Sygn. akt: KIO 122/22

WYROK

z dnia 1 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Mikor Inżyniering Sp. z o.o. z siedzibą w Jankach,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kamień,

przy udziale wykonawcy TBM Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w zakresie części 2 postępowania:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Mikor Inżyniering Sp. z o.o. z siedzibą w Jankach,

- odrzucenie oferty TBM Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Kamień i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą

uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - Gmina Kamień - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego

postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Rozbudowa, przebudowa i nadbudowa oraz

zmiana sposobu użytkowania dwóch budynków technicznych na Dom Kultury w m. Nowy

Kamień - Etap V Nagłośnienie, oświetlenie i technika. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej 20 lipca 2021 r. pod nr 2021/S 138-366505.

W dniu 17 stycznia 2022 r. wykonawca Mikor Inżyniering Sp. z o.o. wniósł odwołanie dotyczące części 2 zamówienia (System oświetlenia scenicznego wraz z mechaniką), w którym podniósł następujące zarzuty:

- zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TBM Software Sp. z o.o. (dalej: TBM), mimo że złożona przez tego wykonawcę oferta była niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż wbrew obowiązkowi wynikającemu z dokumentacji postępowania wykonawca nie

złożył z ofertą przedmiotowych środków dowodowych;

- zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TBM, mimo że wykonawca ten złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

- wybór oferty TBM jako najkorzystniejszej, mimo że oferta tego wykonawcy powinna

podlegać odrzuceniu;

- odrzucenie oferty Odwołującego;

- zaniechanie uzasadnienia w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego;

- zaniechanie wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, względnie zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych przy ofercie przedmiotowych środków dowodowych;

- prowadzenie postępowania w sposób prowadzący do naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7, art. 223 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 2, art. 253 ust. 1, art. 239 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty TBM oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego

Odwołujący wskazał, że w pkt. 10.3 SWZ zastrzeżono możliwość uzupełnienia

złożonych wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych. Podniósł, że treść skierowanego do niego wezwania z 2 września 2021 r. była bardzo nieprecyzyjna. Wzywając do złożenia wyjaśnień, Zamawiający powinien był przedstawić konkretne wątpliwości, które wyjaśnienia wykonawcy powinny rozwiązać. Wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp jest uprawnieniem Zamawiającego, natomiast przepisy ustawy nie zakazują kilkukrotnego wezwania wykonawcy na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że udzielając odpowiedzi na wezwanie z 2 września 2021 r. złożył szereg dodatkowych dokumentów, nie tylko dotyczących nadajnika AVoverIP oraz nadajnika/odbiornika AVoverIP, gdyż Odwołujący nie miał pewności, które z przedłożonych wraz z ofertą kart katalogowych produktów, mogły zostać uznane przez Zamawiającego, jako niekompletne przedmiotowe środki dowodowe. Zamawiający zobowiązany był przedstawić konkretne wątpliwości, które wyjaśnienia wykonawcy mogłyby rozwiać, a w przypadku dalszych wątpliwości ponownie wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie parametrów technicznych określonych w opisie przedmiotu zamówienia w poz. 2.19 i poz. 2.20.

Zdaniem Odwołującego, że wobec powyższego nie można uznać, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, a skoro tak, to zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp było nieprawidłowe i miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Zarzut niezgodności oferty TBM z warunkami zamówienia

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie 9.1.1 SWZ zastrzegł, że: „Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć karty katalogowe z dokładnym opisem oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzające spełnienie parametrów przedmiotu zamówienia. Mogą być również prospekty, katalogi, zdjęcia, instrukcje obsługi itp. w języku polskim. W celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw/ montażu z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Wykonawca przedmiotowe środki dowodowe składa wraz z ofertą". Ponadto zgodnie z punktem 10.1.1. SWZ „Zamawiający żąda złożenia przez Wykonawcę wraz z ofertą następujących, przedmiotowych środków dowodowych, karty katalogowe z dokładnym opisem oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzające spełnienie parametrów przedmiotu zamówienia. Mogą być również prospekty, katalogi, zdjęcia, instrukcje obsługi itp. w języku polskim. W celu potwierdzenia zgodności

oferowanych dostaw/ montażu z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Wykonawca przedmiotowe środki dowodowe składa wraz z ofertą". Natomiast w pkt. 10.1.2. SWZ zastrzeżono: „W kalkulacji cenowej należy wycenić dostawy urządzeń i produktów wraz z montażem i okablowaniem dotyczące części na którą Wykonawca składa ofertę. Jeżeli wykonawca składa ofertę na obie części zamówienia wówczas należy wycenić wszystkie dostawy urządzeń i produktów wraz z montażem i okablowaniem. Kalkulacji cenowa jest elementem pomocniczym służącym do rozliczeń pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Zakres robót jest określony w Dokumentacji projektowej. Kalkulacje cenową składa wykonawca, którego oferta test najkorzystniejsza wraz z dokumentami na wezwanie".

Odwołujący podniósł, że TBM w dacie do złożenia oferty przedłożył jedynie Formularz oferty (załącznik nr 8 do SWZ), formularz JEDZ oraz Kalkulację cenową (załącznik nr 2 do SWZ), nie przedłożył natomiast żadnych kart katalogowych. Z tego też względu uznać należy, że tak złożona przez TBM oferta nie zawierała żadnej wartości merytorycznej, gdyż brak było w niej informacji, jakie konkretnie urządzenia zostały zaoferowane przez TBM.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w SWZ zastrzegł konieczność złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Zdaniem Odwołującego w takim przypadku przedmiotowy środek dowodowy stanowił integralną treść oferty i powinien był być złożony wraz z ofertą. W związku z powyższym, za niedopuszczalne uznać należy przedłożenie przedmiotowych środków dowodowych już po upływie terminu składania ofert. Stanowisko to jest tym bardziej uzasadnione, jeśli się weźmie pod uwagę fakt, że zaniechanie złożenia przez TBM kart katalogowych wraz z ofertą uniemożliwiało Zamawiającemu weryfikację przedmiotu oferty z warunkami zamówienia.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że złożenie przez TBM kalkulacji cenowej wraz

z ofertą było działaniem nieprawidłowym i sprzecznym z wymaganiami SWZ. Zamawiającym wymagał bowiem złożenia tego dokumentu dopiero na wezwanie i tylko w sytuacji wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej. Istotne jest również i to, że kalkulacja cenowa była dokumentem pomocniczym, a jej zakres, w którym wykonawca określał jedynie cenę i ilość urządzeń, nie pozwalał na zbadanie, czy zaoferowane urządzenia potwierdzają spełnienie parametrów przedmiotu zamówienia. .

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że w punkcie 10.3 SWZ zastrzeżono możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Stwierdził, że na podstawie art. 223 ust. 1 i art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, w wypadku zastrzeżenia możliwości skorzystania z tej procedury w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu, istnieje możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Jeżeli jednak zamawiający żąda przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie wymagań podlegających ocenie w kryteriach oceny ofert, ich uzupełnienie na dalszym etapie postępowania jest niedopuszczalne. Uzupełnienie mogłoby prowadzić bowiem do zmian ocenianych parametrów, co jest równoznaczne z negocjowaniem oferty po terminie jej złożenia.

Zdaniem Odwołującego nie może budzić żadnych wątpliwości to, że celem wyjaśnienia treści przedmiotowego środka dowodowego, którego podstawą jest wezwanie oparte o treść art. 223 ust. 1 i art. 107 ust. 2 ustawy Pzp jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w sytuacji wątpliwości co do jego treści pozwoli zamawiającemu dokonać należytej oceny złożonej oferty. Uzyskane wyjaśnienia nie mogą natomiast zmienić treści przedmiotowego środka dowodowego. W konsekwencji wyjaśnienia TBM powinny ograniczać się ewentualnie tylko do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonych uprzednio dokumentach, w tym wypadku podlegających złożeniu wraz z ofertą. Zamawiający w wezwaniu z dnia 10 listopada 2021 r. słusznie zauważył, że oferent TBM nie złożył w ogóle wymaganych przedmiotowych środków dowodowych. W związku z powyższym za sprzeczne z logiką uznać należy żądanie wyjaśnienia dokumentów, których oferta w ogóle nie zawiera. Wyjaśnienia powinny precyzować tylko sposób rozumienia treści złożonego przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia konkretnego dokumentu, dlatego nie można uznać za wyjaśnienie złożenie dodatkowego dokumentu, który pierwotnie wbrew wymaganiom SWZ nie znalazł się w ofercie.

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający w ramach prowadzonych czynności jest niekonsekwentny. Z jednej strony umożliwił wykonawcy TBM złożenie przedmiotowych środków dowodowych po upływie terminu składania ofert, zaniechał zaś ponownego wezwania Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro bowiem Zamawiający posiadał wątpliwości co do treści złożonych przez Odwołującego kart katalogowych, to powinien był ponowić wezwanie do złożenia wyjaśnień oferty Odwołującego. Treść wezwania Zamawiającego z 2 września 2021 r. była nieprecyzyjna, a zatem udzielona na to wezwanie przez Odwołującego odpowiedź powinna być rozpatrywana przez pryzmat tej niejasnej treści wezwania. Wzywając do wyjaśnień, Zamawiający powinien było bowiem przedstawić konkretne wątpliwości, które wyjaśnienia wykonawcy mogłyby rozwiać. Skoro w ocenie Zamawiającego możliwe było złożenie przedmiotowych środków dowodowych po upływie terminu składania ofert przez TBM, to również dopuszczalne powinno być złożenie nowych kart katalogowych przez Odwołującego na skutek wezwania z 2 września 2021 r. W konsekwencji nie można uznać, że oferta Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia.

Zarzut złożenia oferty przez TBM w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje takie działanie przedsiębiorcy, które spełnia łącznie następujące przesłanki: (i) podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą, (ii) wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami, (iii) doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. W ramach przykładowych czynów nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust 2 ww. ustawy wymieniono między innymi fałszywe oznaczenie pochodzenia towarów lub usług. Jednocześnie zauważyć trzeba, że katalog czynów nieuczciwej konkurencji nie jest katalogiem zamkniętym, gdyż ustawodawca na wstępie tego przepisu użył sformułowania „w szczególności”.

Zdaniem Odwołującego, analiza złożonych przez TBM przedmiotowych środków dowodowych (kart katalogowych) prowadzi do wniosku, że TBM zaoferował w swojej ofercie w zasadniczej jej części tożsame dokumenty i urządzenia co Odwołujący. Doszło do tego w sytuacji, w której TBM na etapie składania oferty nie złożył żadnych przedmiotowych

środków dowodowych, a następnie już po zapoznaniu się z ofertą Odwołującego, na wezwanie Zamawiającego przedłożył środki dowodowe i zaoferował w zasadniczej części swojej oferty te same urządzenia i produkty, co Odwołujący i to pomimo tego, że wedle najlepszej wiedzy Odwołującego na rynku dostępne są produkty innych producentów, które spełniają wymagania SWZ. Odwołujący stwierdził, że działanie takie wypełnia przesłanki określone w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż TBM w sposób oczywisty „skompletował" swoją ofertę bazując na wysiłku organizacyjnym Odwołującego, która to samodzielnie i na własny koszt dokonała przeglądu dostępnego na rynku wysoko specjalistycznego sprzętu i urządzeń, a następnie dokonała oceny jego kompatybilności z określonymi w SWZ wymaganiami Zamawiającego. Powyższą okoliczność potwierdził zresztą sam TBM, który udzielając wyjaśnień w piśmie z 14 grudnia 2021 r. stwierdził: „Dodatkowo potwierdza to fakt że identyczne urządzenia zostały zaproponowane przez

innego Wykonawcę biorącego udział w tym postepowaniu tj. firmę Mikor Inżyniering Sp.

---»

z o.o.".

Niezależenie od powyższego Odwołujący podniósł, że TBM w ramach mechaniki scenicznej element system sterowania (poz. lp. 3.10) zaoferował urządzenie pulpit sterowniczy o postaci zewnętrznej i cechach funkcjonalnych tożsamych do „utworu" - pulpitu sterowniczego (systemu sterowania), jaki został przez Odwołującego opracowany, wyprodukowany i po raz pierwszy wprowadzony do obrotu poprzez jego sprzedaż na rzecz Przedsiębiorstwa Specjalistycznego PS Teatr, a następnie zainstalowany w Centrum Kongresowym ICE Kraków. Podkreślenia przy tym wymaga, że TBM w ramach złożonej w postępowaniu oferty dokonuje nieprawidłowego oznaczenia pochodzenia „systemu sterowania", gdyż karta katalogowa zaoferowanego systemu sterowania została sporządzona na papierze firmowym TBM, co sugeruje że TBM jest producentem owego systemu sterowania, a system ten nie jest przez TBM autorsko opracowany. Zauważyć należy przy tym, że treść złożonej przez TBM w postępowaniu karty katalogowej jest niemal identyczna do karty katalogowej sporządzonej przez Odwołującego na zlecenie PS Teatr i nie różni się nawet układem graficznym, dlatego w tym zakresie TBM dopuścił się nie tylko czynu nieuczciwej konkurencji wobec Spółki, ale też i naruszenia przysługujących Odwołującemu autorskich praw majątkowych. TBM dokonuje nieprawidłowego oznaczenia pochodzenia towaru poprzez zamieszczenie opisu i zdjęcia systemu na własnym papierze firmowym, co w sposób bezpośredni sugeruje Zamawiającemu, że jest producentem tego urządzenia. Zachowanie TBM wypełnia również znamiona naśladownictwa, które jest czynem nieuczciwej konkurencji zgodnie z dyspozycją art. 13 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut zaniechania uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty

Odwołującego

Odwołujący wskazał, że 5 stycznia 2022 r. Zamawiający za pośrednictwem portalu oraz poczty e-mail zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. W treści zawiadomienia Zamawiający w zakresie odrzucenia oferty zamawiający wskazał: „Nie spełniono warunku karty katalogowe urządzeń/ produktów w języku polskim. Oferta Mikor Inżyniering sp. z o.o. niezgodna z warunkami zamówienia polegającymi na zaoferowaniu urządzeń niespełniających parametrów technicznych określonych w opisie przedmiotu zamówienia w poz. 2.19 i poz. 2.20.". Jako podstawę prawną podano: art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego uzasadnienie odrzucenia oferty jest lakoniczne oraz niejasne. Przede wszystkim Zamawiający nie wskazał, w jakim zakresie urządzenia w poz. 2.19 i 2.20 nie spełniają wymogów określony w SWZ. Zamawiający naruszył art. 253 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, gdyż zobowiązany był w taki sposób przedstawić w szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty, aby wyczerpująco określić, jakie przyczyny legły u podstaw tej decyzji, tak aby Odwołujący mógł do wskazanych przez Zamawiającego okoliczności w pełni się ustosunkować.

W konsekwencji powyższych zarzutów Odwołujący podniósł również zarzuty dotyczące nieuprawnionego wyboru oferty TBM jako najkorzystniejszej oraz naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, bezstronności i obiektywizmu.

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

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca TBM Tech Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 10.1.1 SWZ Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą kart katalogowych produktów/urządzeń w języku polskim:

Karty katalogowe z dokładnym opisem oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzające spełnienie parametrów przedmiotu zamówienia. Mogą być również prospekty, katalogi, zdjęcia, instrukcje obsługi itp. w języku polskim. W celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw/ montażu z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Wykonawca przedmiotowe środki dowodowe składa wraz z ofertą.

W punkcie 10.3 SWZ Zamawiający podał, że przewiduje uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych.

Kryteriami oceny ofert, zgodnie z punktem 22.1 SWZ, były: cena (60%) i okres gwarancji (40%).

Formularz cenowy (załącznik nr 2 do SWZ) zawierała następującą tabelę:

Lp.	Element	Wymagane parametry	Oznaczenie	Ilość	Cena netto (zł)	Wartość netto (zł)

Wykonawcy zobowiązani byli wypełnić kolumny dotyczące ceny netto i wartość netto.

Opis przedmiotu zamówienia stanowił załącznik nr 1 do SWZ. Określono w nim m.in. następujące wymagania:

LP.	Element	Wymagane parametry	Oznaczenie	Ilość

2.19	Nadajnik AVoverIP	Pixel Perfect Processing Rozdzielczości wideo do 4096x2160 przy 60 Hz (DCI 4K60) Próbkowanie kolorów 4: 4: 4 Obsługa HDR10 i Deep Color Formaty audio: Główny wielokanałowy (do 8 kanałów LPCM lub zakodowany dźwięk przestrzenny HBR 7.1), dodatkowy 2-kanałowy LPCM Transmisja: 200 do 950 Mbps Protokoły przesyłania strumieniowego: RTP, SDP Strumień transportowy kontenera MPEG-2 (.ts) Inicjacja sesji Rozsyłanie grupowe za pośrednictwem bezpiecznego protokołu RTSP Ochrona przed kopiowaniem HDCP 2.2, AES-128, PKI Przełącznik: 3x1 w trybie dekodowania (HDMI 1, HDMI 2, Stream) 2x1 w trybie kodera, przełączanie ręczne lub automatyczne, Scaler: 4K60 4: 4: 4 skaler wideo z adaptacyjnym usuwaniem przeplotu, inteligentną konwersją liczby klatek na sekundę, obsługą Deep Colour, obsługą HDR10, wyborem formatu szerokoekranowego (powiększanie, rozciąganie, utrzymywanie proporcji) Obsługa AES67 umożliwiająca przesyłanie wybranego źródła dźwięku jako 2-kanałowego źródła AES67, podczas gdy inny 2-kanałowy strumień audio AES67 jest odbierany z innego urządzenia i może być łączony z sygnałem wideo Obsługa sygnałów USB, które mogą być przełączane wraz z sygnałem AV lub oddzielnie i skierowane za pośrednictwem systemu sterowania do innych nadajników/odbiorników Konfigurowalny jako koder lub dekoder Funkcja auto-switch pomiędzy dwoma wejściami HDMI Analog audio embedding lub de- embedding Obsługa dźwięku 7.1 surround Złącza: 2x LAN 1x SFP 2x HDMI IN 1x HDMI OUT 1x USB A 1x USB B 1x AUDIO TERMINAL BLOCK 1x COM Diody sygnalizujące o: Dostarczeniu zasilania Pracy w trybie koder lub dekoder Poprawnym połączeniu z systemem sterowania Zasilanie: POE Zasilacz 24V Wymiary: Maksymalna	TR1, TR2	1
		szerokości 238 mm Maksymalna głębokość 40 mm Maksymalna wysokość 220 mm		

2.20	Nadajnik/Odbiornik AVoverIP	Rozdzielczości wideo do 4096x2160 przy 60 Hz (DCI 4K60) Próbkowanie kolorów 4: 4: 4 Obsługa HDR10 i Deep Color Formaty audio: Główny wielokanałowy (do 8 kanałów LPCM lub zakodowany dźwięk przestrzenny Transmisja: 200 do 950 Mbps HBR 7.1), dodatkowy 2-kanałowy LPCM Transmisja: 200 do 950 Mbps Protokoły przesyłania strumieniowego: RTP, SDP Strumień transportowy kontenera MPEG-2 (.ts) Inicjacja sesji Rozsyłanie grupowe za pośrednictwem bezpiecznego protokołu RTSP Ochrona przed kopiowaniem HDCP 2.2, AES-128, PKI Obsługa AES67 umożliwiająca przesyłanie wybranego źródła dźwięku jako 2-kanałowego źródła AES67, podczas gdy inny 2-kanałowy strumień audio AES67 jest odbierany z innego urządzenia i może być łączony z sygnałem wideo. Analog audio embedding lub de- embedding Obsługa dźwięku 7.1 surround Złącza: 1x LAN 1x HDMI IN 1x AUDIO TERMINAL BLOCK 1x COM 1xIR Diody sygnalizujące o: Dostarczeniu zasilania Zasilanie: POE Zasilacz 24V Wymiary: Maksymalna szerokości 238 mm Maksymalna głębokość 34 mm Maksymalna wysokość 220 mm	RX	2

Na część 2 zamówienia zostały złożone dwie oferty:

- oferta Odwołującego (cena: 869.387,80 zł, gwarancja 60 miesięcy),

- oferta TBM (cena: 1.012.309,68 zł, gwarancja 60 miesięcy).

Pismem z 2 września 2021 r. Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych dokumentów, w następującym zakresie:

Zgodnie z zapisem art. 107 ust.4 Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych, jak również w świetle art. 107 ust 2, jeżeli wykonawca nie złożył lub złożone środki przedmiotowe są niekompletne Zamawiający wzywa do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

W związku z powyższym wzywa się do wskazania zapisów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami dokumentacji projektowej, a jeżeli środki dowodowe są niekompletne wzywa się do ich uzupełnienia zgodnie z zapisami SWZ pkt. 10.3.

Wyjaśnienia i uzupełnienia należy złożyć w terminie do dnia 2021-09-09 (...).

Pismem z 9 września 2021 r. Odwołujący przedstawił następujące wyjaśnienia:

W pierwszej kolejności Spółka oświadcza, że zaoferowany przez Spółkę w ofercie przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania SWZ i jest zgodny z wymaganiami dokumentacji projektowej, co zostało również potwierdzone w pkt 1 i 2 Formularza ofertowego. Niezależnie

od tego Spółka przedkłada przy niniejszym piśmie dodatkowe przedmiotowe środki dowodowe w postaci kart katalogowych produktów, które w ocenie Spółki mogły potencjalnie budzić wątpliwości Zamawiającego, co do zgodności zaoferowanych produktów z SWZ.

Jednocześnie ze względu na to, że treść wezwania Zamawiającego z dnia 2 września 2021 roku jest nieprecyzyjna Spółka wnosi, aby w przypadku uznania przez Zamawiającego niniejszych wyjaśnień i załączonych do tego pisma dokumentów za niewystarczające, Zamawiający wezwał Spółkę ponownie do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w przedmiotowym zakresie. Pamiętać bowiem trzeba, że wzywając do wyjaśnień, zamawiający powinien przedstawić konkretne wątpliwości, które wyjaśnienia wykonawcy mogłyby rozwiać. Wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 2019, z późn. zm.) zwanej dalej P.z.p., jest bowiem uprawnieniem służącym rozwianiu wątpliwości zamawiającego, które powziął odnośnie treści oferty. Należy również dodać, że przepisy P.z.p. nie zakazują kilkukrotnego wezwania wykonawcy na podstawie art. 223 ust. 1 P.z.p. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (...).

Do wyjaśnień Odwołujący załączył karty katalogowe oferowanych urządzeń

Pismem z 5 stycznia 2022 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie tej czynności:

Nie spełniono warunku dokumentu: Karty katalogowe produktów/urządzeń w języku polskim

Uzasadnienie: Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art 226 ust. I pkt 5 "Zamawiający odrzuca ofertę , jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia".

Zamawiający stwierdza niezgodność treści oferty Wykonawcy Mikor Inżyniering Sp. z o.o. z warunkami zamówienia polegającej na zaoferowaniu urządzeń niespełniających parametrów technicznych określonych w opisie przedmiotu zamówienia w poz. 2.19; poz. 2.20.

Brak poprawności merytorycznej

Uzasadnienie: Oferta nie jest poprawna pod względem i merytorycznym.

Wykonawca TBM nie złożył z ofertą żadnych kart katalogowych.

Pismem z 10 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę TBM, na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał w wezwaniu: Nie złożono w ogóle dokumentów (przedmiotowych środków dowodowych): Karty katalogowe produktów/urządzeń w języku polskim. Zamawiający nie jest zatem w stanie ocenić, czy oferowane przez Wykonawcę rozwiązania spełniają wymogi określone przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Po uzupełnieniu kart katalogowych, pismem z 10 grudnia 2021 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał TBM do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych dokumentów, w kwestii dotyczących przedmioty zamówienia:

poz. 2.4 Konsoleta oświetleniowa - proszę o wskazanie zapisów w karcie katalogowej dotyczących 6 przycisków podświetlanych lub z podświetlaną ramką.

poz. 2.7 Ruchoma głowica typu spot - proszę o wyjaśnienie, w opisie pozycji są tarcze minimum potrójne (4 szt.)- a w karcie katalogowej są poszóstne (2 szt.) oraz brak informacji dotyczącej możliwości bezprzewodowego przesyłania sygnału DMX.

poz. 2.11 Projektor laserowy - czy urządzenie posiada funkcje: Korekcja zniekształceń obrazu: trapez pion/poziom; korekcja narożników; projekcji na zakrzywionej powierzchni oraz w narożniku pomieszczenia, korekcja punktowa Precyzyjna regulacja barw dla każdej ze składowych palety RGBCMY (odcień, nasycenie, jasność) oraz Gamma Funkcja edge-blendingu z wyrównywaniem poziomu czerni Projekcja side-by-side z dwóch niezależnych źródeł jednocześnie poz. 2.26 Kamera PTZ - prosi się o wyjaśnienie czy kamera posiada wbudowany mikrofon.

Pismem z 14 grudnia 2021 r. wykonawca TBM wyjaśnił:

Ad Poz. 2.4) Konsoleta oświetleniowa - Wykonawca potwierdza, że zaproponowane rozwiązanie SHOWTEC LAMPY 20 2U, posiada 40 przycisków sterujących wirtualnym wykonawcą. Przyciski te znajdują się również na 10,1" panelu wyświetlacza gdzie są w pełni konfigurowalne za pomocą systemu sterowania konsolety (w formie: przeciągnij i puść): posiadają podświetlaną ramkę oraz umożliwiają zmianę ich kolorów. Dodatkowo Wykonawca potwierdza, że zaproponowane rozwiązanie stanowi zespół sterujący oświetleniem razem z panelem sterującym B-STATION 2, który to to posiada również 6 przycisków które można wysterować do współpracy z konsoletą po DMX lub ART-NET i które to również są podświetlane.

Ad Poz. 2.7) Ruchoma głowa typu spot - Wykonawca informuje, że w opisie pozycji nie ma zapisu „tarcze minimum potrójne (4szt.)"

W opisie pozycji widnieje zapis:

Minimum potrójna, rotacyjna pryzma (zaproponowane przez Wykonawcę urządzenia

BTSHARK posiada dwie tarcze z pryzmatami tj. pryzmę liniową i okrężną/rotacyjną - poszóstną więc większą niż wymagane minimum). Jednocześnie Wykonawca oświadcza, że istnieje możliwość bezprzewodowego przesyłania sygnału DMX za pomocą klucza

sieciowego (Dongle WTR DMX opcja, Briteq® kod B04645).

Ad Poz. 2.11) Projektor laserowy - Wykonawca wyjaśnia, iż zaproponowany w ofercie projektor EPSON EB-L1755U posiada następujące funkcje:

Korekcja zniekształceń obrazu: trapez pion/poziom;

Korekcja narożników; projekcji na zakrzywionej powierzchni oraz w narożniku

pomieszczenia, - Korekcja punktowa

Precyzyjna regulacja barw dla każdej ze składowych palety RGBCMY (odcień, nasycenie, jasność) oraz Gamma Funkcja edge-blendingu z wyrównywaniem poziomu czerni Projekcja side-by-side z dwóch niezależnych źródeł jednocześnie

Na dowód tego Wykonawca przedstawia w załączeniu wydruki stron instrukcji obsługi.

Ad Poz. 2.26) Kamera PTZ - Wykonawca wyjaśnia, że zaproponowane w ofercie

rozwiązanie systemu konferencyjnego oparte na kamerze konferencyjnej zdalnie sterowanej SONY SRG-X400 BC uwzględnia wbudowane w jej infrastrukturę moduły mikrofonowe,

mikrofony konferencyjne oraz oprogramowanie sterujące parametrami mikrofonów w tym

RTSP i NDI®IHX. Wykonawca potwierdza również, że całość infrastruktury konferencyjnej jest w pełni kompatybilna z mikserem/rejestratorem/streamerem zaproponowanym w pozycji 2.28 EPIPHAN PEARL -2 i stanowi dopełnienie jego wymagań. (...)

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca potwierdza, że zaproponowane powyżej rozwiązania, jako jedyne dostępne na rynku, spełniają wszystkie wymagania zawarte w dokumentacji przetargowej i projektowej. Dodatkowo potwierdza to fakt, że identyczne urządzenia zostały zaproponowane przez innego Wykonawcę biorącego udział w tym

postępowaniu tj. firmę Mikor Inżyniering Sp. z.o.o.

W dniu 5 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Po pierwsze, zasadne okazały się zarzuty związane z odrzuceniem oferty Odwołującego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść

jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, a poprzedzające to odrzucenie wezwanie do wyjaśnienia treści przedmiotowych środków dowodowych lub ich uzupełnienia, było nieprawidłowe.

Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Art. 107 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Aby wykonawca mógł skorzystać z możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych lub wyjaśnienia ich treści, skierowane przez Zamawiającego wezwanie powinno dokładnie wskazywać, w jakim zakresie dokumenty te zawierają braki lub wywołują wątpliwości Zamawiającego i co należy uzupełnić lub wyjaśnić. Brak precyzyjnego wskazania zakresu wezwania uniemożliwia wykonawcy prawidłowe uzupełnienie dokumentów lub złożenie wyjaśnień. Oczekiwanie, że wykonawca domyśli się, czego dotyczy wezwanie, jest bezpodstawne i niedopuszczalne.

Wezwanie skierowane do Odwołującego 2 września 2021 r. w najmniejszym nawet stopniu nie spełnia powyższych wymagań. Nie daje ono żadnej wiedzy, jaki zakres przedstawionych kart katalogowych zawiera braki lub budzi wątpliwości oraz jakie kwestie należy wyjaśnić. Wezwanie ogranicza się do przytoczenia treści przepisów art. 107 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, określenia terminu złożenia wyjaśnień lub uzupełnień oraz ogólnikowej informacji, że wzywa się do wskazania zapisów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami dokumentacji projektowej, a jeżeli środki dowodowe są niekompletne wzywa się do ich uzupełnienia zgodnie z zapisami SWZ pkt. 10.3. Nie wiadomo, których spośród zaoferowanych urządzeń dotyczy wezwanie i do jakich ich parametrów się odnosi. Wadliwość takiego wezwania jest tym bardziej istotna, że przedmiot zamówienia obejmowań wiele elementów, dla których Zamawiający określił bardzo szczegółowe wymagania. Nie może więc dziwić, że Odwołujący, otrzymawszy takie wezwanie, nie mógł wiedzieć, jak na nie prawidłowo zareagować, co zresztą zasygnalizował Zamawiającemu, wskazując, że ze względu na to, że treść wezwania Zamawiającego z dnia 2 września 2021 roku jest nieprecyzyjna Spółka wnosi, aby w przypadku uznania przez Zamawiającego niniejszych wyjaśnień i załączonych do tego pisma dokumentów za niewystarczające, Zamawiający wezwał Spółkę ponownie do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w przedmiotowym zakresie.

Tak ogólne wezwanie nie mogło wywołać żadnych skutków i powinno być powtórzone. Zamawiający jednak tego nie zrobił i odrzucił ofertę Odwołującego, co więcej - nie podał de facto żadnego uzasadnienia tej czynności. Odrzucenie oferty Odwołującego było więc wadliwe już tylko z tego powodu, że nie wiadomo, co było jego podstawą faktyczną.

Podkreślić należy, że zasadność czynności odrzucenia podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować.
W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia

oferty w szerszym aspekcie.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający podał uzasadnienie odrzucenia oferty, które w żadnej mierze nie spełnia powyższych standardów. Zamawiający, uzasadniając tę czynność, ograniczył się do wskazania podstawy prawnej odrzucenia oraz ogólnikowych stwierdzeń, że nie spełniono warunku dokumentu: Karty katalogowe produktów/urządzeń w języku polskim oraz że Zamawiający stwierdza niezgodność treści oferty (...) z warunkami zamówienia polegającej na zaoferowaniu urządzeń niespełniających parametrów technicznych określonych w opisie przedmiotu zamówienia w poz. 2.19; poz. 2.20, a także do stwierdzenia, że oferta nie jest poprawna pod względem i merytorycznym. Powyższe trudno uznać za choćby szczątkowe uzasadnienie odrzucenia oferty. Nie wiadomo po pierwsze, co do jakich urządzeń nie złożono kart katalogowych w języku polskim, po drugie - z jakich powodów Zamawiający uznał ofertę za niezgodną z SWZ. Zamawiający wskazał jedynie, że dotyczy to poz. 2.19 i 2.20 OPZ, zauważyć jednak należy, że pozycje te zawierają opis wielu różnych parametrów i nie wiadomo nawet, które parametry zdaniem Zamawiającego nie są spełnione, a tym bardziej nie wiadomo, z czego Zamawiający takie twierdzenia wywodzi.

Dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił motywy swojej decyzji, które w żaden sposób nie są spójne z informacją o odrzuceniu oferty. Odwołujący wskazał w tej odpowiedzi, że na wezwanie z 2 września 2021 r. Odwołujący zaoferował zupełnie inny produkt, który nie był objęty treścią oferty. Zamawiający stwierdził, że takie działanie powoduje złożenie w tym samym postępowaniu drugiej oferty oraz jest próbą nieuprawnionego negocjowania z Zamawiający treści złożonej oferty. O takich przyczynach odrzucenia oferty nie ma w uzasadnieniu tej czynności nawet żadnej wzmianki. Takie podstawy odrzucenia oferty nie mogły być przedmiotem oceny Izby, nie były bowiem zakomunikowane wykonawcy, co spowodowało, że nie mogły być przedmiotem zarzutów odwołania. Postępowanie Zamawiającego, polegające na faktycznym zaniechaniu podania podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie na formułowaniu tych podstaw dopiero w toku postępowania odwoławczego, należy uznać za nieakceptowalne.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i jej ponowne zbadanie. Jeśli w wyniku ponownego badania Zamawiający dopatrzy się podstaw do wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień, ewentualnie do odrzucenia oferty Odwołującego, to każdą z tych decyzji ma obowiązek należycie opisać i uzasadnić.

Następnie Izba stwierdziła, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego. Oferta ta podlega odrzuceniu z uwagi na to, że Przystępujący, wbrew obowiązkowi wynikającemu z SWZ, nie złożył z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, co spowodowało, że w ogóle nie określił przedmiotu oferty, w związku z czym treść jego oferty była de facto nieznana. Dopiero złożenie kart katalogowych na wezwanie Zamawiającego doprecyzowało przedmiot oferty, nastąpiło to jednak po terminie składania ofert.

Powyższej oceny nie zmienia okoliczność, że Zamawiający przewidział w SWZ uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych. Ani takie postanowienie SWZ, ani przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, nie mogą być interpretowane w ten sposób, że umożliwiają zmianę lub doprecyzowanie oferty po terminie składania ofert.

Stosownie do art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Z powyższych przepisów wynika, że oferta niespełniająca merytorycznych wymagań

określonych w SWZ podlega odrzuceniu i - z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek -

nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do

zgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Tym samym niedopuszczalne jest też określanie przedmiotu oferty po upływie terminu składania ofert, w sytuacji gdy wykonawca nie sprecyzował tego przedmiotu w treści oferty.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że przewidziana przez Zamawiającego w punkcie 10.3 SWZ możliwość wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych musi być odczytywana z poszanowaniem zasady niezmienności treści oferty. Oznacza to, że Zamawiający nie ma podstaw do przyjęcia takiego uzupełnienia środków dowodowych, które modyfikuje pierwotnie złożoną ofertę. Skoro Zamawiający ukształtował wymaganą treść oferty, w tym wzór formularza ofertowego, w taki sposób, że nie wymagały one określenia, co jest przedmiotem oferty (co należy ocenić negatywnie), to karty katalogowe oferowanych urządzeń miały w tym postępowaniu szczególny charakter, określały one bowiem przedmiot oferowanego świadczenia. Przedstawienie kart katalogowych dopiero na wezwanie Zamawiającego musiało więc prowadzić do niedopuszczalnego sprecyzowania treści oferty po upływie terminu składania ofert.

W związku z powyższym Zamawiający nieprawidłowo uznał, że karty katalogowe mogą być uzupełnione, skoro to one określały, jakie urządzenia wykonawca oferuje.

Dodatkowo zauważenia wymaga, że Zamawiający z jednej strony w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że Odwołujący zmienił ofertę składając inne karty katalogowe niż te złożone wraz z ofertą, a jednocześnie przyjął jako prawidłowe karty katalogowe, których w ogóle nie było załączonych do oferty, twierdząc, że nie doszło tu do zmiany czy doprecyzowania przedmiotu oferty. Takie stanowisko nie może zostać zaakceptowane. Jest ono nie tylko wewnętrznie sprzeczne, ale potwierdza też nierówne traktowanie wykonawców - wykonawca, który w ogóle nie załączył do oferty kart katalogowych został bowiem potraktowany lepiej niż wykonawca, który takie karty złożył wraz z ofertą, a następnie próbował wykazać prawidłowość oferty odpowiadając na nieprecyzyjne wezwanie, nie wiedząc, co budzi zastrzeżenia Zamawiającego.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 223 ust. 1 w zw. z art. 107 ust. 2 i art. 16 ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty Przystępującego.

Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący oświadczył bowiem do protokołu rozprawy, że zarzut ten ma charakter ewentualny i został podniesiony z ostrożności, na wypadek uznania, że Przystępujący mógł skutecznie uzupełnić karty katalogowe oferowanych urządzeń. Ponieważ Izba uwzględniła zarzut główny, dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, to zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

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 § 7 ust. 1 pkt 1

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący: .....