

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **AB-Micro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 23, 02-822 Warszawa (Lider) i RSA Cosmos SAS z siedzibą we Francji, Rue des Mineurs**

ZI de la Vaure 42290 Sorbiers, Francja (Partner) w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Nauki Kopernik w Warszawie, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 20, 00-390 Warszawa**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Skypoint srl z siedzibą we Włoszech, Via Zorutti 145/11, 33030 Camporomido, Włochy**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **AB-Micro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (Lider) i RSA Cosmos SAS z siedzibą we Francji (Partner)** oraz ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty tych wykonawców.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Centrum Nauki Kopernik w Warszawie, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 20, 00-390 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **AB-Micro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 23, 02-822 Warszawa (Lider) i RSA Cosmos SAS z siedzibą we Francji, Rue des Mineurs ZI de la Vaure 42290 Sorbiers, Francja (Partner)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **AB-Micro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 23, 02-822 Warszawa (Lider) i RSA Cosmos SAS z siedzibą we Francji, Rue des Mineurs ZI de la Vaure 42290 Sorbiers, Francja (Partner)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
- 2.2. zasądza od **Centrum Nauki Kopernik w Warszawie, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 20, 00-390 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **AB-Micro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 23, 02-822 Warszawa (Lider) i RSA Cosmos SAS z siedzibą we Francji, Rue des Mineurs ZI de la Vaure 42290 Sorbiers, Francja (Partner)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Centrum Nauki Kopernik w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa, montaż i uruchomienie nowego systemu projekcji w Planetarium i zintegrowanie go z pozostałymi elementami aparatury Planetarium”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 lutego 2024 r. pod pozycją 2024/S 91859-2024.

W dniu 6 maja 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **AB-Micro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider) i RSA Cosmos SAS z siedzibą we Francji (Partner)**, zwani dale

„Odwołującym”, wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- nieprawidłowej ocenie oferty Odwołującego i przyjęciu, iż Odwołujący zaproponował rozwiązanie niespełniające wymagań Zamawiającego,
- zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści jego oferty,
- w konsekwencji, odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na rzekomą jej niezgodność z warunkami zamówienia oraz niewłaściwym wyborze oferty najkorzystniejszej,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 16 i art. 17 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na jej rzekomą niezgodność z warunkami zamówienia, którą to czynność Zamawiający podjął w oparciu o informacje pozyskane z innych źródeł niż Odwołujący, bez uprzedniego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty i w oparciu o stan faktyczny błędnie ustalony przez Zamawiającego,

2.art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 i art. 17 ustawy Pzp poprzez niezasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwość co do jej zgodności z warunkami zamówienia, i wskutek którego zaniechania Zamawiający błędnie ustalił, iż oferta nie spełnia określonych przez niego wymagań, co doprowadziło do jej odrzucenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3.powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 4.dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i spełniającej wymagania,
- 5.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że nie zgadza się z czynnością Zamawiającego, gdyż zaoferował rozwiązanie zgodne z warunkami zamówienia, pozwalające na realizację zamówienia zgodnie z najlepszymi praktykami obowiązującymi na rynku, należyta starannością, a tym samym zgodnie z treścią projektowanych postanowień umowy.

Odwołujący podniósł, że mając na uwadze wymagania Zamawiającego oraz fakt, iż projektor z obiektywem Fisheye nie występuje w standardowej ofercie producentów, zaoferował projektor Panasonic PT-FRQ50, który rzeczywiście, zgodnie z ustaleniami Zamawiającego, posiada standardowy obiektyw.

Co jest jednak istotne, to fakt, iż Partner Konsorcjum Odwołującego, firma RSA Cosmos SAS, ze względu na swoją współpracę z producentem projektora, firmą Panasonic, jest uprawniona do adaptacji urządzeń do potrzeb użytkowników, w tym m.in. projektora Panasonic PT-FRQ50, zaoferowanego przez Odwołującego. Wśród dopuszczonych przez producenta adaptacji, do których wykonania uprawniony jest Partner Konsorcjum, jest m.in. montaż obiektywu typu Fisheye w tym projektorze. Partner Konsorcjum, firma RSA Cosmos SAS stosuje tego typu adaptacje i posiada nawet we własnym biurze przedmiotowy model projektora z przeinstalowanym obiektywem.

Na potwierdzenie powyższych okoliczności, Odwołujący przedstawił oświadczenie Pana F.H., upoważnionego przedstawiciela firmy Panasonic France, który potwierdza, iż Partner Konsorcjum firma RSA Cosmos SAS jest uprawniona do adaptacji projektorów produkcji Panasonic, w tym modelu zaproponowanego w ofercie, tj. projektora Panasonic PT-FRQ50 i zamontowania w nim obiektywu typu Fisheye. (oświadczenie oświadczenie Pana F.H. z dn. 29 kwietnia 2024 r. w załączeniu do odwołania).

Tym samym, Odwołujący był uprawniony do zaoferowania Zamawiającemu projektora Panasonic PT-FRQ50 (posiadającego w standardowej ofercie zwykły obiektyw) oraz obiektywu typu Fisheye, z założeniem, iż obiektyw standardowy zostanie wymontowany, a na jego miejsce zostanie zamontowany obiektyw Fisheye. Zastosowanie takiego rozwiązania pozwoliło na spełnienie warunków zamówienia, a jednocześnie pozostawało w zgodności z najlepszymi praktykami obowiązującymi na rynku, należyta starannością oraz treścią projektowanych postanowień umowy – było bowiem zgodne z rozwiązaniami dopuszczonymi i przewidzianymi przez producenta, który upoważnił Partnera Konsorcjum do takich adaptacji.

Odwołujący podkreślił także, że zakładana przez Odwołującego adaptacja pozwala na montaż obiektywu typu Fisheye w projektorze bez użycia konwerterów, a zatem w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego wyartykułowanymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Na potwierdzenie powyższego, Odwołujący przedłożył dowód w postaci zdjęć projektora Panasonic PT-FRQ50 z przeinstalowanym obiektywem typu Fisheye, na których można dostrzec sposób montażu obiektywu bez użycia konwertera. (zdjęcia projektora Panasonic PT-FRQ50 z przeinstalowanym obiektywem typu Fisheye w załączeniu do odwołania)

Ponadto, Odwołujący złożył oświadczenie Pana J.L. przedstawiciela producenta oferowanego obiektywu, firmy Guangzhou Hui Yang Projector Lens Ltd, który potwierdza, że jest on przeznaczony do projektora Panasonic PT-FRQ50, który jest montowany w miejsce standardowego obiektywu Panasonic, przy czym jego montaż w tym projektorze nie wymaga zastosowania żadnych konwerterów. (oświadczenie Pana J.L. z dn. 30 kwietnia 2024 r. w załączeniu do odwołania).

Oznacza to, że Odwołujący zaoferował rozwiązanie zgodne z warunkami zamówienia, w tym uwzględniające treść opisu przedmiotu zamówienia oraz projektowanych postanowień umowy.

Zamawiający tymczasem dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający ustalił rzekomą niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia wyłącznie w oparciu o dane pozyskane samodzielnie ze strony internetowej producenta. Po stwierdzeniu na podstawie informacji dostępnych w Internecie, iż oferowany projektor posiada standardowy obiektyw, który nie podlega wymianie, co doprowadziło Zamawiającego do wniosku o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, Zamawiający od razu podjął czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Postępowanie Zamawiającego w tym względzie jest rażąco niezgodne z przepisami ustawy, gdyż stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia może nastąpić wyłącznie w oparciu o jej treść, tj. dokumenty złożone przez wykonawcę, nie zaś na podstawie analizy informacji pochodzących z innych, niż wykonawca, źródeł. Odwołujący przywołał wyrok Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2023 r., KIO 3069/2023. Oznacza to, że stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia może odbyć się wyłącznie w oparciu o analizę samej treści oferty, nie zaś innych dokumentów, niezłożonych przez wykonawcę.

Zupełnie odmienna sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający ustalił bowiem rzekomą niezgodność oferty Odwołującego wyłącznie w oparciu o informacje pozyskane ze strony producenta projektora. Przy czym, podkreślenia wymaga, że Zamawiający, zgodnie z treścią rozdziału V SWZ, nie wymagał dołączenia do oferty jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia wymagań przez projektor Fisheye przeznaczony do wyposażenia studia produkcyjnego. Tym samym, nie można również uznać, że Zamawiający pozyskując samodzielnie informacje dotyczące oferowanego projektora ze strony internetowej producenta, niejako „wyręczył” Odwołującego w przedłożeniu stosowanych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia wymagań przez oferowane urządzenia. Zamawiający zatem wykroczył poza swoje uprawnienia, dokonując poszerzonej analizy oferty Odwołującego i sięgając po inne źródła informacji niż sam Odwołujący. Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.12.2019r., KIO 2428/19, KIO 2429/19. Oznacza to, że Zamawiający, dokonując badania oferty powinien bazować na oświadczeniach Odwołującego. Skoro nie oczekiwał złożenia przedmiotowych środków dowodowych dla projektora Fisheye przeznaczonego do studia produkcyjnego, spełnienie wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia powinien zweryfikować wyłącznie w oparciu o deklarację Odwołującego złożoną w ofercie. Odwołujący natomiast zobowiązał się do dostarczenia projektora Panasonic PT-FRQ50 wraz z obiektywem Fisheye, co w świetle wymagań Zamawiającego zawartych w SWZ, powinno być wystarczającą dla Zamawiającego informacją, iż przedmiot oferty jest zgodny z warunkami zamówienia.

Tymczasem Zamawiający w niniejszym postępowaniu pozyskał samodzielnie informacje na temat oferowanego projektora. Następnie, na podstawie tak pozyskanych danych, błędnie ustalił, iż oferowane urządzenia nie spełniają jego wymagań. Przy czym, Zamawiający w tym względzie dopuścił się kolejnego naruszenia, a mianowicie zaniechał wyjaśnienia treści oferty z Odwołującym i od razu podjął decyzję o jej odrzuceniu.

Odwołujący w tym względzie wskazał, iż Zamawiający nie powinien podejmować decyzji wyłącznie w oparciu o analizę informacji na temat oferowanego projektora dostępnych w Internecie i niezawartych w ofercie, a w konsekwencji nie powinien przesądzać o zgodności oferty z warunkami zamówienia wyłącznie na podstawie treści internetowych. Jednak z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, iż skoro już Zamawiający sięgnął po informacje wykraczające poza treść oferty i takie wątpliwości powziął, to powinien przynajmniej wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Gdyby bowiem Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem o wyjaśnienie treści oferty, uzyskałby informacje zawarte w niniejszym odwołaniu, tj. dowiedziałby się, iż Partner Konsorcjum jest podmiotem od lat współpracującym z producentem, upoważnionym i certyfikowanym przez producenta projektora do dokonywania adaptacji. Powyższe zaś doprowadziłoby do zmiany wyników badania oferty Odwołującego.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2023 r., KIO 525/23. Tym samym Zamawiający winien był wyjaśnić z Odwołującym kwestię montażu obiektywu Fisheye na oferowanym projektorze, skoro wzbudziła w nim wątpliwości, po przeanalizowaniu informacji udostępnionych przez producenta w Internecie. Zamawiający jednak tego nie uczynił, a co więcej, podjął czynność odrzucenia oferty Odwołującego, bazując nie na oświadczeniach zawartych w ofercie, ale na podstawie samodzielnie pozyskanych informacji z innego źródła niż wykonawca. Postępowanie Zamawiającego w tym względzie jest rażąco niezgodne z przepisami ustawy Pzp, gdyż aby podjąć czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany był do ustalenia ponad wszelką wątpliwość, iż oferta nie spełnia warunków zamówienia. Odwołujący przywołał w tym zakresie

wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2024 r., KIO 636/24.

Dlatego też Zamawiający nie mógł mieć pewności co do niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, skoro nie wyjaśnił u źródła, tj. u samego Odwołującego, kwestii możliwości montowania obiektywu Fisheye na oferowanym projektorze.

Reasumując Odwołujący podniósł, że Zamawiający dopuścił się rażących naruszeń procedury badania oferty Odwołującego pod kątem zgodności jej treści z warunkami zamówienia. Zamawiający bowiem nie ograniczył badania oferty do dokumentów złożonych przez Odwołującego w postępowaniu (który to zakres dokumentów był zgodny z treścią SWZ), ale pozyskał samodzielnie informacje ze strony internetowej producenta urządzeń. Co więcej, na podstawie tych informacji, nieprzedstawionych przez Odwołującego, błędnie ustalił, iż oferowane urządzenie nie spełnia parametrów określonych w opisie przedmiotu zamówienia i – zamiast kwestię tę wyjaśnić z Odwołującym – od razu podjął czynność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Postępowanie Zamawiającego należy ocenić jako sprzeczne z zasadą przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

W dniu 7 maja 2024 r. Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania za pośrednictwem platformy zakupowej OpenNexus.

W dniu 10 maja 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Skypoint srl z siedzibą we Włoszech, zwany dalej „wykonawcą Skypoint”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 22 maja 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie kosztów od Odwołującego na rzecz Zamawiającego według norm przepisanych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Skypoint srl z siedzibą we Włoszech, zwanego dalej „Przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 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 dokumentacją 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 dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i złożone w załączeniu do odwołania dowody, tj.:

1. Oświadczenie Pana F.H. z dn. 29 kwietnia 2024 r. wraz z tłumaczeniem na język polski.
2. Zdjęcia projektora Panasonic PT-FRQ50 z przeinstalowanym obiektywem typu Fisheye.
3. Oświadczenie Pana J.L. z dn. 30 kwietnia 2024r. wraz z tłumaczeniem na język polski.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i złożone na rozprawie dowody, tj.:

1. Dokumentację fotograficzną „Procedura wymiany Obiektywu projektora Panasonic na LRVR fish-eye.
2. Instrukcja dotycząca urządzenia zaoferowanego przez Przystępującego.
3. Tabela stanowiąca opracowanie własne Odwołującego.
4. Oferta oficjalnego dystrybutora Panasonic.
5. Tłumaczenie ze strony internetowej producenta obiektywu fish-eye.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Przystępującego i złożone na rozprawie dowody, tj.:

1. Deklaracja Sinova.
2. Instrukcja obsługi projektora oferowanego przez Odwołującego.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 16 i art. 17 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na jej rzekomą niezgodność z warunkami zamówienia, którą to czynność Zamawiający podjął w oparciu o informacje pozyskane z innych źródeł niż Odwołujący, bez uprzedniego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty i w oparciu o stan faktyczny błędnie ustalony przez Zamawiającego (zarzut nr 1 odwołania)
- art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 i art. 17 ustawy Pzp poprzez niezasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwość co do jej zgodności z warunkami zamówienia, i wskutek którego zaniechania Zamawiający błędnie ustalił, iż oferta nie spełnia określonych przez niego wymagań, co doprowadziło do jej odrzucenia (zarzut nr 2 odwołania)

potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny tożsamy dla obydwu zarzutów:

Zamawiający – zgodnie Opisem przedmiotu zamówienia (str. 8) – wymagał m.in. dostarczenia do studia produkcyjnego jednej sztuki „Projektora Fisheye wraz z obiektywem do studia produkcyjnego”.

Zamawiający w OPZ (str. 21-22) wskazał także, odnosząc się do projektora z obiektywem Fisheye do studia produkcyjnego planetarium, że „Wykonawca dostarczy i zainstaluje w studio produkcyjnym planetarium jeden projektor 4k wraz z obiektywem rybie oko, o jasności nie mniejszej niż 3000lm, przeznaczony do wyświetlania obrazu fulldome na półsferycznej kopule studio produkcyjnego planetarium o promieniu 106cm. Zamawiający nie dopuszcza projektorów lampowych. Zamawiający dopuszcza rozwiązanie pixel shift. Zamawiający wymaga by obiektyw fisheye był zamontowany na projektorze 4k bez pomocy dodatkowych konwerterów.”.

Zamawiający wymagał złożenia wypełnionego Formularza oferty stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, w treści którego wykonawca zobowiązany był wypełnić tabelę „Wykaz kluczowych elementów systemu do projekcji w Planetarium wraz z określeniem ich modelu oraz producenta” i w pozycji 7 przedmiotowej tabeli podać producenta elementu i modelu elementu dla „Projektora z obiektywem Fisheye do studia projekcyjnego, o którym mowa w sekcji studio: projektor z obiektywem fisheye opisu przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący w złożonym Formularzu oferty w pozycji 7 „Projektor z obiektywem Fisheye do studia projekcyjnego, o którym mowa w sekcji studio: projektor z obiektywem fisheye opisu przedmiotu zamówienia” wskazał producenta elementu, tj. „PANASONIC LRVR PROJECTOR LENS (obiektyw)” oraz model elementu, tj. „PT-FRQ50 Fisheye LENS (obiektyw)”.

