. 26 ust. 3 tj. uzupełnienia ww. dokumentów** możliwe jest w danym zakresie tylko raz. W związku z powyższym Wykonawcy proszeni są o uzupełnienie wskazanych w niniejszym wezwaniu dokumentów w wymaganym zakresie, w wyznaczonym nieprzekraczalnym terminie i to w formie oryginału złożonego w miejscu wskazanym w SIWZ jako miejsce składania ofert.”

Odwołujący nie wskazał brakujących w wykazach urządzeń w 22 lokalizacjach modelu komputera do wyświetlania materiałów (...) oraz marki i modelu ekranu zapewniającego podgląd obrazu realizowanego przez kamery. Przedstawił uzupełnienie w postaci graficznej Konfiguracja stanowiska FOH.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego podając w piśmie z dnia 14 marca 2017 r.: *Zamawiający informuje o odrzuceniu oferty na Zadanie 3 na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - tj. z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a konkretnie OPZ.*

W formularzu ofertowym w tabeli Kalkulacja obsługi-Zadanie 3-System projekcji wielkoformatowej dla wszystkich lokalizacji wyszczególniono jedynie markę, a nie model komputera (sprzętu wymaganego w OPZ 1.3.2 lit. b), co nie pozwala stwierdzić czy dany sprzęt spełni wymagania ww. punktu OPZ.

Po uzupełnieniu nadal w Formularzu ofertowym i dalszej dokumentacji brak informacji o marce i modelu telewizora podglądowego do kamer wyszczególnionego w formularzu ofertowym dla każdej lokalizacji.

W formularzu ofertowym wpisany jest do użycia we wszystkich lokalizacjach komputer ASUS, nie zdefiniowany model. W dokumentacji opisującej stanowisko FOH wpisane są 2 typy użytych komputerów: -MacBookPro (nie podana marka - w domyśle Apple), -komputer PC (brak marki / modelu).

Żaden z powyższych nie definiuje modelu laptopa marki ASUS z formularza ofertowego.

Izba zważyła.

Odwołujący spełnia ustawowe wymagania warunkujące prawo wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wykazał zainteresowanie uzyskaniem zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w przypadku wykazania naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Rozpoznając odwołanie w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 ustawy), z uwzględnieniem obowiązku strony udowodnienia faktów, z których wywodzi skutki prawne (art.190 ust. 1 Pzp), po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, Izba uznała, że czynność zamawiającego w ustalonych okolicznościach sprawy, nie narusza wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na zadanie 3 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzuty przedstawione w odwołaniu – naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 polegające na odrzuceniu oferty odwołującego na zdanie nr 3 ze względu na jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), pomimo tego, że oferta odwołującego była zgodna z SIWZ, modele komputerów, marki i modele telewizorów nie były wskazywane w SIWZ, i ponadto ustalenie modeli komputerów, a także modeli i marek telewizorów nie ma żadnego znaczenia dla ustalenia, czy oferta spełnia wymagania wskazane w SIWZ;
- 2) art. 26 ust. 3 polegające na braku wezwania odwołującego do uzupełnienia treści oferty na zadanie nr 3 w zakresie wskazania modeli komputerów oraz modeli i marek telewizorów.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (poprawienie w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty).

Oferta to, zgodnie z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.

Oferta stanowi odpowiedź wykonawcy na publiczne ogłoszenie zamawiającego o zamówieniu, w którym oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy – przetarg nieograniczony, art. 39 ustawy Pzp.

W orzecznictwie Izby wskazano:

1. Formularz ofertowy z punktu widzenia przepisów Pzp i zasad udzielania zamówień publicznych, stanowi najściślejszą część oferty (zwaną popularnie "merytoryczną"), która nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Jest to bowiem oświadczenie, o którym mowa w art. 66 § 1 k.c., czyli oświadczenie drugiej stronie (zamawiającemu) woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy. Jednak należy zauważyć, że - biorąc pod uwagę różne rodzaje i wagę oświadczeń, które zamawiający mógł zamieścić w owym formularzu ofertowym - nie wszystkie poszczególne oświadczenia mają to znaczenie. Dlatego każdorazowo należy indywidualnie badać ich rodzaj i znaczenie dla złożonej oferty (wyrok z dnia 8 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 451/16).

2. Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. Takie dokumenty nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające

spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Decydującym kryterium rozróżniającym i przesądzającym o odmiennej kwalifikacji tego typu dokumentów jest w tym przypadku cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Przepisy art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 wraz z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczą zagadnień odrębnych, tzn. zakres regulacji ww. przepisów jest różny, a rozdzielenie i określenie przypadków ich zastosowania jest możliwe. Przy czym rozróżnienie takie i kwalifikacja danych dokumentów winna być dokonywana indywidualnie względem każdego przypadku, z uwzględnieniem wszystkich specyficznych okoliczności danego stanu faktycznego (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 426/16).

3. Niezłożenie i nieuzupełnienie przez wykonawcę wymaganych przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań odnośnie przedmiotu zamówienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane, co może również obejmować dokumenty dotyczące rozwiązań równoważnych, również mieści się w zakresie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dokumenty te same w sobie nie stanowią stricte treści oferty, jednak ich rolą jest potwierdzenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ. W takim jedynym trybem uzupełnienia tych dokumentów jest art. 26 ust. 3 Pzp. Po wyczerpaniu tej procedury brak wymaganego potwierdzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ nie może być uznany za podlegający poprawieniu – wyrok z dnia 8 maja 2015 r., sygn. akt KIO 801/15.

4. To wykonawca ma wykazać - ponad wszelką wątpliwość - poprzez złożenie wskazanych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (brak domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę) – wyrok z dnia 20 maja 2015 r., sygn. akt KIO 982/15.

Zatem, wykonawca jest zobowiązany do potwierdzenia zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami zamawiającego w sposób przez niego opisany, jeżeli takie wymagania zostały zamieszczone w SIWZ.

Zamawiający wymagał przedstawienia w formularzu ofertowym wykazu urządzeń z podaniem w szczególności marki, modelu oraz ogólnej konfiguracji we wskazanym zakresie i temu żądaniu nadał charakter dokumentacji potwierdzającej, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom szczegółowo opisanym pod względem funkcjonalnym w OPZ.

Opisy zamieszczone:

-w Rozdziale 3 pkt 9 (dotyczące żądania złożenia wraz z ofertą dokumentów służących potwierdzeniu, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom opisanym w SIWZ),
-w Rozdziale 6 pkt 9 – odnośnie wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających zgodność urządzeń z wymaganiami zamawiającego oraz

-w Rozdziale II pkt 6 załącznika nr 2 do SIWZ dotyczące dokumentacji w postaci wykazu urządzeń, a w szczególności ich marki, modelu oraz ogólnej konfiguracji, dla zadania nr 3 m.in. w zakresie konfiguracji stanowisk FOH

– jednoznacznie wskazują, że wymagane dane z formularza ofertowego stanowiły jednocześnie potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ, w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przepis ten stanowi: *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:*

(...)

2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

(...)

– *zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.*

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że *Jeżeli wykonawca nie złożył (...), oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

W postępowaniu odwoławczym zostało wykazane, że odwołujący nie przedstawił wraz z ofertą wymaganych potwierdzeń (brakujący zakres podany w wezwaniu do uzupełnienia). Na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odwołujący przedstawił graficzną konfigurację stanowiska FOH.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący zamieścił w istocie uwagi dotyczące treści SIWZ. Kwestionował wymaganie zamieszczenia w formularzu ofertowym danych identyfikujących oferowane urządzenia oraz znaczenie tego opisu dla weryfikacji przedmiotowej oferty. Pominął fakt, że wykaz urządzeń i ich opis z informacjami wskazanymi w formularzu ofertowym był obowiązkiem wykonawcy i jednocześnie stanowił jego uprawnienie w zakresie doboru urządzeń spełniających funkcjonalne wymagania zamawiającego.

Odwołujący przedstawił z ostrożności wnioszek o ponowne wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w celu uzupełnienia wykazu, w sytuacji gdy wezwanie wykonawcy

na podstawie wskazanego przepisu jest czynnością jednorazową w danym zakresie i wobec wyczerpania tego trybu nie może być brane pod uwagę. Nie wskazał dowodów dla stwierdzenia faktów przedstawionych w odwołaniu.

Izba uznając niezasadność zarzutów, oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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, z późn. zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis w kwocie 15 000 zł uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: