

**WYROK**  
**z dnia 21 czerwca 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **TRIAS AVI Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego, Toruń,**

przy udziale wykonawcy **SOLIX Sp. z o.o., siedzibą w Starachowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **TRIAS AVI Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TRIAS AVI Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy **TRIAS AVI Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze 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:** .....

Sygn. Akt: KIO 1649/23

**UZASADNIENIE**

W dniu 7 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy **TRIAS AVI sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu **Województwo Kujawsko-Pomorskie Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego** (dalej „Zamawiający”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Stworzenie systemu elektronicznego plakatu na potrzeby partnerów projektu „Kultura w zasięgu 2.0” realizowanego w ramach RPO Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014-2020” (dalej „Postępowanie”) przepisów ustawy Pzp polegające na:

1) odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 punkt 5 ustawy Pzp oferty Odwołującego, co skutkowało

2) umorzeniem Postępowania, na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp z powodu odrzucenia wszystkich złożonych w Postępowaniu ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. w zw. z art. 255 punkt 2 p.z.p. poprzez odrzucenie oferty **TRIAS** jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie dotyczącym pozycji 3.2.7 Urządzenie typu wewnętrzny mobilny monitor LCD/LED, które nie posiada wbudowanych głośników, podczas gdy Odwołujący te głośniki zaofertował w konstrukcji ściennej, czym dał wyraz wprost w złożonej ofercie oraz wyjaśnieniach z dnia 8 maja 2023r., a konsekwencji umorzenie postępowania z powodu odrzucenia wszystkich ofert w postępowaniu, podczas gdy przynajmniej oferta złożona przez Odwołującego winna podlegać ocenie i wyborowi.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na umorzeniu Postępowania, a w konsekwencji, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego w Postępowaniu, dopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania lub złożonych na późniejszym etapie dla wykazania okoliczności szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu, rozpoznanie sprawy na rozprawie, dopuszczenie dowodów z dokumentów dołączonych do niniejszego odwołania na okoliczności

szczegółowo wskazane w jego uzasadnieniu; przyznanie Odwołującemu, na podstawie art. 537 p.z.p. w zw. art. 557 p.z.p w zw. z § 5 ust 1 lit. a, b i c w zw. § 5 ust 2 lit. a, b oraz c z 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. Nr 41, poz. 238) kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3.600,00 zł. oraz kosztów dojazdu na rozprawę, które zostaną potwierdzone poprzez przedłożenie na rozprawie stosownych rachunków.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 1 czerwca 2023 r. Zamawiający podjął decyzję w sprawie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, o którym mowa w art. 132 ustawy Pzp, którego przedmiotem jest stworzenie systemu elektronicznego plakatu na potrzeby partnerów projektu „Kultura w zasięgu 2.0” realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014-2020. Zamawiający oświadczył, że w postępowaniu zostało złożone 5 ofert, przy czym wszystkie z nich podlegały odrzuceniu, w tym oferta Odwołującego. Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący w formularzu ofertowym w pozycji 3.2.7 zaoferował urządzenie LG model LAEB015, które nie posiada wbudowanych głośników zgodnie z karta katalogową. Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca oświadczył, że zaoferuje do urządzenia głośniki oraz, że producent wycofał z produkcji i obrotu zaoferowany model LAEB015, wprowadzając jednocześnie następcę o oznaczeniu LAEC015, który zarówno spełnia wymogi OPZ, jak i posiada wbudowane głośniki. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia w których Wykonawca oferuje produkt na etapie wezwania nie są do przyjęcia i prowadzą do zmiany oferty.

W ocenie Odwołującego z decyzją Zamawiającego nie sposób się zgodzić albowiem nie znajduje oparcia w stanie faktycznym oraz treści oferty Odwołującego. Po pierwsze, Zamawiający w załączniku nr 7 w poz. 3.2.7 Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) dla zadania: „System elektronicznego plakatu na potrzeb partnerów projektu „Kultura w zasięgu 2.0” realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014-2020, Działanie 2.2 Cyfrowa dostępność i użyteczność informacji sektora publicznego oraz zasobów nauki, kultury i dziedzictwa regionalnego zażądał następujących urządzeń:

3.2.7 Urządzenie typu wewnętrzny mobilny monitor LCD/LED

Konstrukcja - Konstrukcja ścienna oraz mobilny stojak

Wyświetlacz - Przekątna min. 130”

- Pixel pitch maks. 1.6
- Ilość kabinetów maks. 6x6
- Typ diody: RGB SMD
- Jasność: min. 800 nit
- Kąty widzenia 160x160
- Rozdzielczość min. FHD
- Kontrast min. 3000:1
- Żywotność diody min. 50 000 godzin
- Temperatura barw (bazowa) 6500K
- Wbudowany kontroler z natywną obsługą rozdzielczości min. FHD (bez wykorzystania dodatkowych urządzeń)
- Złącza: HDMI DVI, Ethernet

Odtwarzacz Zgodnie z wymaganiami określonymi w punkcie 1 (Informacje ogólne)

Po wtóre, Zamawiający w formularzu ofertowym wymagał wpisania w poz. 3.2.7

3.2.7 Urządzenie monitor LCD/LED typu wewnętrzny mobilny Konstrukcja:

Wyświetlacz:

Odtwarzacz:

Po trzecie, w dniu 21 marca 2023 r. Zamawiający udzielał odpowiedzi na pytania wyjaśnił, że: Pytanie Dotyczy 3.2.7 Czy nagłośnienie do ekranu może być elementem zewnętrznym? Standardowo wbudowane głośniki do ekranów mają ograniczony zasięg i nie są głośnikami kierunkowymi. Proponowalibyśmy dodatkowe profesjonalne nagłośnienie dedykowane danemu pomieszczeniu.

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający dopuści głośniki zewnętrzne jako równoważne. Zamawiający udzielając odpowiedzi nie wprowadził jednak żadnych zmian w formularzu. W konsekwencji Zamawiający nie dopuścił do dowolnego uzupełniania treści formularza przez oferentów. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 21.03.2023r. [w aktach postępowania]

W ocenie Odwołującego, nie ulega żadnej wątpliwości, że błąd Zamawiającego w tym zakresie nie upoważnia do czynności odrzucenia oferty Odwołującego, który wypełnił go zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Błąd popełniony przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, dotyczący opisu zakresu przedmiotu zamówienia, nie może skutkować negatywnie wobec wykonawcy, który składając ofertę działał pod wpływem tego błędu. Oferta złożona pod

wplywem błędnego przeświadczenia wykonawcy co do zakresu przedmiotu zamówienia wywołanego działaniem Zamawiającego powinna podlegać poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Wykonawca nie może ponosić ryzyka ewentualnych błędów w złożonej ofercie powstałych wskutek omyłek we wzorze formularza sporządzonym przez zamawiającego. To, że wykonawca nie zauważył błędu popełnionego przez zamawiającego w treści wzoru formularza oferty, nie może oznaczać przeniesienia na niego wszystkich negatywnych skutków. Takie stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza m. in. w wyroku z dnia 13 marca 2020 r. [sygn. akt: KIO 423/20].

Po czwarte, w ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że w piśmie z dnia 8 maja 2023r. wyraźnie wyjaśnił, że złożona oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego i pozostaje w zgodzie z wymogami OPZ. Odwołujący wyjaśnił, że zaoferował urządzenie LG model LAEB015 wraz z głośnikami zewnętrznymi, które zostały dopuszczone zgodnie z udzielonymi odpowiedziami w przetargu z dnia 21 marca 2023 r. W ofercie głośniki zostały uwzględnione jako element dedykowanej konstrukcji, podobnie jak okablowanie. Wszystkie elementy konstrukcji nie podlegały szczegółowemu rozbiciu m. in. z tego względu, że formularz ofertowy nie przewidywał odrębnej pozycji dla każdego zakresu. Odwołujący nie dokonywał zatem żadnych zmian w formularzu ofertowym ale potwierdza, że wycenił kompletny zakres stanowiska. W podobny sposób Odwołujący postąpił z przewodami sygnałowymi w dedykowanych totemach, które również nie zostały ujęte w odrębnej pozycji, a zostały wycenione i uwzględnione w zakresie zaoferowanego przedmiotu umowy. Odwołujący potwierdza zatem, że zaoferował kompletny przedmiot umowy zapewniając pełną funkcjonalność zaoferowanych produktów zgodnie z SWZ i OPZ, uwzględniając i wyceniając pełen zakres przedmiotu umowy.

Odwołujący na marginesie wskazał, że producent wycofał z produkcji i obrotu model zaoferowany model LAEB015, wprowadzając jednocześnie następcę o oznaczeniu LAEC015, który zarówno spełnia wymogi OPZ, jak i posiada wbudowane głośniki. W załączeniu do powyższego pisma Odwołujący dostarczył oświadczenie producenta jak również kartę katalogową następcy zaoferowanego modelu. Dowód: pismo Odwołującego z dnia 8.05.2023r. [w aktach postępowania]

Tymczasem Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego opierając swoje argumenty nie o treść złożonych wyjaśnień lecz o argumenty, które stanowiły jedynie element uzupełniający do złożonych wyjaśnień. Te dodatkowe argumenty nie mogą przesądzać w żadnej mierze, że złożona oferta polega na odrzuceniu. Odwołujący pragnie wyrazić zdziwienie, że Zamawiający odrzuca jego ofertę w całkowitym oderwaniu od treści złożonych wyjaśnień. W ocenie Odwołującego nie ulega żadnej wątpliwości, że Zamawiający nie wymagał umieszczenia w formularzu takich elementów jak chociażby okablowanie, które jest niezbędne do tego, aby stanowisko spełniało swoje funkcje. Pomimo tego Zamawiający odrzuca ofertę Odwołującego wyłącznie z powodu własnego błędu polegającego na dopuszczeniu rozwiązania równoważnego w postaci głośników zewnętrznych bez uprzedniej zmiany treści formularza.

Po piąte, zdaniem Odwołującego, w uzupełnieniu argumentacji potwierdzającej kompletność złożonej oferty Odwołujący wskazuje, że Odwołujący objął zakresem złożonej oferty głośniki zewnętrzne albowiem Odwołujący uwzględnił je w konstrukcji ściennej, wymaganej przez Zamawiającego. Ten argument wynika wprost z rysunku obrazującego tę konstrukcję pod ekran LED. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że zgodnie z wymaganiami zaoferowany produkt składa się z dwóch modułów realizujących dwie funkcje: może pełnić rolę naściennego uchwyty, a po montażu zestawu jezdny także funkcję mobilnego stojaka pod ekran. Sposób realizacji obu funkcji wynika z załączonej karty katalogowej. Dowód: karta katalogowa „Konstrukcja ścienna oraz mobilny stojak dedykowany LG” wraz z rysunkiem technicznym, izometrią, specyfikacją techniczną. Jednocześnie producent monitora LG potwierdził kompatybilność zaoferowanej konstrukcji z ekranem LED Dowód: oświadczenie LG Electronics Polska z 7.06.2023r.

#### ***Izba ustaliła co następuje:***

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Stworzenie systemu elektronicznego plakatu na potrzeby partnerów projektu „Kultura w zasięgu 2.0” realizowanego w ramach RPO Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014-2020” (dalej „Postępowanie”).

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem XII SWZ pkt. 1.2-1.3 Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w niniejszej SWZ. Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami.

Zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał w pkt. 3.2.7 Urządzenie typu wewnętrzny mobilny monitor LCD/LED

Konstrukcja	•• Konstrukcja ścienna oraz mobilny stojak
-------------	--

<b>Wyświetlacz</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>•• Przekątna min. 130"</li> <li>•• Płxel pitch maks. 1.6</li> <li>•• Ilość kabinetów maks. 6x6</li> <li>•• Typ diody: RGB SMD</li> <li>•• Jasność: min. 800 nit</li> <li>•• Kąty widzenia 160x160</li> <li>•• Rozdzielczość min. FHD</li> <li>•• Kontrast min. 3000:1</li> <li>•• Żywotność diody min. 50 000 godzin</li> <li>•• Temperatura barw (bazowa) 6500K</li> <li>•</li> <li>• Wbudowany kontroler z natywną obsługą rozdzielczości min. FHD (bez wykorzystania dodatkowych urządzeń)</li> <li>•• Złącza: HDMI DVI, Ethernet</li> <li>•• <b>Głośniki</b></li> <li>•• Zasilanie AC 100-240 V</li> <li>•• Kompatybilność elektromagnetyczna EMC Class A</li> <li>•• Możliwość serwisowania od frontu</li> <li>•• Gwarancja: 3 lata</li> </ul>
<b>Odtwarzacz</b>	Zgodnie z wymaganiami określonymi w punkcie 1 (Informacje ogólne)

Izba ustaliła, że pismem z dnia 21.03.2023 r odpowiadając na pytanie Zamawiający dopuści głośniki zewnętrzne jako równoważne.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu. Izba ustaliła, że w treści oferty wykonawca nie wskazał, że oferuje jakiegokolwiek rozwiązania równoważne. Izba ustaliła, że w ofercie Odwołujący zaoferował:

3.2.7 Urządzenie typu wewnętrzny mobilny monitor LCDLED	<p><b>Konstrukcja: Ściana oraz mobilny stojak dedykowane LG</b>  <b>Wyświetlacz: LG model LAEB015</b>  -Przekątna 136"  -Płxel pitch 1.56  -Ilość kabinetów 2  -Typ diody: RGB SMD  -Jasność: 800 nit  -Kąty widzenia 160x160  -Rozdzielczość FHD  -Kontrast 3000:1  -Żywotność diody min. 50 000 godzin  Temperatura barw (bazowa) 6500K - Wbudowany kontroler z natywną obsługą rozdzielczości FHD (bez wykorzystania dodatkowych urządzeń)  -Złącza: HDMI, Ethernet, brak DVI zgodnie z odpowiedziami z dnia 21.03.2023 r.  -Zasilanie AC 100-240 V  -Brak Kompatybilności elektromagnetycznej EMC Class A zastąpionej RoHS, REACH zgodnie z odpowiedziami z dnia 28.03.2023 r. - Możliwość serwisowania od frontu  -Gwarancja: 3 lata  <b>Odtwarzacz: Trias Player 1</b> o parametrach:  -wyposażony w oprogramowanie umożliwiające współpracę z oprogramowaniem zarządzającym systemem  moc obliczeniowa adekwatna do wymagań zaoferowanego oprogramowania zarządzającego systemem digital signage, pozwalająca na bezproblemowe (tj. płynne) odtwarzanie wideo w rozdzielczości FHD 1080p z przepływnością (bitrate) 15 Mbps (dla odtwarzaczy współpracujących z wyświetlaczami FHD) lub 4K o przepływności 40 Mbps (dla odtwarzaczy współpracujących z wyświetlaczami 4K).  -Odtwarzacz posiada 2 GB pamięci operacyjnej RAM (klasy DDR4) oraz 4 GB (dostępne efektywnie, czyli nie zajęte przez system operacyjny i oprogramowanie) pamięci masowej typu solid state.  -Odtwarzacz zapewnia łączność poprzez sieć przewodową (RJ-45) oraz WiFi. W sytuacjach wyraźnie wskazanych w załączniku do dokumentacji przetargowej także przez modem mobilny 4G.</p>
---	--

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 5 maja 2023 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień : „Zgodnie z

informacją na stronie producenta zaofertowane urządzenie LG model LAEB015 nie posiada głośników, które były wymagane w OPZ (wbudowane lub zewnętrzne zgodnie z udzielonymi odpowiedziami w przetargu z dnia 21.03.2023 r.). Proszę o złożenie wyjaśnień”.

Izba ustaliła, że Odwołujący w piśmie z dnia 8 maja 2023 r. wyjaśnił, iż „zgodnie z wymogami OPZ, zaofertował urządzenie LG model LAEB015 wraz z głośnikami zewnętrznymi, które zostały dopuszczone zgodnie z udzielonymi odpowiedziami w przetargu z dnia 21 marca 2023 r. W ofercie głośniki zostały uwzględnione jako element dedykowanej konstrukcji, podobnie jak okablowanie. Wszystkie elementy konstrukcji nie podlegały szczegółowemu rozbiciu m. in. z tego względu, że formularz ofertowy nie przewidywał odrębnej pozycji dla każdego zakresu. Wykonawca nie dokonywał zatem żadnych zmian w formularzu ofertowym ale potwierdza, że wycenił kompletny zakres stanowiska. W podobny sposób Wykonawca postąpił z przewodami sygnałowymi w dedykowanych totemach, które również nie zostały ujęte w odrębnej pozycji, a zostały wycenione i uwzględnione w zakresie zaofertowanego przedmiotu umowy. Wykonawca potwierdza zatem, że zaofertował kompletny przedmiot umowy zapewniając pełną funkcjonalność zaofertowanych produktów zgodnie z SWZ i OPZ, uwzględniając i wyceniając pełen zakres przedmiotu umowy. Na marginesie jedynie Wykonawca wskazuje, że producent wycofał z produkcji i obrotu model zaofertowany model LAEB015, wprowadzając jednocześnie następcę o oznaczeniu LAEC015, który zarówno spełnia wymogi OPZ, jak i posiada wbudowane głośniki. W załączeniu do powyższego pisma dostarczamy oświadczenie producenta jak również kartę katalogową następcy zaofertowanego modelu”.

Izba ustaliła, że Zamawiając pismem z 1.06.2023 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp ponieważ „wskazany wykonawca w formularzu ofertowym w pozycji 3.2.7 zaofertował urządzenie LG model LAEB015, które nie posiada wbudowanych głośników zgodnie z karta katalogową. Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca oświadczył że zaofertuje do urządzenia głośniki oraz że producent wycofał z produkcji i obrotu zaofertowany model LAEB015, wprowadzając jednocześnie następcę o oznaczeniu LAEC015, który zarówno spełnia wymogi OPZ, jak i posiada wbudowane głośniki. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia w których Wykonawca oferuje produkt na etapie wezwania nie są do przyjęcia i prowadzą do zmiany oferty”.

#### ***Izba zważyła co następuje:***

W ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego są niezasadne, co skutkowało oddaleniem odwołania wykonawcy.

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaofertowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp musi być możliwe do określenia na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SWZ.

Zdaniem Izby ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że oferta złożona przez Odwołującego jest niezgodna z wymaganiami określonymi w SWZw zakresie zaofertowania modelu monitora LG MAEBO15, który nie posiada głośników.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że bezsporne w sprawie uznać należy to, że Zamawiający wymagał urządzenia, które będzie wyposażone w głośnik. Zamawiający wskazał, że wymaga wbudowanego głośnika wewnętrznego. W odpowiedzi na pytanie wykonawcy z dnia 21 marca 2023 r. Zamawiający dopuścił głośniki zewnętrzne jako równoważne.

Po drugie, zdaniem Izby, model urządzenia zaofertowany przez Odwołującego tj. monitor LG MAEBO15 nie jest wyposażony ani w głośnik zewnętrzny, ani w głośnik wbudowany wewnętrzny. Okoliczność tą potwierdził Zamawiający poprzez złożenie do akt sprawy karty katalogowej zaofertowanego przez Odwołującego urządzenia, z której wynika, że nie jest ono wyposażone ani w głośnik zewnętrzny, ani w głośnik wewnętrzny. Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych. Zatem urządzenie zaofertowane przez Odwołującego nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SWZ.

Po trzecie, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że zaoferował produkt zgody z wymaganiami Zamawiającego bowiem zaoferował głośniki w dedykowanej konstrukcji. Odwołujący takiej informacji nie zawarł w ofercie. Nie wskazał, że oferuje dedykowane rozwiązanie w zakresie montażu głośników. Odwołujący na etapie wyjaśnienia treści oferty doprecyzował swoje świadczenie na rzecz Zamawiającego, co jest działaniem niedopuszczalnym i zakazanym w świetle art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Po czwarte, Zamawiający dopuścił konkretne rozwiązanie równoważne tj. głośnik zewnętrzny. Odwołujący nie wskazał w treści oferty, że oferuje rozwiązanie równoważne, a wyłącznie poprzez wyjaśnienie treści oferty złożone w dniu 8 maja 2023 r. próbuje sanować swoją ofertę proponując Zamawiającemu rozwiązanie dedykowanej tj. głośniki jako element dedykowanej konstrukcji, Izba wskazuje, że takie rozwiązanie nie było dopuszczone przez Zamawiającego.

Po piąte, Odwołujący w piśmie z dnia 8 maja 2023 r. wyjaśnił, iż treść jego oferty jest już nieaktualna, gdyż zaoferowany model urządzenia nie jest produkowany. Na dowód powyższego Odwołujący załączył oświadczenie Producenta LG Electronics Polska Sp. z o.o. z dnia 8 maja 2023 r. Jednocześnie Odwołujący załączył kartę katalogową następcy zaoferowanego modelu LAECO15. Powyższe oświadczenia Odwołującego stanowią nieuprawnioną zmianę treści oferty wykonawcy, niedopuszczalną na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Obowiązkiem Odwołującego, jako profesjonalisty, było zbadanie rynku i upewnienia się, że produkt, który pierwotnie wskazał w ofercie jest dostępny i będzie mógł być dostarczony Zamawiającemu. Z okoliczności sprawy wynika, że Odwołujący uchybił temu obowiązkowi i nie dochował należytej staranności. Informacja jaką przedstawił Odwołujący od firmy LG nie ma znaczenia dla sprawy. Z jej treści nie wynika, kiedy firma LG wycofała produkt wskazany przez Odwołującego w treści oferty. Oświadczenie producenta nie zwalnia również Odwołującego od obowiązku dochowania najwyższego profesjonalizmu w dobrze produktach wskazanych w ofercie, w tym upewnieniu się, że produkt będzie dostępny na moment realizacji zamówienia, chociażby poprzez uzyskanie takich informacji od producenta czy oficjalnego dystrybutora. Złożona karta katalogowa nowego modelu stanowi pośredni dowód na to, że model pierwotnie wskazany w ofercie nie był wyposażony w żadne głośniki. Gdyby był, to taka informacja zostałaby zamieszczona w karcie katalogowej pierwotnie zaoferowanego przez Odwołującego monitora skoro producent zamieścił taką informacji w karcie katalogowej nowego modelu.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 223 ustawy Pzp, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zgodnie z art. 218 ustawy Pzp Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie. Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Odwołujący w sposób nieuprawniony próbuje zmienić treść swojego pierwotnego oświadczenia i sanować swoje błędy poprzez oświadczenie o oferowaniu dedykowanych rozwiązań, niewskazanych pierwotnie w ofercie albo poprzez zaoferowania nowego urządzenia. Takie postępowanie wykonawcy jest nieprawidłowe.

Zdaniem Izby zarzut dotyczący wprowadzenia przez Zamawiającego w błąd poprzez zaniechanie zmiany formularza ofertowego jest niezasadny. Zamawiający określił wymagane parametry w załączniku nr 7 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia, a nie w formularzu ofertowym. Wszelkie odpowiedzi na pytania zmieniające wymagania określone w OPZ wiążą wszystkich wykonawców niezależnie od tego, czy Zamawiający dodatkowo zmodyfikował treść SWZ. Udzielona przez Zamawiającego odpowiedź o dopuszczeniu oprócz głośników wbudowanych w monitor również głośników zewnętrznych nie miała wpływu na treść formularza ofertowego. Z okoliczności faktycznych sprawy wynika, że Odwołujący zaoferował model monitora niezgodny z OPZ.

Oświadczenie Odwołującego o zgodności oferowanego monitora z wymaganiami OPZ poprzez zaoferowanie głośników wbudowanych w konstrukcji mocującej monitor nie potwierdza spełnienia wymagań Zamawiającego. Zdaniem Izby przyjęte przez Odwołującego rozwiązanie nie sposób zakwalifikować jako głośniki wewnętrzny czy zewnętrzne. Zaoferowane głośniki są elementem konstrukcji ściennej, Zamawiający wprost wymagał aby były elementem monitora. Ponadto, jak Izba wskazała powyżej, z treści OPZ wprost wynikał obowiązek zaoferowania głośników, których Odwołujący nie sprecyzował w treści oferty.

Izba wskazuje, że dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie i załączone do pisma procesowego nie mają znaczenia dla sprawy. Ocenie w ramach podniesionych zarzutów podlega treść oferty wykonawcy i złożone wyjaśnienia. Na ich podstawie Zamawiający prawidłowo ustalił, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z SWZ.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 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).

**Przewodniczący.....**