

Sygn. akt: KIO 2054/19

WYROK

z dnia 28 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2019 r. przez wykonawcę: **Z. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NDN Z. D., ul. Janowskiego 15, 02-784 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Sieć Badawcza ŁUKASIEWICZ – Instytut Technik Innowacyjnych EMAG ul. Leopolda 31, 40-189 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **AM TECHNOLOGIES Sp. z o.o. Sp.k. Al. Jerozolimskie 146C, 02-305 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Z. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NDN Z. D., ul. Janowskiego 15, 02-784 Warszawa, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Z. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NDN Z. D., ul. Janowskiego 15, 02-784 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy Z. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NDN Z. D., ul. Janowskiego 15, 02-784 Warszawa na rzecz zamawiającego: Sieć**

Badawcza ŁUKASIEWICZ – Instytut Technik Innowacyjnych EMAG ul. Leopolda 31, 40-189 Katowice stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Sieć Badawcza Łukasiewicz Instytut Technik Innowacyjnych EMAG, z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę oscyloskopu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 września 2019 r. pod numerem 596677-N-2019.

Wykonawca, Z. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NDN – Z. D. z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej. Informację o wyniku postępowania Odwołujący powziął w dniu 8 października 2019 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”:

- 1) art. 89 ust. 1 Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego,
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez AM TECHNOLOGIES Sp. z o.o. Sp.k., która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy,
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonanie powtórnej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego,
3. dokonanie powtórnej oceny ofert, a w konsekwencji uznania że, najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył najkorzystniejszą ofertę spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji - bezzasadnie uznał że wyjaśnienia które złożył Odwołujący na wezwanie Zamawiającego są niewystarczające i ofertę Odwołującego odrzucił. Tym samym Zamawiający poprzez naruszenie przepisów ustawy naraża Odwołującego na możliwość poniesienia szkody.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 ust. 1 Pzp, a wykonawcy mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie zasad udzielania zamówień publicznych.

Odwołujący przywołał treść załącznika nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia)

oraz wyjaśnienia treści SIWZ udzielone przez Zamawiającego na pytania wykonawców. Podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia był opisem jasnym i zrozumiałym. Żaden z wykonawców, przygotowując ofertę nie miał wątpliwości, jak interpretować postanowienia SIWZ w tym zakresie.

Odwołujący złożył ofertę, w której wskazał oraz oświadczył, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania wyspecyfikowane w Załączniku nr 1 do SIWZ.

W dniu 25 września 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do przedłożenia wyjaśnień treści oferty: „Prosimy o niezwłoczne i jednoznaczne wyjaśnienie, czy oferowane przez Państwa w Formularzu cenowym oferowanego przedmiotu zamówienia urządzenie jest wyposażone w funkcjonalność analizy i wyzwiania magistrali CAN?”

Odwołujący w dniu 26 września 2019 r. złożył wyjaśnienia, w których podał: „Potwierdzam że oferowany przez naszą firmę oscyloskop TeledyneLecroy Waverunner 9254-MS wyposażony jest we wszystkie wymagane funkcjonalności, w tym funkcjonalność analizy i wyzwiania magistrali CAN”.

Mimo, iż Odwołujący udzielił twierdzącej odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, to jednak w dniu 8 października 2019 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując, że: „Wykonawca nie podał żądanych przez Zamawiającego informacji określających przedmiot zamówienia, brak konkretnego wskazania funkcjonalności analizy i wyzwiania magistrali Can.”

Zdaniem Odwołującego, odrzucenie jego oferty stoi w sprzeczności z przepisami ustawy oraz podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania. Zamawiający, powziawszy wątpliwość co do zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, prawidłowo zażądał wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty. Niezrozumiałe jednak jest, dlaczego wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie zostały uwzględnione. Zamawiający nie może obarczać Odwołującego negatywnymi konsekwencjami niejasności i nieścisłości swojego wezwania, a niewątpliwie z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Wyjaśnienia uzyskane w wyniku wezwania w trybie art. 87 ust. 1 Pzp nie mogą prowadzić do zmian w treści oferty i w tej sytuacji nie prowadziły do zmian treści oferty Odwołującego. Odwołujący nie zmienił danych podanych w ofercie, ale je potwierdził.

Odwołujący podkreślił, że odrzucenie oferty jako nieodpowiadającej specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaga ustalenia tej niezgodności. Zamawiający dla takiego ustalenia winien dać wykonawcy szansę wypowiedzenia się co do treści oferty. W orzecznictwie podnosi się, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty musi udowodnić, że zaoferowany sprzęt nie posiada wymaganych przez zamawiającego cech. W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego ta informacja się nie znalazła.

Zarówno w treści formularza ofertowego, jak i z przedłożonych wyjaśnień wynika, że

oscylloskop jest wyposażony w wymaganą przez Zamawiającego cechę. Jako dowód, że zaoferowany oscylloskop jest wyposażony w wymaganą przez Zamawiającego funkcję, Odwołujący przedłożył do odwołania pismo producenta z dnia 18 września 2019 r. wraz z tłumaczeniem na język polski, który wskazuje, że w zaoferowanej przez Odwołującego opcji „WR9K-EMB TD” urządzenie posiada funkcjonalność analizy i wyzwiania magistrali Can.

Jeżeli więc - zgodnie z pismem producenta - w opcji, którą wpisał w ofercie Odwołujący (WR9K-EMB TD) mieści się funkcjonalność analizy i wyzwiania magistrali Can to niezrozumiałym jest działanie Zamawiającego, który odrzuca ofertę Odwołującego za brak konkretnego wskazania funkcjonalności analizy i wyzwiania magistrali Can.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wymaga wykazania, że niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny oraz dotyczy sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ. Odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może być spowodowane wyłącznie niezgodnością zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w treści SIWZ. Przy czym odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp możliwe jest jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ - na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

W przedmiotowej sytuacji, Zamawiający skorzystał z możliwości, które przewiduje art. 87 ust. 1 Pzp i mimo uzyskania potwierdzenia Odwołującego, że sprzęt odpowiada wymaganiom Zamawiającego, podjął niezrozumiałą decyzję o odrzuceniu jego oferty. Co ważne, nie wymagał on przedstawienia żadnych dowodów, a jedynie oświadczenia Odwołującego (potwierdzenia).

Brak było zatem jakichkolwiek podstaw prawnych i merytorycznych do odrzucenia oferty, bowiem nie sposób znaleźć uchybienia, które pozwoliłyby stwierdzić, że Odwołujący nie dopełnił formalności lub przedłożył ofertę niezgodną z SIWZ. Wręcz przeciwnie, uchybień należy dopatrywać się w działaniach Zamawiającego, który próbuje wyeliminować Odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu. To Zamawiający wezwał Odwołującego o „niezwłoczne i jednoznaczne wyjaśnienie”. Na tak otrzymane pismo Odwołujący wskazał, że oferowany przez firmę oscylloskop TeledyneLecroy Wayerunner 9254-MS wyposażony jest we wszystkie wymagane funkcjonalności, w tym funkcjonalność analizy i wyzwiania magistrali CAN.

Nie sposób więc wykazać, w jaki sposób odpowiedź Odwołującego nie potwierdziła jednoznacznie, czy oferowany oscylloskop wyposażony jest we wskazaną funkcjonalność. Zamawiający zdaje się przy tym zupełnie pomijać oświadczenie zawarte w formularzu cenowym: „Wykonawca oświadcza, że zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia

spełnia wymagania wyspecyfikowane w Załączniku nr 1 do SIWZ”.

Zamawiający w trakcie badania, oceny i wyboru złożonych ofert winien stosować się do zasady rzetelności, obiektywizmu i równego traktowania wykonawców. Postępowanie Zamawiającego w niniejszej sprawie stanowi rażąco naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, bowiem oferty wszystkich wykonawców winny być oceniane według jednolitych kryteriów wskazanych w treści SIWZ. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma obowiązek działać w toku oceny i badania ofert z najwyższą starannością, tak, aby zapewnić spełnienie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji opisanych w art. 7 Pzp. Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, w sposób rażąco naruszył przepisy ustawy (w szczególności podstawowe zasady postępowania). Odwołujący przywołał orzeczenie TSUE z dnia 7.04.2016 r., Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, C-324/14.

Wykonawca AM TECHNOLOGIES Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie w dniu 18 października 2019 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. Zamawiający wyjaśnił, że dokonał sprawdzenia w karcie katalogowej producenta parametrów produktu (konkretnego modelu zaoferowanego przez Odwołującego) oraz odkodowania, jakie funkcjonalności mieszczą się w trzech dodatkowych modułach oznaczonych symbolami wpisanymi do formularza ofertowego. Po analizie wszystkich dokumentów przekazanych przez Odwołującego wraz z ofertą, a także po zweryfikowaniu parametrów urządzenia i dodatkowych modułów u producenta urządzenia (na jego oficjalnej stronie internetowej) doszedł do wniosku, że zaproponowane przez Odwołującego urządzenie nie posiada funkcjonalności CAN. Zgodnie z tymi dokumentami, tj. formularzem ofertowym, kartą katalogową dołączoną do oferty, kartą katalogową dostępną na stronie internetowej producenta ani wersja bazowa oscyloskopu, ani żaden z dodatkowych modułów, które wskazał Odwołujący w ofercie, nie posiadają funkcjonalności CAN.

Zamawiający musiał podjąć decyzję, czy brak podania przez Odwołującego wymaganego parametru przedmiotu zamówienia może być konwalidowany. Poprawienie lub uzupełnienie braku w ofercie oraz wyjaśnienie wątpliwości, umożliwiające uznanie oferty za ważną i niepodlegającą odrzuceniu, może zostać dokonane wyłącznie na podstawie art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp. Pod tym kątem Zamawiający zweryfikował wszystkie możliwości i doszedł do wniosku o niedopuszczalności takiego działania.

Posiadanie przez oferowany oscyloskop matrycy CAN nie wynika ani z formularza oferty, ani z żadnej innej części oferty. Żaden z podanych w ofercie numerów i symboli, które opisują parametry oscyloskopu i jego komponenty, nie kryje w sobie funkcjonalności CAN. Zamawiający nie miał zatem podstaw, aby na podstawie całej treści oferty dokonać ww. poprawki, opierając się na art. 87 ust. 2 Pzp. Nadto, dodatkowy moduł oscyloskopu w postaci funkcjonalności CAN jest elementem istotnym urządzenia, który bezpośrednio wpływa na zakres przyszłych zobowiązań stron. Karta katalogowa dołączona do oferty Odwołującego w części dotyczącej dodatkowych komponentów oscyloskopu nie zawiera danych o parametrach, które na pewno będzie posiadał dostarczony w ramach zamówienia oscyloskop, a jedynie o parametrach możliwych, potencjalnych. Przez fakt, że urządzenie z katalogu może posiadać wszystkie cztery funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego nie możemy wnioskować, że tak faktycznie będzie. Ze względu na sposób prezentacji modułów dodatkowych oscyloskopu w karcie katalogowej, czyli zapisu „urządzenie może mieć” („Option” — wpisane przy opisie komponentów), a nie „ma”, Zamawiający nie mógł uzupełnić oferty wykonawcy poprzez dopisanie brakującej funkcjonalności. Powyższą budowę oscyloskopu, jako urządzenia bazowego z możliwością rozszerzenia o dodatkowe moduły dokładnie prezentuje sposób opisu zamieszczony na oficjalnej stronie internetowej producenta urządzenia. Karta katalogowa w wersji elektronicznej zawiera zakładki poświęcone konkretnym modelom oscyloskopu (w tym modelu WaveRunner 9254-MS) i dodatkową rozwijaną listę zatytułowaną „Options”, w której znajdują się moduły, które można wybrać (opcjonalnie) jako doposażenie danego modelu oscyloskopu.

Ponadto, zdaniem Zamawiającego, oświadczenie producenta oscyloskopu z dnia 18 września 2019 r. nie może być podstawą do ustalenia, że oscyloskop oferowany przez Odwołującego posiada funkcjonalność CAN, skoro dokument ten nie jest i nie może stać się następczo częścią oferty. Został on przedłożony już po odrzuceniu oferty Odwołującego. W przeciwnym razie mielibyśmy do czynienia z nieuprawnionym uzupełnieniem oferty po terminie wyznaczonym do jej złożenia. Zamawiający zauważył, że producent w swoim oświadczeniu wskazał, że wyceniony przez niego model oscyloskopu WaveRunnec 9254-MS („w niniejszym przypadku (w ofercie oscyloskopu WaveRunner 9254-MS zawarliśmy następujące funkcjonalności”), posiada funkcjonalność CAN, co jednak nie oznacza, że każdy model tego oscyloskopu ma tę funkcjonalność w standardzie. Producent oświadczył, że sprzedaje oscyloskopy w różnych wariantach, prowadzi też różne akcje promocyjne, w ramach których dokłada do oscyloskopów dodatkowe oprogramowanie, które nie musi wynikać z treści oferty. Jak natomiast wynika z karty katalogowej urządzenia WaveRunner 9254-MS załączonej do oferty, jak i tej dostępnej na stronie producenta, seryjnie produkowany oscyloskop funkcjonalności CAN nie posiada. Funkcjonalność CAN jako istotny element dodatkowy wyposażenia, został opisany w karcie katalogowej producenta stosownymi symbolami, z

których żaden nie został zawarty w ofercie Odwołującego.

Wyjaśnienia, które złożył Odwołujący w dniu 26 września 2019 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp mogą jedynie doprecyzowywać, tłumaczyć nieścisłości w ofercie, nie mogą natomiast tej oferty uzupełniać. Przedmiotowe oświadczenie nie mogło więc być podstawą do uznania, że oscyloskop oferowany przez Odwołującego posiada funkcjonalność CAN, skoro jednocześnie Odwołujący nie wykazał, że informacja tej treści wynika z oferty. W związku z powyższym zastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp jest w niniejszej sytuacji niemożliwe.

Oferta Odwołującego nie mogła także być uzupełniona w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis dotyczy oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp oraz innych oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Przepis ten nie uprawnia do uzupełnienia oświadczenia stanowiącego treść złożonej oferty, a takim jest formularz określający parametry oferowanego przedmiotu zamówienia.

Oświadczenie o odrzuceniu oferty zawierało informację, że decyzja jest podejmowana na skutek niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający podał przepis prawa będący podstawą jego decyzji i odniósł go do okoliczności sprawy, poprzez doprecyzowanie, że niezgodność polega na braku podania informacji określających przedmiot zamówienia, a konkretnie braku podania informacji o posiadaniu przez niego funkcjonalności analizy i wyzwalania magistrali CAN. Zamawiający posłużył się więc identycznym określeniem jakiego uprzednio użył w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Odwołujący nie może mieć zatem wątpliwości, że odrzucenie jego oferty nastąpiło na skutek braku wskazania, że oferowany przez niego oscyloskop nie ma właśnie tego parametru (funkcjonalności CAN) wymaganego w OPZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca AM TECHNOLOGIES Sp. z o.o. Sp.k. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa oscyloskopu, czyli urządzenia pomiarowego, służącego do analizy sygnałów (obserwowania, obrazowania i badania przebiegów zależności pomiędzy dwiema wielkościami elektrycznymi).

Wymagane parametry oscyloskopu zostały zawarte w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia w piętnastu punktach, z czego trzynaście punktów dotyczy bezpośrednio parametrów oscyloskopu, natomiast dwa — modułów dodatkowych. Przedmiot zamówienia w postaci oscyloskopu, jako urządzenie bazowe, sam może posiadać zróżnicowane parametry. Do tego urządzenia mogą być dodane dodatkowe moduły, komponenty, które wzbogacają jego funkcjonalności. Dodatkowe funkcjonalności (doposażenie, często nazywane opcjami lub — z języka angielskiego — „options”), których w ramach przedmiotu zamówienia wymagał Zamawiający, zostały opisane w OPZ jako (tiret 11 i 15 OPZ): możliwość i wsparcie analizy magistrali: RS-232, 120, CAN, SPI, USB 2.0 - obecność ustandaryzowanego interfejsu (API) i protokołów umożliwiających całkowicie zdalne ustawianie parametrów pomiarów i odczytywania ich wyników.

Podsumowując należy wskazać, że wykonawcy byli zobowiązani zaoferować oscyloskop o parametrach wynikających z OPZ tiret 1-10 oraz 12-14, wzbogacony o dodatkowe funkcjonalności określone w OPZ tiret 11 i 15.

Zamawiający wymagał złożenia oferty zgodnie ze wzorem określonym w załączniku nr 3 do SIWZ. Zamawiający wymagał podania „producenta, modelu i typu” oscyloskopu (czyli jego wersji bazowej), a także „nazw dodatkowych modułów, komponentów, (options)”. Wpisanie tych danych, a zatem danych urządzenia i jego doposażenia w dodatkowe moduły miało dać Zamawiającemu podstawy do oceny, czy oferowany oscyloskop spełnia wymagania stawiane w SIWZ.