Zamawiający, pismem z dnia 26 kwietnia 2024 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Skypoint jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający wskazał, że „Wykonawca (konsorcjum firm) zaoferował urządzenia: PANASONIC PT-FRQ50 i obiektyw LRVR PROJECTOR LENS. Według dokumentacji producenta projektora frq60_frq50_manual_en.pdf, strona 214 (załącznik do niniejszej informacji), tabela „Specifications”, dostępnej na witrynie Producenta pod adresem zaproponowany projektor PANASONIC PT-FRQ50 posiada następujące cechy: (...) Projection Lens- Changeable Lens – No”.

Wskazany przez Producenta wbudowany obiektyw jest obiektywem do projekcji standardowej. Nie jest obiektywem typu Fisheye. Tak więc obiektyw wbudowany nie spełnia warunków OPZ. Zapis Projection Lens – Changeable Lens – No oznacza że producent nie dopuszcza wymiany obiektywu. W związku z tym według dokumentacji Producenta nie jest możliwe użycie obiektywu innego niż dostarczony obiektyw wbudowany, niespełniający warunków OPZ. Oznacza to również że Producent projektora nie dopuszcza możliwości zastosowania zaproponowanego przez Wykonawcę obiektywu LRVR PROJECTOR LENS.

Zaproponowane rozwiązanie jest niezgodne z warunkami zamówienia określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Nie pozwala też na realizację zamówienia zgodnie z najlepszymi praktykami obowiązującymi na rynku oraz z należytą starannością, a tym samym zgodnie z treścią projektowanych postanowień umowy. W tym przypadku najlepszą praktyką na rynku jest zastosowanie przez Wykonawcę projektora, który posiada dedykowane mocowanie dla wymiennych obiektywów. A możliwość wymiany obiektywów jest przewidziana i deklarowana przez Producenta projektora. Jedynie zastosowanie rozwiązania opartego o rozwiązania przewidziane przez Producentów urządzeń jest zgodne z warunkami zamówienia określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający oczekiwał dostarczenia w ramach przedmiotowego zamówienia obejmującego szereg różnych elementów, w tym także jednego projektora z obiektywem Fisheye a więc produktu określonego w OPZ (str. 21 – 22).

Zamawiający poza obowiązkiem wskazania przez wykonawcę w Formularzu oferty informacji dotyczących oferowanego elementu - projektora z obiektywem Fisheye, tj. podania „producenta elementu” i „modelu elementu” nie wymagał złożenia jakichkolwiek dokumentów dotyczących oferowanego produktu.

Odwołujący – jak wynika z Formularza oferty – zaoferował projektor PANASONIC PT-FRQ50 z obiektywem LRVF PROJECTOR LENS.

Zaoferowany przez Odwołującego projektor PANASONIC PT-FRQ50 w wersji standardowej, jak faktycznie wynika z instrukcji dla tego produktu zamieszczonej na stronie internetowej producenta oferowanego przez Odwołującego produktu, nie posiada wymiennych obiektywów. Instrukcja obsługi projektora zaoferowanego przez Odwołującego w tabeli zawierającej specyfikację techniczną w odniesieniu do „obiektywu projekcyjnego” w zakresie dotyczącym „wymennego obiektywu” podaje bowiem, odnosząc się do tej funkcjonalności „nie”. Niemniej jednak okoliczność, że wymagana przez Zamawiającego funkcjonalność dotycząca wymennego obiektywu nie wynika z dostępnej internetowo instrukcji obsługi danego produktu nie oznacza, że produkt takiej funkcjonalności nie posiada. Instrukcja obsługi jest to bowiem opis postępowania w danej sytuacji lub podczas obsługi danego urządzenia. Nie musi przy tym opisywać wszystkich właściwości oferowanego produktu. Możliwe są bowiem odstępstwa od standardowego przedmiotu, jak np. rezygnacja z określonych funkcjonalności i parametrów na rzecz innych, bądź też dodanie innych funkcjonalności, np. funkcjonalności pozwalającej na wymianę obiektywu. Okoliczność tę potwierdza oświadczenie przedstawiciela producenta oferowanego obiektywu LRVF PROJECTOR LENS, firmy Guangzhou Hui Yang Projector Lens Ltd., z treści którego wynika, że „obiektyw fish-eye typ LRVF PROJECTOR LENS FOR PANASONIC PT-FRQ50 jest przeznaczony do projektora Panasonic PT-FRQ50. Jest to profesjonalny obiektyw całkowicie szklany, który jest montowany w miejsce standardowego oryginalnego obiektywu Panasonic dostarczanego wraz z projektorem. Jego montaż w projektorze nie wymaga zastosowania żadnych konwerterów”. Potwierdza to także oświadczenie upoważnionego przedstawiciela Panasonic France, który z kolei oświadczył, że „firma RSA Cosmos (...) jest upoważniona do dostosowywania projektorów wideo do potrzeb użytkowników, w tym zastosowania obiektywu typu rybie oko do naszych projektorów PT-FRQ50 i PT-FRQ60”. Nie pozostają one w sprzeczności z Deklaracją złożoną przez Przystępującego, gdyż z deklaracji tej nie wynika, iż Guangzhou Hui Yang Projector Lens Ltd. nie posiada zgody na sprzedaż tego produktu na rynek Unii Europejskiej i USA a jedynie, że firma ta jest jednym z jego sprzedawców w Chinach.

Przystępujący – jak oświadczył rozprawie – zaoferował także obiektyw niestandardowy. Jediną różnicą – jak podkreślał – między jego produktem a produktem Odwołującego jest fakt, iż w jego przypadku projektor i obiektyw zintegrowany jest przez ich producenta. Niemniej jednak wymagany przez Zamawiającego obiektyw w wersji standardowej także nie występuje. Oznacza to, że obiektyw Fisheye, którego wymagał Zamawiający, nie znajduje się na wyposażeniu standardowym projektorów, które zostały zaoferowane w tym postępowaniu. Zamawiający nie postawił natomiast wymogu, który zabraniałby wprowadzenia odstępstwa od standardowego produktu np. poprzez dodanie innych elementów i funkcjonalności (w tym przypadku obiektywu Fisheye). Dlatego też w tym zakresie nie może być mowy o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SWZ.

Zamawiający wymagał jedynie wskazania producenta i modelu oferowanego produktu - projektora z obiektywem Fisheye. Wykonawca, wypełniając żądany załącznik złożył także oświadczenie, potwierdzając jednocześnie, że oferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego. Oferta stanowi bowiem oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia, w tym stanie faktycznym dostarczenia określonego produktu identyfikowanego na podstawie informacji zawartych w Formularzu oferty jako spełniającego wymagania Zamawiającego. Świadczenie to odpowiadać ma opisanym w SWZ potrzebom Zamawiającego i podlega ocenie przez trybunał zgodności z SWZ. Uznanie, wbrew temu oświadczeniu, że przedmiot nie spełnia wymagań Zamawiającego wyartykułowanym w SWZ, wymaga uzyskania co do tego całkowitej pewności i nie może opierać się na przypuszczeniach, domysłach, czy też na szczątkowych informacjach internetowych. Wobec powyższego Zamawiający powinien, mając na uwadze to, że obydwaj wykonawcy zaoferowali produkty, które w wersji standardowej nie zawierały wymaganego przez niego obiektywu Fisheye, zwrócić się do Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że „*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.*” i kwestię tę wyjaśnić. Wyjaśnieniom podlegają bowiem nie tylko oferty, przedmiotowe środki dowodowe ale nawet takie dodatkowe dokumenty i oświadczenia, które służą wykazaniu zgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Jeśli zaś chodzi o kwestie dotyczące wskazanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie

postanowień projektu umowy, które miałyby także świadczyć o niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SWZ, a które były podnoszone na rozprawie (np. „produkt fabrycznie nowy”) nie stanowiły one podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. W treści informacji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy próżno szukać jasno i wyraźnie wyrażonych takich podstaw niezgodności, na które obecnie wskazuje Zamawiający. Tymczasem uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia powinno w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla wykonawcy wskazywać wszystkie podstawy odrzucenia jego oferty. To bowiem daje wykonawcy możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty Odwołującego potwierdziły się.

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437), ograniczając wysokość wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego do kwoty 3 600,00 zł.

Przewodnicząca: