

Sygn. akt: KIO 1784/21

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 9 sierpnia 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2021 roku przez wykonawcę SHADOK AV spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Telewizja Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy TDC Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1784/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SHADOK AV spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SHADOK AV spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) 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

Zamawiający Telewizja Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *dostawa i instalacja elementów ściany multimedialnej LED w ramach realizacji inwestycji uruchomienia środowiska produkcji programów informacyjnych przy ul. Woronicza 17 w Warszawie.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 marca 2021 roku pod numerem 2021/S 060-149006.

14 czerwca 2021 roku Odwołujący na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019.2019 z dnia 2019.10.24) (dalej „pzp”), wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- bezzasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego z Postępowania, mimo jej zgodności z wymogami Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) w szczególności w zakresie liczby oferowanych paneli/kabinetów LED oraz realizacji świadczenia gwarancyjnego,
- zaniechaniu wezwania do wyjaśnień Odwołującego w zakresie realizacji świadczenia gwarancyjnego,
- dokonaniu wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej;

ewentualnie z ostrożności procesowej:

- zaniechaniu unieważniania postępowania, mimo iż zachodzą ku temu ustawowe przesłanki.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez błędne uznanie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SWZ w zakresie:

1.1 liczby oferowanych paneli/kabinetów LED w sytuacji gdy

- a) formularz z wykazem urządzeń nie zawierał sekcji, gdzie należałoby wyszczególnić poza „głównymi elementami zamówienia” również „elementy zapasowe”, stąd też w formularzu Wykonawca prawidłowo wskazał liczbę 236 sztuk tj. łączną liczbę paneli/kabinetów LED z którego zbudowana zostanie ścianka multimedialna LED,

- b) w ramach wyjaśnień Wykonawca potwierdził, iż dostarczy 236 sztuk paneli/kabinetów LED dla zestawu głównego do budowy ścianki multimedialnej oraz 6 sztuk paneli/kabinetów LED w ramach elementów zapasowych,
- c) Zamawiający nie wskazał, iż w ramach elementów głównych zamówienia w wykazie urządzeń należy uwzględnić również elementy zapasowe, a każdy z 3 wykonawców przygotował ofertę w sposób odmienny,
- d) wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, zatem Wykonawca składając ofertę zobowiązał się do dostarczenia wszystkich elementów przewidzianych w SWZ, w tym elementów zapasowych.

1.2 świadczenia gwarancyjnego w sytuacji gdy

- a) Wykonawca zobowiązał się do realizacji świadczeń gwarancyjnych zgodnie z SWZ, w szczególności poprzez poniesienie wszelkich kosztów związanych z naprawa lub wymiana uszkodzonych elementów bądź urządzeń,
- b) w ramach świadczenia gwarancyjnego Wykonawca uwzględnił w cenie oferty własne zaplecze sprzętowe, niezbędne do szybkiej i skutecznej realizacji świadczeń gwarancyjnych,
- c) Wykonawca w wyjaśnieniach oświadczył, iż dostarczy Zamawiającemu 6 sztuk paneli/ kabinetów LED w ramach elementów zapasowych, czas i sposób ich wykorzystania przez Zamawiającego jest dowolny,
- d) Wykonawca nie zamierza korzystać z dostarczanych Zamawiającemu elementów zamiennych w okresie gwarancji, zaś Zamawiający będzie mógł wykorzystywać elementy zamienne po okresie gwarancji - Zamawiający poczynił błędne ustalenia w tym zakresie, nie wynikające ze złożonych przez Wykonawcę oświadczeń,
- e) zarówno SWZ ani treść wezwania nie zawiera wzmianki o wykorzystaniu 6 sztuk zapasowych paneli/ kabinetów LED po upływie okresu gwarancji:

co doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty zgodnej z wymogami Zamawiającego.

2) art. 223 ust. 1 ustawy przez niezastosowanie i odstąpienie od żądania jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie świadczenia gwarancyjnego w sytuacji, gdy:

- a) Zamawiający zamiast wyjaśnić bezpośrednio z oferentem sposób realizacji przez niego świadczenia gwarancyjnego, poprzestał na poczynieniu własnych błędnych założeń uznając, iż Wykonawca zamierza korzystać z dostarczanych Zamawiającemu elementów zamiennych w okresie gwarancji oraz że Zamawiający nie będzie mógł wykorzystać elementów zamiennych po okresie gwarancji mimo, iż Wykonawca nie składał nigdy oświadczeń o tej treści,

b) wezwanie do wyjaśnień z 12 maja 2021 r. dotyczyło liczby zaoferowanych paneli/kabinetów LED, nie zaś sposobu realizacji świadczenia gwarancyjnego; w konsekwencji czego oferta Odwołującego została bezzasadnie odrzucona, zaś Odwołujący został pozbawiony możliwości udzielenia wyjaśnień dotyczących realizacji świadczenia gwarancyjnego.

3) art. 239 ust 1 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty TDC Polska Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy to oferta złożona przez Odwołującego w świetle postawionych kryteriów oceny ofert, winna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, spośród ofert niepodlegająca odrzuceniu.

ewentualnie z ostrożności procesowej:

4) art. 255 ust. 6 ustawy przez zaniechanie unieważniania postępowania, z uwagi na przygotowanie nieprecyzyjnego formularza „wykazu urządzeń”, w sposób odmienny interpretowanego przez wszystkich 3 oferentów, a powodującego iż oferty są nieporównywalne, zaś Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia na obecnym etapie wadą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty TDC Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu wyjaśnienia sposobu realizacji świadczenia gwarancyjnego z Odwołującym;
- 3) ewentualnie - unieważnienia postępowania;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podał, że jest uprawniony do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej, Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w niniejszym Postępowaniu i posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Oferta Odwołującego znalazła się na pierwszej pozycji w rankingu oceny ofert. W skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Odwołujący został bezpodstawnie odrzucony z Postępowania. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, albowiem może ponieść on szkodę w postaci utraconych korzyści jakie osiągnąłby w przypadku uzyskania zamówienia - zysku w kalkulowanym w cenę. Gdyby

Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z ustawą, to oferta Odwołującego uznana za najkorzystniejszą i niepodlegającą odrzuceniu. Powyższe wprost wyczerpuje przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Przedmiotem zamówienia jest „dostawa i instalacja elementów systemu ściany multimedialnej w ramach realizacji inwestycji uruchomienia środowiska produkcji programów informacyjnych przy ul. Woronicza w Warszawie” w ramach której wykonawca zobowiązany jest dostarczyć:

- opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”), Załącznik nr 3 do SWZ – wzór umowy z opisem przedmiotu zamówienia
- a. ściankę multimedialną LED, na którą składa się zestaw ekranów (pkt 2 OPZ, str. 16):
 - Ekran nr 1 - maksymalnie 120 sztuk paneli/ kabinetów (pkt 2.1.4 OPZ, str. 16)
 - Ekran nr 2 - maksymalnie 50 sztuk paneli/ kabinetów (pkt 2.2.4 OPZ, str. 17)
 - Ekran nr 3 - maksymalnie 30 sztuk paneli/ kabinetów (pkt 2.3.4 OPZ, str. 17).
 - Ekran nr 4 - maksymalnie 18 sztuk paneli/ kabinetów (pkt 2.4.4 OPZ, str. 17)
 - Ekran nr 5 - maksymalnie 18 sztuk paneli/ kabinetów (pkt 2.4.4 OPZ, str. 17)
- b. system sterowania (pkt 4 OPZ, str. 18)
- c. system processingu wideo (pkt 5 OPZ, str. 19):
 - procesor wideo (pkt 5.1 OPZ, str. 19)
 - mediaserwer (pkt 5.2 OPZ, str. 20)
- d. konstrukcję (pkt 7 OPZ, str. 22)
- e. okablowanie (pkt 8 OPZ, str. 23)
- f. dokumentację powykonawczą i prezentację (pkt 9 OPZ, str. 23)
- g. elementy zapasowe (pkt 10 OPZ, str. 23)
- 4 sztuki paneli/ kabinetów LED (pkt 10.1 OPZ, str. 23)
- 2 sztuki paneli/ kabinetów LED ściętych 45 stopni (pkt 10.2 OPZ, str. 23)
- karty nadawcze - 2 sztuki (pkt 10.3 OPZ, str. 24)
- zasilacze - 2 sztuki (pkt 10.4 OPZ, str. 24)

Wykonawca zobowiązany był udzielić gwarancji na przedmiot umowy min. 24 miesiące.

Zamawiający w SWZ przewidział następujące warunki świadczenia gwarancji:

Szczegółowe Warunki Gwarancji. Załącznik nr 3 do SWZ - wzór umowy z opisem przedmiotu zamówienia str. 29-30

„4. Gwarancja polega na naprawie bądź wymianie uszkodzonego elementu,

oprogramowania lub całego urządzenia.

5. Wszelkie koszty obsługi gwarancyjnej, usług serwisu gwarancyjnego oraz napraw, w tym koszty transportu, części zamiennych i materiałów, niezbędnych do wykonania napraw, ponosi Wykonawca”.

Wzór umowy. Załącznik nr 3 do SWZ - wzór umowy z OPZ. § 5 Gwarancja str. 61

„1. Wykonawca udziela gwarancji na Wykonany Przedmiot Umowy na okres [•] miesięcy, Uczę od dnia wskazanego w Protokole Odbioru Technicznego jako dzień odbioru technicznego, na zasadach określonych w niniejszym paragrafie oraz w Szczegółowych Warunkach Gwarancji, które stanowią Załącznik Nr 4 do Umowy.

2. W przypadku niedotrzymania przez Wykonawcę terminów określonych w Szczegółowych Warunkach Gwarancji lub realizowania napraw gwarancyjnych niezgodnie z zasadami określonymi w Szczegółowych Warunkach Gwarancji, Zamawiający ma prawo do powierzenia danej naprawy podmiotowi trzeciemu, na koszt i ryzyko Wykonawcy, bez utraty uprawnień wynikających z gwarancji.”

Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe:

Opis sposobu obliczenia ceny pkt 6.1 SWZ. Str. 4 SWZ

„ W Formularzu oferty należy podać wartość netto za realizację całego zamówienia. do której, na potrzeby oceny ofert, należy dodać kwotę podatku VA T obliczoną wg właściwej stawki, których suma stanowić będzie cenę brutto (z podatkiem VAT) za realizację całego zamówienia.”

Wzór umowy Załącznik nr 3 do SWZ - wzór umowy z opisem przedmiotu zamówienia par.3 ust. 1-2, str. 3-4

„1. Z tytułu Wykonania Przedmiotu Umowy, określonego w § 1 Umowy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie netto [...].

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, uwzględnia wszelkie koszty związane z Wykonaniem Przedmiotu Umowy, w tym cenę Urządzeń i usług, cenę oprogramowania, koszt udzielenia licencji, koszty transportu oraz ubezpieczenia Urządzeń będących Przedmiotem Umowy do miejsca przeznaczenia oraz koszt udzielenia gwarancji.”

W SWZ Zamawiający przewidział, iż na ofertę składa się formularz ofertowy i wykaz urządzeń (pkt 10 SWZ, str. 7j. W ramach formularza „Wykaz Urządzeń”, Zamawiający wymagał wskazania „głównych elementów zamówienia”. Za główne urządzenia Zamawiający uznał: panele/ kabinety LED (1), procesor wideo (2) oraz mediaserwer (3). Pozostałe elementy zamówienia takie jak: system sterowania, okablowanie, elementy

zapasowe - nie zostały uwzględnione w przygotowanym formularzu.

W postępowaniu oferty złożyło 3 wykonawców, przy czym oferta SHADOK uplasowała się na pierwszym miejscu w rankingu ofert (jedynym kryterium oceny ofert była cena). Co istotne każdy z wykonawców inaczej przygotował wykaz urządzeń wpisując różne liczby w zakresie paneli/ kabinetów: tj. 236 sztuk, 242 sztuk, 240 sztuk.

Zamawiający pismem z 12 maja 2021 r. wezwał SHADOK do złożenia wyjaśnień treści oferty, w zakresie wskazania liczby paneli/kabinetów LED, przeznaczonych jest na poszczególne ekrany (Ekran nr 1, Ekran nr 2, Ekran nr 3, Ekran nr 4, Ekran nr 5) wymienione w pkt 2.1-2.4 OPZ oraz ile paneli/kabinetów LED przeznaczonych jest na elementy zapasowe wymienione w pkt 10.1-10.2 OPZ.

Pismem z 14 maja 2021 r. SHADOK wyjaśnił, iż:

- w zakresie paneli/ kabinetów LED na ofertę składa się: 236 sztuk paneli/ kabinetów LED w ramach głównego zestawu: Ekran nr 1 -120 sztuk, Ekran nr 2 - 50 sztuk Ekran nr 3 - 30 sztuk, Ekran nr 4-18 sztuk Ekran nr 5 - 18 sztuk oraz 6 sztuk paneli/ kabinetów LED w ramach elementów zapasowych. Dodatkowo Wykonawca wskazał, że formularz z wykazem urządzeń nie zawiera sekcji, gdzie należałoby wyszczególnić poza głównymi elementami zamówienia, również jego elementy zapasowe określone w pkt 10 OPZ. Z tej przyczyny Wykonawca, kierując się instrukcją zawartą w formularzu, w ramach „Wykazu Urządzeń” sekcja panele/ kabinet LED wskazał liczbę 236 sztuk tj. łączna ilość paneli/ kabinetów LED dla zestawu głównego określonego w pkt 2 OPZ.

SHADOK podkreśliło, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy i obejmuje wykonanie całego przedmiotu umowy zgodnie z OPZ i zawiera wszelkie koszty niezbędne do jego realizacji. Zatem skoro w OPZ Zamawiający przewidział konieczność dostarczenia elementów zapasowych, elementy te zostały uwzględnione w cenie oferty.

W ocenie Wykonawcy elementy zapasowe określone w OPZ, służą realizacji świadczeń gwarancyjnych w przypadku ich awarii i konieczności ich wymiany, nie stanowią zatem głównego elementu zamówienia.

4 czerwca 2021 r. oferta SHADOK została odrzucona z Postępowania, zaś za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę TDC Polska Sp. z o.o. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego była jak wskazał Odwołujący rzekoma niezgodność z warunkami zamówienia:

- nieuwzględnienie przez SHADOK zapasowych paneli/kabinetów LED w ilości 6 sztuk w wykazie urządzeń. W ocenie Zamawiającego „twierdzenie jakoby zapasowe panele/kabinety nie stanowiły głównego elementu zamówienia jest jak najbardziej mylne,

ponieważ panele/kabinety LED, o których jest mowa w wielu miejscach OPZ, stanowią łącznie jedną całość i są jednocześnie jednym z trzech głównych elementów zamówienia jakie Zamawiający wskazał jako główne w Wykazie Urządzeń - ich sztuczny podział jakiego dokonał Wykonawca potwierdza niezgodność treści jego oferty z zapisami OPZ, a więc z warunkami zamówienia.

- Elementy zapasowe są przeznaczone do użytku Zamawiającego po upływie okresu gwarancji, a nie w trakcie jej trwania. Nie jest możliwe, żeby Zamawiający ponosił koszty gwarancji, które stanowią część składową ceny oferty brutto, jednocześnie zapewniając Wykonawcy zestaw części zamiennych.

W zakresie zarzutu 1 Odwołujący wskazał:

Oferta SHADOK jest zgodna z SWZ w zakresie paneli/kabinetów, stąd też nie podlega odrzuceniu

Istota sporu zdanie Odwołującego sprowadza się do oceny czy w formularzu „wykaz urządzeń” w sekcji panele/kabinety (pkt 1) wykonawca zobowiązany był wskazać:

a) jedynie liczbę paneli/kabinetów, z których zbudowana zostanie ścianka multimedialna LED (236 sztuk) i które to stanowią główne elementy zamówienia:

albo

b) łączną liczbę wszystkich dostarczanych Zamawiającemu paneli/kabinetów tj. paneli/kabinetów, z których zbudowana zostanie ścianka multimedialna LED (236 sztuk), oraz dodatkowo uwzględnić 6 sztuk paneli/kabinetów przeznaczonych na elementy zapasowe mimo, iż nie stanowią one głównego zamówienia?

Odwołujący podał, że w ramach formularza „wykaz urządzeń”, Zamawiający wymagał wskazania „głównych elementów zamówienia”. Za główne urządzenia Zamawiający uznał: panele/ kabinety LED (1), procesor wideo (2) oraz media serwer (3) Pozostałe elementy zamówienia takie jak: system sterowania, okablowanie, elementy zapasowe - nie zostały uwzględnione w przygotowanym formularzu.

Wykonawca stoi na stanowisku, że w formularzu wykaz urządzeń prawidłowo wskazał liczbę 236 sztuk paneli/kabinetów z którego zbudowana zostanie ścianka multimedialna LED, stanowiąca „główny element zamówienia”. Wykonawca uwzględnił w ofercie 6 sztuk paneli/kabinetów w ramach elementów zapasowych, które zostaną dostarczone Zamawiającemu, jednak z uwagi na brak sekcji właściwej dla „elementów zapasowych” w przygotowanym formularzu „wykaz urządzeń”, nie zostały one w nim wskazane. Powyższe zostało potwierdzone przez Wykonawcę w drodze wyjaśnień treści oferty w dniu 14 maja

2021 r.

Zdaniem Odwołującego jeżeli intencją Zamawiającego było wskazanie w formularzu „wykaz urządzeń” wszystkich dostarczanych paneli/ kabinetów (elementów głównych zamówienia wraz z elementami zapasowymi) winien wprost wskazać to w przygotowanym formularzu. W efekcie każdy z 3 wykonawców przygotował ofertę w sposób odmienny, wskazując różne liczby paneli/kabinetów.

Zamawiający na etapie badania i oceny ofert w sposób nieuprawniony dokonał wykładni wymogu wskazania w formularzu „głównych elementów zamówienia” w ramach paneli/kabinetów, w całkowitym oderwaniu od literalnego brzmienia i faktycznego przedmiotu zamówienia uznając, iż obejmuje on również zamienne panele/kabinety. W efekcie wymóg wskazania w formularzu „głównych elementów zamówienia” zyskał bardziej rygorystyczne znaczenie, niż wynika to z SWZ.

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ma charakter ryczałtowy, zatem Wykonawca składając ofertę zobowiązał się do dostarczenia wszystkich elementów przewidzianych w SWZ, w tym elementów zapasowych.