Odwołujący wskazał w ofercie konkretny oferowany model oscyloskopu oraz dodatkowe trzy komponenty. Odwołujący w ofercie zadeklarował dostawę oscyloskopu w wersji bazowej: TeledyneLecroy WaverRunner 9254-MS oraz modułów dodatkowych:

- a) WR9K-EMB TD
- b) WR9K-USB2BUS TI)
- c) WR9K-XDEV

Do oferty Odwołujący dołączył kartę katalogową oferowanego oscyloskopu.

Z treści oferty Odwołującego wynika, że Odwołujący zaoferował wersję bazową oscyloskopu (model WaveRunner 9254-MS) spełniającą wymagane parametry Zamawiającego oraz moduł dodatkowy WR9K-EMB TD, który wzbogaca oscyloskop o funkcjonalność RS-232 oraz SPI, moduł dodatkowy WR9K-USB2BUS TI, który wzbogaca oscyloskop o funkcjonalność USB 2.0 oraz moduł WR9K-XDEV, wzbogacający oscyloskop o funkcjonalność ustandaryzowanego interfejsu (API). Odwołujący nie wskazał w ofercie

żadnego modułu wzbogacającego oscyloskop o funkcjonalność analizy i wyzwalania magistrali CAN.

W dniu 25 września 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty: „Prosimy o niezwłoczne i jednoznaczne wyjaśnienie, czy oferowane przez Państwa w Formularzu cenowym oferowanego przedmiotu zamówienia urządzenie jest wyposażone w funkcjonalność analizy i wyzwalania magistrali CAN?”

Odwołujący w dniu 26 września 2019 r. złożył wyjaśnienia, w których potwierdził, że „oferowany przez naszą firmę oscyloskop TeledyneLecroy Waverunner 9254-MS wyposażony jest we wszystkie wymagane funkcjonalności, w tym funkcjonalność analizy i wyzwalania magistrali CAN”.

Odwołujący nie wskazał w złożonych wyjaśnieniach, w którym miejscu oferty zawarta jest informacja (oświadczenie wykonawcy), że oferowany oscyloskop w wersji bazowej jest wzbogacony o funkcjonalności CAN. Odwołujący również na rozprawie nie wskazał tej informacji zawartej wprost w ofercie. Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że informacja ta wynika z treści oświadczenia producenta z dnia 19 września 2019 r., które zostało załączone do odwołania, w którym potwierdzono, że moduł dodatkowy wskazany w ofercie - WR9K-EMB TD obejmuje wymagane funkcjonalności CAN w ramach oferty promocyjnej (opcjonalnej) przedstawionej Odwołującemu na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ustalonym j.w. stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez AM TECHNOLOGIES jako oferty najkorzystniejszej w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który umożliwia dokonanie poprawy innych omyłek w treści oferty niepowodujących istotnych zmian w treści tej oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że opis przedmiotu zamówienia był opisem jasnym i zrozumiałym żaden z wykonawców, przygotowując ofertę nie miał wątpliwości, jak interpretować postanowienia SIWZ w tym zakresie.

Odwołujący złożył ofertę, w której złożył jednoznaczne oświadczenie co do przedmiotu zamówienia, który oferuje, wskazując wymagane przez Zamawiającego informacje. Informacje te, w szczególności kody określające moduły dodatkowe, jednoznacznie wskazują na oferowane funkcjonalności oscyloskopu. Odczytanie zakodowanych funkcjonalności jest

możliwe wprost na podstawie karty katalogowej, którą sam Odwołujący, mimo braku takiego obowiązku, złożył wraz z ofertą. Zgodnie z treścią karty katalogowej, wskazane w ofercie kody nie obejmują funkcjonalności CAN, które w karcie katalogowej oferowanego oscyloskopu, mają konkretne i jednoznaczne oznaczenia. Oznaczenia te nie zostały wskazane w ofercie Odwołującego.

Pomimo zatem potwierdzenia przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 26 września 2019 r., że oferowany przez niego przedmiot zamówienia spełnia wymagania wyspecyfikowane w Załączniku nr 1 do SIWZ, w tym również w zakresie funkcjonalności CAN, to nie sposób jest przyjąć, że treść złożonej przez Odwołującego oferty potwierdza treść tego oświadczenia, a w konsekwencji odpowiada treści SIWZ i potwierdza spełnienie wymagania co do funkcjonalności analizy i wyzwalania magistrali CAN.

Skoro treść złożonej oferty nie potwierdza powyższej funkcjonalności, ponieważ nie zawiera informacji odpowiadającej stosownym oznaczeniom zawartym w karcie katalogowej lub informacji o indywidualnej ofercie posiadanej przez Odwołującego, to złożone przez Odwołującego wyjaśnienie na wezwanie Zamawiającego, w postaci dodatkowego potwierdzenia spełnienia wszystkich wymagań SIWZ, należy traktować jako uzupełnienie braku w treści oferty. Podkreślić należy, że wyjaśnienia nie mogą zmienić pierwotnej treści oferty, gdyż stanowiłyby to uzupełnienie treści oferty o nowe oświadczenie wykonawcy, co do zaoferowania modułu zawierającego funkcjonalności CAN.

W powyższych okolicznościach odrzucenie oferty Odwołującego jest zgodne z przepisami ustawy Pzp a także z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie mogły być uwzględnione przez Zamawiającego, ponieważ prowadziłyby do zmiany treści pierwotnie złożonej oferty. Zmiany tej nie można tym bardziej dokonać w oparciu o oświadczenie producenta z dnia 18 września 2019 r., które zawiera nową treść w stosunku do treści złożonej oferty. Podkreślić należy, że Odwołujący, mając świadomość, że oferuje Zamawiającemu przedmiot zamówienia niestandardowy, wynikający z indywidualnego zamówienia pozyskanego przez wykonawcę na potrzeby danego postępowania, powinien być stosownie określony już w treści składanej oferty, tak aby Zamawiający powziął z treści złożonej oferty stosowną wiedzę w tym zakresie. Jeśli w ofercie brak jest takiej informacji, to nie można po złożeniu oferty przyjąć, że oferta ta obejmuje większy zakres niż ten, który został w niej wprost wskazany.

Nie można też uznać, że wezwanie Zamawiającego z dnia 25 września 2019 r. było niejasne i nieściśle, co podnosił Odwołujący. Wezwanie miało na celu umożliwienie Odwołującemu wykazania, w którym miejscu oferty wymagana informacja została sformułowana. Brak tej informacji w treści oferty potwierdza niezgodność treści oferty z SIWZ, w której wymagana funkcjonalność magistrali CAN została wprost sformułowana. W informacji

o odrzuceniu oferty Odwołującego taka informacja została zamieszczona.

Stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczy istnych parametrów przedmiotu zamówienia jednoznacznie określonych w SIWZ. Wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp może dotyczyć wątpliwości, jednak nie może prowadzić do zmiany lub uzupełnienia oferty o nowe treści, których brak jest w pierwotnej ofercie. Nie ma też podstaw by uznać, że stwierdzona niezgodność może podlegać poprawie jako inna omyłka w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W pierwszej kolejności należy podnieść, że niezgodność treści oferty w zakresie wymaganego parametru magistrali CAN jest istotna z punktu widzenia parametrów przedmiotu zamówienia wskazanych w SIWZ, a ponadto, nie sposób jest uznać, że jedynie omyłkowo informacja ta nie została zawarta w ofercie, ponieważ Odwołujący nie powoływał się na tę okoliczność ani w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, ani w odwołaniu, ani też w trakcie rozprawy. Zamawiający nie miał żadnych obiektywnych przesłanek aby przyjąć, że oznaczenie modułu dodatkowego „WR9K-EMB TD” wskazane w ofercie przez Odwołującego i jednoznacznie opisane w karcie katalogowej oferowanego oscyloskopu, ma mieć w przypadku oferty Odwołującego inne znaczenie, a tym samym obejmuje inny zakres funkcjonalności niż wskazany w karcie katalogowej dla danego kodu.

Mając powyższe na uwadze, w konsekwencji niepotwierdzenia się zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie przedmiotowego postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie potwierdziła się w danym stanie faktycznym także teza, iż oferty wszystkich wykonawców, w tym Odwołującego, nie były oceniane według jednolitych kryteriów wskazanych w treści SIWZ.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

.....