Odwołujący podał, że oferta SHADOK jest zgodna z SWZ w zakresie realizacji świadczenia gwarancyjnego, stąd też nie podlega odrzuceniu

Wykonawca składając ofertę udzielił „gwarancji na wykonanie przedmiotu umowy na okres 24 miesięcy, zgodnie z postanowieniami wzoru umowy (pkt. 5 oferty SHADOK). Zatem Wykonawca zobowiązał się do poniesienia wszelkich kosztów związanych z naprawą lub wymianą uszkodzonych elementów bądź urządzeń i w taki sposób ma zamiar realizować świadczenie.

Zgodnie z OPZ Wykonawca dostarczy Zamawiającemu 6 sztuk paneli/ kabinetów LED w ramach elementów zapasowych, czas i sposób ich wykorzystania przez Zamawiającego jest dowolny. Mając na względzie dotychczasową współpracę z Zamawiającym Wykonawca był w przekonaniu, iż elementy zamienne Zamawiający będzie wykorzystywał np. w przypadku niewywiązania się przez Wykonawcę ze swojego świadczenia. Zarówno SWZ ani treść wezwania nie zawiera wzmianki o wykorzystaniu zapasowych paneli/ kabinetów LEP po upływie okresu gwarancji i pojawiła się dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty SHADOK. Niemniej interpretacja Wykonawcy co do ewentualnego sposobu wykorzystania dostarczonych elementów zapasowych przez Zamawiającego, pozostaje bez znaczenia dla oceny zgodności oferty SHADOK z SWZ.

Wykonawca nie zamierza korzystać z dostarczanych Zamawiającemu elementów zamiennych, gdyż uwzględnił w cenie oferty własne zaplecze sprzętowe, niezbędne do realizacji świadczeń gwarancyjnych.

W zakresie zarzutu 2 Odwołujący podał:

W odniesieniu do zaniechania wyjaśnień w zakresie sposobu realizacji świadczenia gwarancyjnego

Zamawiający ma obowiązek starannego działania przy wyborze oferty najkorzystniejszej. W trakcie oceny ofert zamawiający winien bazować przede wszystkim na informacjach przedstawionych przez Wykonawcę. Wezwaniu do wyjaśnień z 12 maja 2021 r. dotyczyło liczby zaoferowanych paneli/kabinetów LED, nie zaś sposobu realizacji świadczenia gwarancyjnego. Zamawiający błędnie uznał, iż Wykonawca zamierza korzystać z dostarczonych Zamawiającemu elementów zamiennych oraz że Zamawiający nie będzie mógł wykorzystać elementów zamiennych po okresie gwarancji mimo, iż Wykonawca nigdzie nie deklarował takiego sposobu wykorzystania świadczenia. Zamawiający zamiast wyjaśnić treść oferty z Wykonawcą, dokonał własnej błędnej interpretacji treści oferty Odwołującego, bezpodstawnie odrzucając ofertę Odwołującego.

W zakresie zarzutu 3 Odwołujący podał:

Jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu była cena (pkt 15 SWZ, str.II). SHADOK zaoferował najniższą cenę, a jego oferta jest zgodna z SWZ. Mimo to Zamawiający bezpodstawnie dokonanie wyboru oferty TDC Polska Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy to oferta złożona przez Odwołującego w świetle postawionych kryteriów oceny ofert, winna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, spośród ofert niepodlegająca odrzuceniu

W zakresie zarzutu 4 Odwołujący podał:

Wskazał na konieczność unieważnienia postępowania z uwagi na nieprecyzyjny formularz „wykazu urządzeń” powodujący nieporównywalność ofert

Zamawiający opracował SWZ w sposób na tyle nieprecyzyjny, że wykonawcy złożyli oferty których nie da się porównać. Nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający nie wskazał, co rozumie pod pojęciem elementów głównych zamówienia w „wykazie urządzeń”, a w szczególności czy należy w tej sekcji uwzględnić również elementy zapasowe. W efekcie każdy z 3 wykonawców przygotował ofertę w sposób odmienny wskazując w zakresie paneli/kabinetów LED następujące ilości: 242 sztuk, 236 sztuk i 240 sztuk.

Obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie specyfikacji warunków zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia i wymaganych formularzy jako elementów znaczących i warunkujących złożenie prawidłowej oferty przez zainteresowanych wykonawców. W niniejszym postępowaniu, zaistniały wszystkie ustawowe przesłanki, obligujące zamawiającego do unieważnienia postępowania: wada postępowania - formularz

„wykazu urzędzeń” został przygotowany błędnie powodując, iż każdy z wykonawców sporządził ofertę w odmienny sposób, wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego ze względu na niemożność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferty zostały złożone zgodnie postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia; wada ta jest niemożliwa do usunięcia, gdyż zaistniała wada została ujawniona dopiero po otwarciu ofert, więc naprawienie wadliwie podjętej czynności stało się niemożliwe. W postępowanie winno podlegać unieważnieniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa” lub „Pzp”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 czerwca 2021 roku od czynności Zamawiającego, o której powiadomił wykonawców w dniu 4 czerwca 2021 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutów odwołania:

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), Zamawiający podał co następuje:

W Rozdziale 10 Oferta, podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz pozostałe dokumenty lub oświadczenia wymagane w postępowaniu

10.1 Na ofertę składają:

10.1.1. Formularz oferty zgodny w treści z Załącznikiem nr 1 do SWZ;

10.1.2. Wykaz Urządzeń zgodny w treści z Załącznikiem nr 2 do SWZ.

Załącznik nr 2 do SWZ

WYKAZ URZĄDZEŃ

(zawierający określone przez Zamawiającego główne elementy zamówienia)

Lp.	Nazwa urządzenia	Ilość	Producent*	Typ/Model *
A	B	C	D	E
1.	Panel/kabinet LED (zgodny z wymaganiami określonymi w pkt 3.1 OPZ)
2.	Procesor wideo (zgodny z wymaganiami określonymi w pkt 5.1 OPZ)	1
3.	Mediaserwer (zgodny z wymaganiami określonymi w pkt 5.2 OPZ)	1

* 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 Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy (Wzór umowy Załącznik nr 3 do SWZ)

W punkcie 3.1 podana została *Specyfikacja techniczna: 3.1. Panele/kabinety LED*

W punkcie 10. *Elementy zapasowe* podano :

10.1. *Panel/kabinet LED – szt. 4*

10.2. *Panel/kabinet LED ścięty 45o – szt. 1 (lewy) i - szt. 1 (prawy)*

10.3. *Karta nadawcza – szt. 2*

10.4. *Zasilacze (przetwornice napięcia) panelu/kabinetu – szt. 2.*

W Wykazie Urządzeń, sporządzonym zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ Odwołujący w kolumnie C dla wiersza „1” podał 236 (w tym miejscu wskazać należy, że informacja ta jest jawna i jawnie była podana przez Zamawiającego w piśmie z dnia 4 czerwca 2021 roku oraz w przez Odwołującego w Odwołaniu; pismo Zamawiającego z dnia 12 maja 2021 roku – dotyczące bezskuteczności objęcia tajemnicą przedsięwzięcia między innymi Wykazu urządzeń).

Zamawiający, pismem z dnia 12 maja 2021 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień:

Działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) – dalej: Pzp, Telewizja Polska S.A. (dalej: Zamawiający), prowadząca postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i instalację elementów systemu ściany multimedialnej LED w ramach realizacji inwestycji uruchomienia środowiska produkcji programów informacyjnych przy ul. Woronicza 17 w Warszawie, wzywa Państwa do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w kontekście wyjaśnienia pozycji nr 1 Wykazu Urządzeń, tj. ilości wszystkich paneli/kabinetów LED zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ.

*W pozycji nr 1 ww. Wykazu zaofertowaliście Państwo panele/kabinety LED producenta LEYARD, model MG015. W karcie specyfikacyjnej dla ww. panelu LED-MG015 wymiary kabinetu (SxWxG, mm) wynoszą 600*337,5*53 mm, zaś powierzchnia kabinetu (m²) wynosi 0.2025m².*

W związku z powyższym Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie, ile paneli/kabinetów LED ,przeznaczonych jest na poszczególne ekrany (Ekran nr 1, Ekran nr 2, Ekran nr 3, Ekran nr 4, Ekran nr 5) wymienione w pkt 2.1-2.4 OPZ oraz ile paneli/kabinetów LED przeznaczonych jest na elementy zapasowe wymienione w pkt 10.1-10.2 OPZ.

Wykonawca Odwołujący udzielił następujących wyjaśnień za pismem z dnia 14 maja 2021 roku:

1. OFERTA ZGODNA Z SWZ

Oferta obejmuje całość przedmiotu zamówienia i została sporządzona zgodnie z wytycznymi Zamawiającego wskazanymi w SWZ oraz Formularzem Oferty i Wykazem Urządzeń.

W zakresie paneli/ kabinetów LED na ofertę składa się:

a. 236 sztuk paneli/ kabinetów LED w ramach głównego zestawu (pkt 2 OPZ):

- Ekran nr 1 - 120 sztuk paneli/ kabinetów (pkt 2.1.4 OPZ)
- Ekran nr 2 - 50 sztuk paneli/ kabinetów (pkt 2.2.4 OPZ)
- Ekran nr 3 — 30 sztuk paneli/ kabinetów (pkt 2.3.4 OPZ)
- Ekran nr 4 — 18 sztuk paneli/ kabinetów (pkt 2.4.4 OPZ)
- Ekran nr 5 — 18 sztuk paneli/ kabinetów (pkt 2.4.4 OPZ)

b. 6 sztuk paneli/ kabinetów LED w ramach elementów zapasowych (pkt 10 OPZ):

- 4 sztuki paneli/ kabinetów LED (pkt 10.1 OPZ)
- 2 sztuki paneli/ kabinetów LED Ściętych 45 stopni (pkt 10.1 OPZ)

W ramach formularza „Wykaz Urządzeń”, Zamawiający wymagał wskazania „głównych elementów zamówienia”.

Za główne urządzenia Zamawiający uznał: panele/ kabinety LED (1), procesor wideo (2) oraz mediaserwer (3). Pozostałe elementy zamówienia takie jak: system sterowania, okablowanie, elementy zapasowe — nie zostały uwzględnione w przygotowanym formularzu. Tym samym formularz z wykazem urządzeń nie zawiera sekcji, gdzie należałoby wyszczególnić poza głównymi elementami zamówienia, również jego elementy zapasowe określone w pkt 10 OPZ Z tego przyczyny Wykonawca, kierując się instrukcją zawartą w formularzu, w ramach „Wykazu Urządzeń” sekcja panele/ kabinet LED wskazał liczbę 236 sztuk łączną ilość paneli/ kabinetów LEP zestawu głównego określonego w pkt 2 OPZ.

2. WYNAGRODZENIE MA CHARAKTER WYNAGRODZENIA RYCZAŁTOWEGO

Wynagrodzenie Wykonawcy przewidziane w umowie ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego i obejmuje wykonanie całego przedmiotu umowy zgodnie z OPZ i zawiera wszelkie koszty niezbędne do jego realizacji. Zatem skoro w OPZ Zamawiający przewidział

konieczność dostarczenia elementów zapasowych, elementy te zostały uwzględnione w genie oferty (zgodnie z 6.1. SWZ).

3. PRZEDMIOT UMOWY OBJĘTY JEST ŚWIDCZENIEM GWARANYCJNYM

Przedmiot umowy objęty jest gwarancją na co wskazuje 55 wzoru umowy oraz „Szczegółowe Warunkami Gwarancji”. Przy czym gwarancja polega na „naprawie bądź wymianie uszkodzonego elementu, oprogramowania lub całego urządzenia” (pkt. 4 Szczegółowych Warunków Gwarancji).

Elementy zapasowe określone w OPZ, służą zatem realizacji świadczeń gwarancyjnych w przypadku awarii infrastruktury i konieczności jej wymiany, nie stanowią zatem głównego elementu zamówienia.

Pismem z dnia 4 czerwca 2021 roku Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający poinformował wykonawcę Odwołującego o wyborze oferty wykonawcy TDC Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu.

Pismem z dnia 4 czerwca 2021 roku Zamawiający działając na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) powiadomił Odwołującego o odrzuceniu oferty podając uzasadnienie:

W myśl art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, której „treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”.

Zgodnie z pkt 10.1 SWZ, na ofertę składają się Formularz oferty zgodny w treści z Załącznikiem nr 1 do SWZ oraz Wykaz Urządzeń zgodny w treści z Załącznikiem nr 2 do SWZ. Tym samym oferta musi obejmować całość przedmiotu zamówienia i być sporządzona zgodnie z SWZ i treścią określoną w Formularzu oferty i w Wykazie Urządzeń, o czym mówi pkt 9.1 SWZ.

W złożonym przez Wykonawcę Wykazie Urządzeń w poz. 1 , Wykonawca podał ilość: 236 paneli/kabinetów LED, producenta: LEYARD oraz typ/model: MG015.

W oparciu o wskazane dane techniczne i wymagania postawione w Opisie przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ), Zamawiający w dniu 12 maja 2021 r. wezwał Wykonawcę – w trybie art. 223 ust. 1 Pzp - do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w kontekście wyjaśnienia pozycji nr 1 Wykazu Urządzeń, tj. ilości wszystkich paneli/kabinetów LED zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ. W treści wezwania Zamawiający zwrócił się o wyszczególnienie ile paneli/kabinetów LED przeznaczonych jest na poszczególne ekrany (Ekran nr 1, Ekran nr 2, Ekran nr 3, Ekran nr 4, Ekran nr 5) oraz ile paneli/kabinetów LED przeznaczonych jest na elementy zapasowe, jakie Zamawiający przewidział w OPZ na czas użytkowania urządzeń po upływie okresu gwarancji.

W dniu 14 maja 2021 r. Wykonawca przedłożył swoje wyjaśnienia, w których potwierdził, że w kolumnie dot. ilości nie uwzględnił zapasowych paneli/kabinetów LED w ilości 6 sztuk, ponieważ uznał, że nie stanowią one głównych elementów zamówienia określonych przez Zamawiającego w Wykazie Urządzeń.

Twierdzenie jakoby zapasowe panele/kabinety nie stanowiły głównego elementu zamówienia jest jak najbardziej mylne, ponieważ panele/kabinety LED, o których jest mowa w wielu miejscach OPZ, stanowią łącznie jedną całość i są jednocześnie jednym z trzech głównych elementów zamówienia jakie Zamawiający wskazał jako główne w Wykazie Urządzeń – ich sztuczny podział jakiego dokonał Wykonawca potwierdza niezgodność treści jego oferty z zapisami OPZ, a więc z warunkami zamówienia.

Ponadto Wykonawca w swoich wyjaśnieniach stwierdził, że elementy zapasowe określone w OPZ miałyby służyć do realizacji świadczeń gwarancyjnych w przypadku awarii infrastruktury i konieczności jej wymiany, a tym samym nie stanowią głównego elementu zamówienia, co jest całkowicie sprzeczne z zapisami punktów 4 i 5 Szczegółowych Warunków Gwarancji stanowiących Załącznik Nr 4 do Umowy tj.:

4. Gwarancja polega na naprawie bądź wymianie uszkodzonego elementu, oprogramowania lub całego urządzenia.

5. Wszelkie koszty obsługi gwarancyjnej, usług serwisu gwarancyjnego oraz napraw, w tym koszty transportu, części zamiennych i materiałów, niezbędnych do wykonania napraw, ponosi Wykonawca.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że Wykonawca ma obowiązek w ramach gwarancji wymienić lub naprawić na swój koszt uszkodzone kabinety. Elementy zapasowe są przeznaczone do użytku Zamawiającego po upływie okresu gwarancji, a nie w trakcie jej trwania. Nie jest możliwe, żeby Zamawiający ponosił koszty gwarancji, które stanowią część składową ceny oferty brutto, jednocześnie zapewniając Wykonawcy zestaw części zamiennych.

W tym stanie rzeczy, odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp, należy uznać za konieczne i zasadne.

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez błędne uznanie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SWZ w zakresie:

1.1 liczby oferowanych paneli/kabinetów LED w sytuacji gdy

a) formularz z wykazem urządzeń nie zawierał sekcji, gdzie należałoby wyszczególnić poza „głównymi elementami zamówienia” również „elementy zapasowe”, stąd też w

formularzu Wykonawca prawidłowo wskazał liczbę 236 sztuk tj. łączną liczbę paneli/kabinetów LED z którego zbudowana zostanie ścianka multimedialna LED,

b) w ramach wyjaśnień Wykonawca potwierdził, iż dostarczy 236 sztuk paneli/kabinetów LED dla zestawu głównego do budowy ścianki multimedialnej oraz 6 sztuk paneli/kabinetów LED w ramach elementów zapasowych,

c) Zamawiający nie wskazał, iż w ramach elementów głównych zamówienia w wykazie urządzeń należy uwzględnić również elementy zapasowe, a każdy z 3 wykonawców przygotował ofertę w sposób odmienny,

d) wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, zatem Wykonawca składając ofertę zobowiązał się do dostarczenia wszystkich elementów przewidzianych w SWZ, w tym elementów zapasowych.

- Izba zarzut uznała za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W zakresie rozpoznania przedmiotowego zarzutu Izba stwierdziła, że niezbędnym ustaleniem jest w pierwszej kolejności, na podstawie dokumentacji postępowania, jaką ilość paneli/kabinetów LED miał wskazać w Załączniku nr 2 do SWZ *Wykaz urządzeń (zawierający określone przez Zamawiającego główne elementy zamówienia)*.

Zgodnie z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Zamawiający nigdzie nie określił, nie zdefiniował co też rozumie pod pojęciem „główne elementy zamówienia”. Brak zdefiniowania tego pojęcia przez Zamawiającego powoduje w ocenie Izby, że to określenie należy odnosić do dokumentu w jakim ono się pojawia. Tym samym, wskazanie głównych elementów zamówienia zawarte zostało w Załączniku nr 2 do SWZ i odnosi się do elementów jakie to Zamawiający podał w tymże właśnie załączniku, a które to elementy zamówienia uznała i określił jako główne elementy zamówienia – urządzenia zawarte w tymże wykazie. Zamawiający nie odnosi się w Załączniku nr 2 do innych treści zawartych w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przede wszystkim nie definiuje głównych elementów zamówienia przez odniesienie do konstrukcji/systematyki czy kształtu Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ) stanowiącego załącznik nr 1 do Umowy, stanowiącej Załącznik nr 3 do SWZ – Wzór Umowy. Odwołujący w swojej argumentacji stara się odnieść określenie „główne

elementy zamówienia” do elementów z systematyki OPZ podnosząc, że to ściana multimedialna stanowiła główne elementy zamówienia, bez elementów zapasowych.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, wskazuje, że Zamawiający w żadnym punkcie Wykazu urządzeń nie odnosił się do systematyki OPZ. Zamawiający wybrał do Wykazu urządzeń tylko te elementy zamówienia, które w jego ocenie stanowiły główne elementy zamówienia z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, a nie systematyki OPZ i co istotne nie definiował ich ilości czy zakresu przez odniesienie do poszczególnych elementów OPZ.

Izba wskazuje, że zgodnie z Rozdziałem 10 SWZ Wykaz urządzeń stanowi treść oferty, co oznacza, że stanowi oświadczenie woli wykonawcy co do oferowanego przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu nie jest tylko ściana multimedialna w tym zakresie podstawowym czyli elementy wskazane bezpośrednio do jej budowy i to w ograniczonym zakresie ale wszystkie wymagane i opisane w OPZ elementy i urządzenia.

Zamawiający podał dokładnie, że w Załączniku nr 2 do SWZ *Wykaz urządzeń (zawierający określone przez Zamawiającego główne elementy zamówienia)* określił jedynie trzy (3) elementy z całego katalogu różnych elementów określonych w OPZ, które sam określił jako główne elementy zamówienia. Uwzględniając argumentację Odwołującego przedstawioną na rozprawie, a odnoszącą się do zasadności dostarczenia wszystkich paneli/ kabinetów LED, tych tworzących Ekran ściany multimedialnej oraz zapasowych razem z powodów konieczności ich skalibrowania, pokrywającą się w tym zakresie ze stanowiskiem Zamawiającego oraz uczestnika postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, że Odwołujący pośrednio potwierdził zasadność wymagania określonych danych w Wykazie urządzeń. Mając na uwadze powyższe, zdaje się Odwołujący sam wskazał, że głównym elementem zamówienia nie są panele/kabinety LED wymagane do budowy Ekranów ale wszystkie zamawiane przez Zamawiającego panele/kabinety LED.

W ocenie Izby Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił i nie wykazał, w jakim to zakresie OPZ Zamawiający posłużył się po pierwsze określeniem *główne elementy zamówienia*; po drugie odnosząc się do systematyki OPZ nie wskazał, gdzie Zamawiający użył określenia *Panel/kabinet LED (zgodny z wymaganiami określonymi w pkt 3.1 OPZ)*, które to w ocenie Odwołującego stanowiły zgodnie z systematyką OPZ główny element zamówienia ograniczony jedynie do paneli/kabinetów LED niezbędnych do zbudowania Ekranów (bez zapasowych).

Odwołujący uznał za główne elementy *panele/ kabinety LED (1), procesor wideo (2) oraz media serwer (3)* – czyli elementy wskazane w Wykazie usług, natomiast za pozostałe uznaje *system sterowania, okablowanie, elementy zapasowe - nie zostały uwzględnione w przygotowanym formularzu*. W ocenie Izby taka interpretacja SWZ jakiej dokonuje

Odwołujący, twierdząc, że tak to zrobił Zamawiający jest niezasadna i nieuprawniona. Izba wskazuje, że Odwołujący w swojej argumentacji zawartej w odwołaniu, jak również wcześniej w wyjaśnieniach z dnia 14 maja 2021 roku, oraz prezentowanej na rozprawie mieszczącej informacje zawarte w Załączniku nr 2 *Wykaz urządzeń (zawierający określone przez Zamawiającego główne elementy zamówienia)* z tymi jakie są podane w OPZ. W żaden sposób nie można wywieść stanowiska Odwołującego z dokumentacji SWZ. Izba podkreśla w tym miejscu, że Zamawiający nie stawia na wykonawcę żadnych „pułapek”. W ocenie Izby próba interpretacji postanowień SWZ polegająca na mieszaniu różnych treści, które w żaden sposób nie są ze sobą połączone w zakresie prezentacji danych stanowi jedynie próbę „ratowania oferty” przez Odwołującego. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego w zasadzie potwierdziła, że w Wykazie urządzeń należało podać, zgodnie z wymaganiami OPZ wszystkie oferowane panele/kabinety LED – tj. te do budowy Ekranów oraz te zapasowe. Wykaz urządzeń w żaden sposób nie rozdzielał tych urządzeń z powodu ich sposobu czy czasu zastosowania.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że zgodnie z Załącznikiem 2 do SWZ Wykaz urządzeń, główne elementy zamówienia to te z pominięciem elementów zapasowych. Zamawiający w zasadzie zdefiniował główne elementy zamówienia przez ich podanie oraz brak określenia co do których się ogranicza. Tym samym, wykonawca w Wykazie urządzeń powinien poza producentem oraz typem/modeliem podać również ilość oferowanych paneli/kabinetów LED – wszystkich jakie w zakres zamówienia wchodziły.

Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował 236 paneli/kabinetów LED, tyle zawarł w złożonym oświadczeniu woli w Wykazie urządzeń. Przy czym dopiero w złożonych za pismem z 14 maja 2021 roku wyjaśnieniach, że 236 sztuk „w ramach głównego zestawu”. Izba dostrzega wprowadzenie kolejnego określenia, którym nie posługuje się Zamawiający tj.: „w ramach głównego zestawu”. Jednakże i tego próżno szukać w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący sam tworzy pewien obraz, który ma uzasadniać jego punkt widzenia, aczkolwiek nie znajdują twierdzenia Odwołującego uzasadnienia w dokumentacji postępowania. Dokonywanie przez Odwołującego sztucznego podziału elementów w ocenie Izby ma służyć jedynie uzasadnieniu tego, że Odwołujący nie podał w Wykazie urządzeń wymaganych 242 paneli/kabinetów LED. To panele/ kabinety LED o określonej Specyfikacji technicznej wskazanej w punkcie 3.1. Panele/kabinety LED OPZ stanowią urządzenia jakich wymagał wskazania w Wykazie urządzeń Zamawiający. Brak ujęcia przez Odwołującego w Wykazie urządzeń 6 sztuk paneli/kabinetów LED, których ilość wynika z pkt 10 OPZ stanowi niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego. Należy pamiętać, że wymagana przez Zamawiającego ilość

paneli/kabinetów LED oferowana przez wykonawcę miała być podana w Wykazie urządzeń wraz ze wskazaniem producenta oraz modelu/typu. Wykonawca Odwołujący zwyczajnie nie zaoferował w tym postępowaniu 6 wymaganych OPZ paneli/kabinetów LED, które to panele/kabinety LED stanowiły, niezależnie od miejsca w jakim zostały podane urządzenia wymagane przez Zamawiającego. Podanie w złożonych wyjaśnieniach dodatkowych 6 elementów/ urządzeń potwierdza jednoznacznie, że Odwołujący nie zawarł ich w ofercie, co oznacza, że nie złożył wymaganego SWZ oświadczenia woli w tym zakresie. Odwołujący zwyczajnie nie zaoferował tych 6 paneli/kabinetów w złożonej ofercie, bowiem jedynie podanie zgodnej z wymaganiami OPZ liczby paneli/kabinetów LED w Wykazie urządzeń mogło stanowić złożenie oświadczenia zgodnego z wymaganymi SWZ. Oferta złożona przez Odwołującego w zakresie oferowanych paneli/kabinetów LED nie odpowiadała warunkom zamówienia jakie określił Zamawiającego i wykazania jakich oczekiwał pomimo ryczałtowego rozliczenia zamówienia.

Izba wskazuje, mając na uwadze całą powyższą argumentację, że Zamawiający oczekiwał zgodnie z dokumentacją podania w Wykazie urządzeń ilości oferowanych paneli/kabinetów LED w ramach określonych OPZ wymagań przedmiotowych. Oznacza to, że ilość oferowanych paneli/kabinetów LED została ujawniona w ofercie w złożonym oświadczeniu woli i właśnie ta zaoferowana Zamawiającemu ilość paneli/kabinetów LED została ujęta w wynagrodzeniu ryczałtowym zamówienia. Powyższe jest jednoznaczne i oczywiste, a to prowadzi do wniosku, że podane na etapie złożonych wyjaśnień i nieujęte ofertą 6 sztuk paneli/kabinetów LED nie zostały ujęte w złożonej ofercie (bo nie ma ich w Załączniku nr 2 do SWZ – Wykaz urządzeń), skoro nie zostały ujęte w oświadczeniu złożonym przez Odwołującego, to ich nie ma w tym postępowaniu. Nie zmienia tego fakt, że wynagrodzenie w prowadzonym postępowaniu ma charakter ryczałtowy.

Izba zgadza się z jednym, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym i takiej konstrukcji oferty wykonawca faktycznie zobowiązuje się do dostarczenia zaoferowanych zgodnie z SWZ elementów zamówienia w cenie ryczałtowej. Jednakże Izba stwierdziła, że w złożonym oświadczeniu, które w przypadku tego zamówienia było wymagane co do określonych przedmiotów /elementów zamówienia, wykonawca nie zaoferował 6 paneli/ kabinetów LED. Nie sposób zatem - mając na uwadze, że oświadczenie z Wykazu urządzeń było wymagane w ramach postępowania – uznać, że Odwołujący jedynie dlatego, że wynagrodzenie jest ryczałtowe, zaoferował 6 paneli/kabinetów LED co do których nie złożył wymaganego oświadczenia – po prostu ich nie zaoferował. W ocenie Izby potwierdził to również sam Odwołujący podając w argumentacji na rozprawie, w odniesieniu do oferty jednego z wykonawców, że *jeżeli ktoś wpisał 4 to nie wiadomo gdzie są 2 pozostałe*. Sam

Odwołujący potwierdził zatem, że skoro nie zostało złożone wymagane oświadczenie w zakresie oferowanej ilości paneli/kabinetów LED to zwyczajnie tych paneli/kabinetów, które nie są objęte oświadczeniem zawartym w Wykazie urządzeń, po prostu nie ma w złożonej ofercie.

Izba nie podziela również argumentacji Odwołującego odnoszącej się do braku wskazania przez Zamawiającego, że w ramach elementów głównych zamówienia w wykazie urządzeń należało uwzględnić również elementy zapasowe, a każdy z 3 wykonawców złożył ofertę w sposób odmienny. Izba podkreśla ponownie, że Odwołujący tworzy własną i nie opartą na żadnych postanowieniach SWZ definicję elementów głównych zamówienia, która nie wynika z SWZ a wręcz jest z nią niezgodna i niespójna. W OPZ nie ma wskazania na żadne elementy główne zamówienia, to jedynie w Załączniku nr 2 do SWZ *Wykaz urządzeń (zawierający określone przez Zamawiającego główne elementy zamówienia)* Zamawiający podał jakie elementy rozumie za elementy główne zamówienia – czyli wszystkie panele/ kabinety LED, Procesor Wideo i Mediaserwer. Zamawiający nie dokonywał żadnej kwalifikacji, podziału czy odniesienia do poszczególnych punktów OPZ, poza odniesieniem do parametrów technicznych – specyfikacji technicznej w punkcie 3.1 OPZ. Wymaga odnotowania w tym miejscu, że wszystkie panele miały odpowiadać wymaganiu technicznemu ze wskazanych specyfikacji. Nie ma znaczenie natomiast czy panel miał być prosty czy ścięty pod kontem 45st., na co wskazywał Odwołujący, bowiem Zamawiający wymagał informacji o liczbie paneli/kabinetów LED, a nie o liczbie poszczególnych rodzajów. Potwierdza to chociażby fakt, że w ramach poszczególnych pięciu Ekranów również nie były wyodrębnione panele proste i ścięte, a znajdują się w tym zakresie. Przy czym nie były podane w punkcie 3 OPZ informacje na temat paneli ściętych i prostych w Ekranach; podobnie ma się rzecz w przypadku paneli podanych w punkcie 10 OPZ. Zamawiający sprecyzował tam, że 4 maja być proste a 2 ścięte pod kontem 45 st. niemniej podobnie jak w przypadku paneli dla poszczególnych ekranów miały mieć one tą samą specyfikację techniczną.

Izba nie zgadza się z tym, że każdy z wykonawców złożył ofertę w sposób odmienny i to uzasadnia nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego przez Zamawiającego. Wręcz odwrotnie jest w rozpoznawanej sprawie, bowiem zarówno oferta wykonawcy wybranego w postępowaniu – uczestnika postępowania odwoławczego, jak również oferta trzecia która została odrzucona z powodu braku wniesienia wadium, uwzględniały w Wykazie urządzeń, poza 236 panelami/kabinetami LED do budowy 5 Ekranów, również te pozostałe wymagane przez Zamawiającego. Dlaczego wykonawca składający ofertę odrzuconą dodał 4 panele/kabinety LED, a nie 6 nie zostało to zbadane przez Zamawiającego. Jednakże

ponownie sam Odwołujący wydaje się wskazał Izbie skąd bierze się owa różnica, wyjaśniając na pytanie, że w punkcie 10 OPZ 2 panele/kabinety LED są elementami ściętymi pod kontem 45 st. W ocenie Izby, samo stwierdzenie Odwołującego z rozprawy - *natomiast 3 wykonawca wskazał 240 paneli, w tym 4 zapasowe* – przesądza jednoznacznie, że Odwołujący wiedział, że wskazane są 4 panele/kabinety LED wymagane w zapasowych elementach. Natomiast to, że któryś wykonawca w składanym oświadczeniu w Wykazie urządzeń podał ilość paneli/kabinetów LED niezgodną z wymaganiami Zamawiającego nie oznacza i w żaden sposób nie uzasadnia, że dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego została dokonana nieprawidłowo. Każdy z wykonawców składających ofertę mógł zrobić to prawidłowo, każdy mógł również w sposób nieprawidłowy uzupełnić dokumenty i więcej, każdy mógł popełnić inne nieprawidłowości w sporządzaniu oferty – takie okoliczności nie dowodzą niczego poza tym, że dany wykonawca złożył określone oświadczenie.

Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty Odwołującego i prawidłowo odrzucił ją z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Odwołujący nie złożył oświadczenia o zaoferowaniu 242 paneli/kabinetów LED w złożonej ofercie, natomiast przyjęcie informacji z wyjaśnienia z dnia 14 maja 2021 roku prowadziłoby do nieuprawnionej zmiany treści oferty, na którą Zamawiający nie może pozwolić. Warto również odnotować, że odwoływanie się przez Odwołującego do poprzednich postępowań prowadzonych przez Zamawiającego również nie dowodzi niczego. Czynności podejmowane w danych postępowaniach o udzielnie zamówienia publicznego dotyczą tych postępowań o udzielnie zamówienia publicznego, a w tym przypadku sam Odwołujący wskazywał na różnice jakie były w postępowaniach, choćby Załącznik nr 2 do Wzoru Umowy.

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez błędne uznanie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SWZ w zakresie:

1.2 świadczenia gwarancyjnego w sytuacji gdy:

- a) Wykonawca zobowiązał się do realizacji świadczeń gwarancyjnych zgodnie z SWZ, w szczególności poprzez poniesienie wszelkich kosztów związanych z naprawa lub wymiana uszkodzonych elementów bądź urządzeń,
- b) w ramach świadczenia gwarancyjnego Wykonawca uwzględnił w cenie oferty własne zaplecze sprzętowe, niezbędne do szybkiej i skutecznej realizacji świadczeń gwarancyjnych,

- c) Wykonawca w wyjaśnieniach oświadczył, iż dostarczy Zamawiającemu 6 sztuk paneli/ kabinetów LED w ramach elementów zapasowych, czas i sposób ich wykorzystania przez Zamawiającego jest dowolny,
- d) Wykonawca nie zamierza korzystać z dostarczanych Zamawiającemu elementów zamiennych w okresie gwarancji, zaś Zamawiający będzie mógł wykorzystywać elementy zamienne po okresie gwarancji - Zamawiający poczynił błędne ustalenia w tym zakresie, nie wynikające ze złożonych przez Wykonawcę oświadczeń,
- e) zarówno SWZ ani treść wezwania nie zawiera wzmianki o wykorzystaniu 6 sztuk zapasowych paneli/ kabinetów LED po upływie okresu gwarancji

- Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba mając na uwadze ustalenia poczynione powyżej i uwzględniając je również z tym miejscu, ustaliła również, że zgodnie z SWZ, w Załączniku nr 1 do SWZ Formularz oferty Zamawiający wymagał podania:

- 2. *Udzielamy gwarancji na Wykonany Przedmiot Umowy na okres 24 miesięcy, zgodnie z postanowieniami Wzoru umowy (w przypadku zaoferowania dłuższego okresu gwarancji niż określony powyżej, należy wskazać jej długość:miesiące).*

Zgodnie z załącznikiem nr 4 do Umowy (Wzór umowy – Załącznik nr 3 do SWZ) - Zamawiający Szczegółowe warunki gwarancji, Zamawiający podał:

4. *Gwarancja polega na naprawie bądź wymianie uszkodzonego elementu, oprogramowania lub całego urządzenia.*

5. *Wszelkie koszty obsługi gwarancyjnej, usług serwisu gwarancyjnego oraz napraw, w tym koszty transportu, części zamiennych i materiałów, niezbędnych do wykonania napraw, ponosi Wykonawca.*

(...)

13. *Jeżeli Wykonawca stwierdzi, że uszkodzenia nie może naprawić w terminie określonym w pkt 12, to jest on obowiązany, w terminach określonych w pkt 12, zastąpić odpowiednio uszkodzone urządzenie na okres naprawy urządzeniem zastępczym o parametrach technicznych i funkcjonalności nie gorszych niż Urządzenie podlegające naprawie.*

14. *Jeżeli uszkodzone urządzenie nie zostanie naprawione przez 14 dni od momentu zgłoszenia, to Wykonawca zobowiązuje się, w terminie 20 od dnia zgłoszenia, do wymiany urządzenia na fabrycznie nowe o parametrach technicznych i funkcjonalności nie gorszych niż Urządzenie podlegające wymianie.*

(...)

19. Wykonawca wyraża zgodę na wykonywanie przez Zamawiającego we własnym zakresie rozszerzeń i modyfikacji dostarczonego Urządzenia. Rozszerzenia i modyfikacje wprowadzone przez Zamawiającego zgodnie z zasadami i w zakresie określonym w dokumentacji technicznej nie powodują utraty gwarancji.

W Załączniku r 3 do SWZ - Wzór umowy Zamawiający podał w § 5 ust. 2:

W przypadku niedotrzymania przez Wykonawcę terminów określonych w Szczegółowych Warunkach Gwarancji lub realizowania napraw gwarancyjnych niezgodnie z zasadami określonymi w Szczegółowych Warunkach Gwarancji, Zamawiający ma prawo do powierzenia danej naprawy podmiotowi trzeciemu, na koszt i ryzyko Wykonawcy, bez utraty uprawnień wynikających z gwarancji.

Wykonawca Odwołujący w Formularzu oferty oświadczył, że udziela gwarancji na okres 24 miesięcy.

Izba zważyła w zakresie tego zarzutu:

W zakresie rozpoznania tego zarzutu Izba w pierwszej kolejności podaje, że nie jest tak jak twierdzi Odwołujący, że oświadczenie zawarte w piśmie z dnia 14 maja 2021 roku nie podlega ocenie Zamawiającego również w zakresie oświadczenia dotyczącego oferowanej w postępowaniu gwarancji – realizacji gwarancji. Każde oświadczenie składane w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego wywiera określone skutki i nie jest tak, że w odniesieniu do określonych danych ma ono skutek, a w stosunku do innych nie ma skutku. Oświadczenie – wyjaśnienia jakie złożył wykonawca Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego stanowią swoistą wykładnię autentyczną złożonego w ofercie oświadczenia. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego z rozprawy potwierdza jedynie, że oświadczenie złożone w ofercie w odniesieniu do świadczeń gwarancyjnych nie było zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

W tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego Odwołujący przedstawił argumentację, która uzasadniała jego twierdzenia co do „głównego elementu zamówienia”. To sam wykonawca składając oświadczenie o treści: *Elementy zapasowe określone w OPZ, służą zatem realizacji świadczeń gwarancyjnych w przypadku awarii infrastruktury i konieczności jej wymiany, nie stanowią zatem głównego elementu zamówienia* oświadczył, że elementy zapasowe określone w punkcie 10 OPZ będą wykorzystane w ramach realizacji świadczeń gwarancyjnych. Odwołujący wyjaśniał w trakcie rozprawy, że *tak zrozumiął postanowienia wzoru umowy, że te 6 dodatkowych paneli zostanie wykorzystane w sytuacji,*

gdy wykonawca nie będzie świadczył zobowiązań gwarancyjnych w okresie gwarancji (24 miesięcy), natomiast w przypadku, gdy Odwołujący świadczyłby zobowiązania z gwarancji to w tej sytuacji nie byłoby wykorzystane w tej sytuacji, ponieważ on by korzystał z tego, co sam w ramach tej gwarancji świadczy (par. 5 pkt 2 str. 6). Powyższe w pełni pokazuje, że Odwołujący kolejny raz zmienia oświadczenie. Wymaga odnotowania, że w piśmie z dnia 14 maja 2021 roku odwołujący jednoznacznie podał, że elementy zapasowe służą realizacji świadczeń gwarancyjnych w przypadku awarii infrastruktury i konieczności jej wymiany, przy czym w ocenie Izby oświadczenie złożone w trakcie rozprawy jest odmienne od tego zawartego ww. piśmie, bowiem nie odnosi się ono jedynie do wykonania zastępczego ale ogólnie do realizacji świadczenia gwarancyjnego w okresie 24 miesięcy. Oznacza to, że na etapie składania oferty – bo tego przecież dotyczy wyjaśnienie z dnia 14 maja 2021 roku tj. złożonej oferty – Odwołujący uznawał, że 6 sztuk paneli/kabinetów LED będzie wykorzystane przez niego w trakcie realizacji świadczeń gwarancyjnych. Natomiast w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nigdzie nie zostało wskazane, przewidziane, że Zamawiający będzie partycypował w realizacji świadczeń gwarancyjnych przez udostępnienie wykonawcy 6 sztuk paneli/kabinetów LED, które Zamawiający nabywa w ramach tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W zasadzie oznacza to, że w ramach oferowanego świadczenia gwarancyjnego, w jego kalkulacji Odwołujący uwzględnił możliwość dysponowania tymi panelami/kabinetami LED jak również uznała, że w razie świadczenia zastępczego nie będzie obciążany kosztami za te wymieniane panele/kabinety LED, bowiem są one już w posiadaniu Zamawiającego. Odwołujący w odwołaniu twierdził, że „zarówno SWZ ani treść wezwania nie zawiera wzmianki o wykorzystaniu 6 sztuk zapasowych paneli/kabinetów LED po upływie okresu gwarancji”, w ocenie Izby ten argument można odwrócić i powiedzieć, że w żadnej treści SWZ nie wynika, aby Zamawiający wskazał, że będzie wykorzystywał panele/kabinety LED w trakcie realizacji świadczeń gwarancyjnych. Więcej, z żadnego postanowienia SWZ nie wynika, aby te ww. panele/kabinety LED miały zostać wykorzystane przez wykonawcę w ramach realizacji świadczenia gwarancyjnego. Zgodnie z załącznikiem nr 4 do Umowy (Wzór umowy – Załącznik nr 3 do SWZ) *Szczegółowe warunki gwarancji*, Zamawiający ma możliwość rozszerzania i modyfikowania dostarczonego urządzenia bez utraty świadczeń gwarancyjnych, do tego uwzględniając podawaną argumentację o konieczności kalibracji paneli i konieczności ich pochodzenia z jednej partii produkcji z uwagi na jasność świecenia (cechy techniczne), które były spójnie argumentowane przez strony i uczestników postępowania odwoławczego – wynika w sposób niezbity, że Zamawiający przewidział możliwość wykorzystania 6 sztuk paneli/kabinetów LED

w inny sposób niż realizacja świadczenia gwarancyjnego czy też zastępczego oraz realizacji napraw pogwarancyjnych.

Niezgodne z treścią oświadczenia z dnia 14 maja br. jak również argumentacją z rozprawy są wskazania w zarzucie odwołania, że w Odwołujący nie zamierza korzystać z dostarczanych Zamawiającemu elementów zamiennych w okresie gwarancji, zaś Zamawiający będzie mógł wykorzystywać elementy zamienne po okresie gwarancji. Złożone oświadczenie w swej treści zawiera zgoła odmienne stanowisko Odwołującego - *Elementy zapasowe określone w OPZ, służą zatem realizacji świadczeń gwarancyjnych w przypadku awarii infrastruktury i konieczności jej wymiany, nie stanowią zatem głównego elementu zamówienia.* Jednocześnie w trakcie rozprawy podał, że *tak zrozumiął postanowienia wzoru umowy, że te 6 dodatkowych paneli zostanie wykorzystane w sytuacji, gdy wykonawca nie będzie świadczył zobowiązań gwarancyjnych w okresie gwarancji (24 miesięcy), natomiast w przypadku, gdy Odwołujący świadczyłby zobowiązania z gwarancji to w tej sytuacji nie byłoby wykorzystane w tej sytuacji, ponieważ on by korzystał z tego, co sam w ramach tej gwarancji świadczy oraz że 6 dodatkowych paneli będzie w ocenie Odwołującego wykorzystane w ramach wykonania zastępczego.*

W ocenie Izby w żaden sposób nie można na podstawie dokumentacji postępowania wywnioskować, że 6 sztuk paneli/kabinetów LED będzie wykorzystywanych w ramach realizacji świadczeń gwarancyjnych. Zamawiający nabywa dodatkowe panele/ kabinety LED lecz nie wiąże ich z realizacją świadczeń gwarancyjnych. Te panele/kabinety LED stanowią część zamówienia, dostawy która zostanie zrealizowana, natomiast ich przeznaczenie i wykorzystanie jest jedynie wolą Zamawiającego. W żaden sposób nie znajduje uzasadnienia argumentacja Odwołującego prezentowana w trakcie rozprawy, a odnosząca się do wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawieranych umów. Sposób realizacji zamówienia, w tym realizacji świadczenia gwarancyjnego we wcześniej zawieranych umowach przez Zamawiającego nie stanowi żadnej determinanty do oceny w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zgadza się w pełni z Odwołującym, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym Zamawiający jako gospodarz ma prawo do zmiany postanowień i wymagań w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do poprzednich prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w takim samym przedmiocie zamówienia. Wprowadzanie zmian, czy stawianie nowych wymagań w postępowaniu, w stosunku do wcześniej prowadzonych przez Zamawiającego procedur o udzielenie zamówienia publicznego nie może być utożsamiane z „pułapkami” postępowania. Każdy uczestnik rynku zamówień publicznych, w tym wykonawca ma obowiązek zapoznania się z dokumentacją i złożenia oferty

odpowiadającej wymaganiu Zamawiającego. Wykonawca winien patrzeć przed siebie – tzn. postępować według wymagań i warunków w danej procedurze, nie powinien oglądać się za siebie i podejmować czynności w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia w oparciu o wymagania czy regulacje Zamawiającego z innych wcześniej prowadzonych procedur.

Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty Odwołującego i prawidłowo odrzucił ją z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający prawidłowo ocenił oświadczenie wykonawcy z dnia 14 maja 2021 roku i dokonał prawidłowej czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Złożone oświadczenie zmiana bowiem oświadczenie zawarte w ofercie co do realizacji świadczeń gwarancyjnych w sposób niezgodny z SWZ. Tym samym Zamawiający nie mógł wybrać wykonawcy, który oferuje realizację zobowiązania gwarancyjnego w odmienny sposób niż to wynika z postanowień SWZ. Każda z prezentowanych przez Odwołującego interpretacji rozumienia postanowień SWZ była i jest niezgodna z postanowieniami SWZ. Zamawiane 6 sztuk paneli/kabinetów LED dodatkowych, zamówione jako elementy zapasowe nie zostało zdefiniowanych w warunkach gwarancji jako elementy zamawiane do realizacji świadczenia gwarancyjnego lub też jako elementy wykorzystane w realizacji świadczenia gwarancyjnego zastępczego. Zgodnie z SWZ o przeznaczeniu (dowolnym) tych dodatkowych elementów decyzje podejmie ich właściciel czyli Zamawiający.

Izba podkreśla w tym miejscu, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Jednocześnie właśnie te określone ustawą zasady stanowią gwarancję udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak również pozwalają na ocenę czynności podmiotów biorących udział w postępowaniu stawiając wszystkie podmioty w równej sytuacji.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWZ,

a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego określonymi w danej procedurze zamówieniowej w której oferta jest składana, natomiast Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty, zgodnie z wymaganiami i w duchu ustawy. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty Odwołującego i prawidłowo ją odrzucił z postępowania. Zachowanie Zamawiającego oparte było na obowiązujących przepisach prawa, dokumentacji jaką dla tego postępowania stworzył i z całą stanowczością Izba podkreśla, że nie było przejawem wykorzystywania jakichkolwiek „pułapek” w ramach postępowania.

W zakresie zarzutu (2) naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy przez niezastosowanie i odstąpienie od żądania jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie świadczenia gwarancyjnego w sytuacji, gdy:

- Zamawiający zamiast wyjaśnić bezpośrednio z oferentem sposób realizacji przez niego świadczenia gwarancyjnego, poprzestał na poczynieniu własnych błędnych założeń uznając, iż Wykonawca zamierza korzystać z dostarczanych Zamawiającemu elementów zamiennych w okresie gwarancji oraz że Zamawiający nie będzie mógł skorzystać elementów zamiennych po okresie gwarancji mimo, iż Wykonawca nie składał nigdy oświadczeń o tej treści,
- wezwanie do wyjaśnień z 12 maja 2021 r. dotyczyło liczby zaoferowanych paneli/kabinetów LED, nie zaś sposobu realizacji świadczenia gwarancyjnego

– Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazując, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy – 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

prorowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Izba w tym miejscu w całości powołuje argumentację zawartą powyżej w rozstrzygnięciu zarzutu 1.

Izba podkreśla, że złożenie oświadczenia w ramach wyjaśnienia treści oferty jakiego dokonał Odwołujący nie może być oceniane przez Zamawiającego wybiórczo. Uzasadniając znaczenie „głównych elementów zamówienia”, które widać stosował i przyjął w trakcie sporządzania ofert – bowiem to treść tej oferty wyjawiał - Odwołujący podał jednoznacznie, że *Elementy zapasowe określone w OPZ, służą zatem realizacji świadczeń gwarancyjnych w przypadku awarii infrastruktury i konieczności jej wymiany, nie stanowią zatem głównego elementu.* Podanie takiego wyjaśnienia uzasadniało podanie określonej liczby paneli/kabinetów LED w Wykazie urządzeń. Uzasadnienie jakie przedstawił wykonawca mus być w całości ocenione przez Zamawiającego i Zamawiający dokonując czynności w postępowaniu prawidłowo nie może pomijać przedstawionych przez wykonawcę informacji, tym bardziej, że oświadczenie zawarte w wyjaśnieniu niezgodne była w zakresie świadczenia gwarancyjnego z SWZ.

W ocenie Izby nie zaistniała żadna okoliczność powodująca po stronie Zamawiającego konieczność wzywania do składania jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień. Stanowisko Odwołującego wyrażone w piśmie z 14 maja 2021 roku było jednoznaczne i zrozumiałe. Poddanie takiej treści pod wyjaśnienia – gdy jest ono jednoznaczne – prowadziłyby do podjęcia przez Zamawiającego nieuprawnionych negocjacji w ramach oferowanego świadczenia gwarancyjnego. Izba podkreśla, że nie jest tak, że wykonawca wyjaśniając dany element oferty – tu ilość oferowanych paneli/kabinetów LED – może w sposób niepodlegający jakiegokolwiek ocenie podawać argumentację dotyczącą innego elementu oferty.

W ocenie Izby, mając na uwadze również zmieniającą się argumentację Odwołującego poczynszyszy od pisma, przez zarzuty odwołania i treść uzasadnienia aż do argumentacji przedstawionej na rozprawie – o czym mowa szczegółowo przy rozpoznaniu zarzutu 1 – Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty Odwołującego i zasadnie odrzucił ją z postępowania w uzasadnieniu decyzji odwołując się również do nieprawidłowości w zakresie świadczenia gwarancyjnego.

W zakresie zarzutu (3) naruszenia art. 239 ust 1 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty TDC Polska Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy to oferta złożona przez Odwołującego w świetle postawionych kryteriów oceny ofert, winna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, spośród ofert niepodlegająca odrzuceniu

– Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy, bowiem Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w dokumentach zamówienia kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania czy też nieprawidłowego zastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert. sam fakt niedokonania wyboru oferty Odwołującego w postępowaniu nie uzasadnia naruszenia wskazanej regulacji prawnej.

W zakresie zarzutu (4) podniesionego jako zarzut ewentualny tj. naruszenia art. 255 ust. 6 ustawy przez zaniechanie unieważniania postępowania, z uwagi na przygotowanie nieprecyzyjnego formularza „wykazu urzędzeń”, w sposób odmienny interpretowanego przez wszystkich 3 oferentów, a powodującego iż oferty są nieporównywalne, zaś Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia na obecnym etapie wadą

– Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Zgodnie z art. 255 ust. 6 ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma wady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy.

Mając na uwadze całą argumentację jaką Izba przedstawiła przy rozpoznaniu zarzutu 1 (1.2) – którą w całości Izba przytacza w tym miejscu i uznaje za zasadną przy rozpoznaniu tego zarzutu – Izba stwierdziła, że postanowienia SWZ są jednoznaczne i precyzyjne. To Odwołujący odczytuje je w intencjonalny sposób i to Odwołujący, spoglądając na poprzednie postępowania prowadzone przez Zamawiającego, stara się nadać dokumentom zamówienia i zawartym tam treścią inne znaczenie niż faktycznie one posiadają.

Po pierwsze Załącznik nr 2 do SWZ został w ocenie Izby przygotowany precyzyjnie i jednoznacznie. Zamawiający podał w tabeli jakie elementy – urządzenia uznał za główne elementy zamówienia. Zamawiający co ważne w załączniku określił jedynie trzy elementy – urządzenia z pośród wszystkich jakie tym zamówieniem zostały objęte. Dla paneli/kabinetów LED nie określił ich liczby pozostawiając to wykonawcy. Zamawiający nie ograniczył również liczby tej jedynie do zamawianych ekranów. Odwołujący stara się wyrzeć wrażenie nieprecyzyjności, niejednoznaczności postanowień SWZ dokonując mieszania informacji z Wykazu urządzeń oraz z OPZ. Nadaje znaczenie postanowieniom Wykazu urządzeń jakiego ono nie ma i nie została nadane przez Zamawiającego.

Po drugie, fakt, że każdy z trzech wykonawców podali inne dane w Wykazie urządzeń nie przesądza w żaden sposób i nie dowodzi tego, że dokumentacja – tu formularz Wykaz urządzeń – była nieprecyzyjna. Wykonawca, który podał 240 paneli uwzględnił najprawdopodobniej część kabinetów zawartych w punkcie 10 OPZ, co podał sam Odwołujący w trakcie rozprawy - *natomiast 3 wykonawca wskazał 240 paneli, w tym 4 zapasowe*. Mając na uwadze, że Zamawiający zdefiniował w Wykazie urządzeń odniesienie do paneli przez odwołanie do pkt 3.1 OPZ – Specyfikacji technicznej, należy uwzględnić stanowisko Odwołującego, że w *punkcie 3.1. mowa jest o wymaganiach technicznych, ale nie ma mowy o kształcie paneli, czy mają być proste czy ścięte pod kątem 45 stopni*. Skoro Zamawiający nie wyłączył kształtu, oznacza to, że panele/kabinety LED o wszystkich wymaganych kształtach winny być ujęte w liczbie podawanej w Wykazie urządzeń. Nie sposób zgadnąć dlaczego wykonawca trzeci zaoferował tylko 240 paneli, ale jedno jest pewne uznał, że należy w Wykazie urządzeń podać większą liczbę niż podstawowa dla 5 ekranów wymaganych tj. 236 paneli/kabinetów LED.

W ocenie Izby dokumentacja postępowania była jednoznaczna i zrozumiała, a fakt jej interpretacji czy też przeczytania z należytą starannością pozostaje po stronie każdego z podmiotów składających ofertę w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał wady postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, która

wskazywałyby na konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się niezasadne. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł. W tym przypadku, zgodnie z § 8 ust. 2 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* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) koszty postępowania ponosi Odwołujący.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 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* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: