

**WYROK**  
**z dnia 5 listopada 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:   Monika Kawa-Ogorzałek**

**Protokolant:       Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2020 r. przez wykonawcę **SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: MBA System sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz MBA System sp. z o.o., sp. k. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego 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 odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa – Komenda Główna Straży Granicznej – prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm. dalej: „Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup wzmocnionych terminali do mobilnej odprawy granicznej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 096- 228893.

W dniu 12 października 2020 r. wykonawca Suntar sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mimo, iż oferta ta odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);
2. art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz w zakresie treści złożonych dokumentów;
3. art. 91 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: MBA System sp. z o.o. oraz MBA System sp. z o. o. sp. k z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący” lub „Konsorcjum”) mimo, iż najkorzystniejszą była oferta Odwołującego;
4. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i poddanie oferty Odwołującego badaniu i ocenie w ramach ponownej oceny ofert, ewentualnie z ostrożności procesowej wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
- unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty oraz treści złożonych dokumentów a następnie poddanie oferty Odwołującego badaniu i ocenie w ramach ponownej oceny ofert
- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego i nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

## Sygn. akt KIO 2621/20

Uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający w SIWZ zamieścił wymóg, (pkt 3 ppkt 1 załącznika nr 2 do SIWZ - formularz ofertowy), zgodnie z którym Wykonawcy mieli obowiązek wpisać do formularza oferty producenta oraz model oferowanego urządzenia (tabletu). Odwołujący w formularzu oferty wskazał, że oferuje terminal producenta Zebra Xplore model L10.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2020 r. Zamawiający zamieścił na platformie cyfrowej informację o odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ oraz informację o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Na powyższe czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie złożył również Przystępujący zarzucając Zamawiającemu zaniechanie wskazania wszystkich podstaw odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w tym w szczególności zaniechanie odrzucenia oferty tegoż Wykonawcy z uwagi na fakt, iż nosi ona znamiona oferty wariantowej. W ocenie Konsorcjum wskazanie przez SUNTAR w ofercie, iż oferuje dostarczenie „tablet-Zebra Xplore L10” oznacza, że oferuje serię wzmocnionych tabletów w skład której wchodzi trzy alternatywne modele urządzeń, tj. XSlate, XPad oraz XBook. W odpowiedzi na oba odwołania Zamawiający wskazał, że ich nie uwzględni i wnosi o ich oddalenie w całości. Następnie Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 15 września 2020 r. uwzględniła odwołanie SUNTAR nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oraz odrzucenia SUNTAR i nakazała ponowne badanie i ocenę ofert (KIO 1993/20). W tym samym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione przez Przystępującego (KIO 1997/20).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający po dokonaniu ponownej czynności badania i oceny ofert, pismem z dnia 2 października 2020r., ponownie odrzucił jego ofertę jako podstawę wskazując przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz ponownie dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że Odwołujący w miejscu przeznaczonym na podanie modelu urządzenia wpisał oznaczenie - „L10”, gdy tymczasem ze wszystkich oficjalnie publikowanych przez producenta firmę „Zebra” materiałów jednoznacznie wynika, iż oznaczenie „L10” nie określa modelu urządzenia, ale „platformę wzmocnionych tabletów L10”. Producent, tj.: „Zebra”, używa również zamiennie do oznaczenia L10 określenia „seria”, co jednoznacznie wskazuje, iż oznaczenie L10 nie jest modelem jednego urządzenia, a oznaczeniem/nazwą dla kilku/wielu urządzeń, z których każde może mieć inne parametry. Z materiałów producenta wynika jednoznacznie, iż w skład platformy urządzeń L10 wchodzi 3 urządzenia: XSLATE L10, XPAD L10 oraz XBOOK L10. W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, że nie może ustalić jaki model urządzenia został zaofertowany w formularzu ofertowym, ponieważ nie istnieje urządzenie określone nazwą: Zebra Xplore L10. L10 jest to platforma/seria trzech urządzeń, z których każde może mieć inne parametry.

Dopiero precyzyjne wskazanie modelu, nie zaś całej platformy/serii urządzeń przez Odwołującego dałoby możliwość dokonania oceny zgodności oferowanego urządzenia z wymaganiami określonymi w SIWZ, oraz uczyniłoby zadość wymaganiom określonym w SIWZ w zakresie podania nazwy modelu oferowanego urządzenia (w tym przypadku tabletu).

Odwołujący odnosząc się do powyższego stanowiska Zamawiającego stwierdził, że czynność odrzucenia jego oferty narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a ponadto wskazał, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może mieć miejsce wówczas, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. Natomiast w niniejszym postępowaniu nie ma podstaw do uznania, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ bowiem zawiera ona wszystkie elementy wskazane i wymagane przez Zamawiającego w treści SIWZ a informacje te są prawdziwe i zgodne z informacjami uzyskanymi od Producenta a tym samym spełniają wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego i potwierdzone przez Odwołującego w ofercie. Odwołujący wyjaśnił, że wpisał do oferty producenta oferowanego tabletu - „Zebra Xplore” oraz model oferowanego urządzenia „L10”, zgodnie z informacją otrzymaną od producenta, potwierdzoną oświadczeniem, w którego posiadaniu znajduje się Zamawiający, a więc zaoferowany przez niego produkt został oznaczony zgodnie z zasadami oraz nomenklaturą stosowaną przez producenta Zebra Technologies na rynku oraz zgodnie z wymaganiami SIWZ. Według Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu kluczowe jest również to, że podczas poprzedniego badania ofert Zamawiający sam zapewniał, że Odwołujący prawidłowo określił zarówno producenta jak i model urządzenia, nie miał wątpliwości co do jego identyfikacji, nie miał problemu ze zbadaniem zgodności parametrów oferowanego urządzenia z SIWZ. Co więcej zarzuty, na jakie aktualnie powołuje się Zamawiający o identycznej niemalże treści zawarte były w odwołaniu Konsorcjum i wówczas Zamawiający nie tylko nie uwzględnił tych zarzutów ale składając odpowiedź na odwołanie a następnie wyrażając swoje stanowisko na rozprawie wprost wskazywał, że: „W swojej ofercie firma Suntar Sp. z o.o. zaoferowała tablet Zebra Xplore L10. (zgodnie z wymaganiem Zamawiającego w formularzu ofertowym Wykonawca miał podać producenta oraz model oferowanego urządzenia)”. Odwołujący wskazał, że Zamawiający już na etapie poprzedniego postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt KIO 1997/20) miał pełną wiedzę co do tego, że urządzenie produkowane przez producenta ZEBRA o modelu L10 posiada trzy wersje XSLATE, XPAD, XBOOK. Wpisania nazw wersji oferowanego urządzenia Zamawiający jednak nie wymagał w formularzu ofertowym. Co więcej sam Zamawiający na etapie poprzedniego postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą oświadczył, że dokonał badania wszystkich trzech wersji i urządzenie XSLATE spełnia

wymagania SIWZ. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, aktualnie Zamawiający nie może twierdzić, że brak wpisania wersji urządzenia czy też innych dodatkowych danych, jakich nie wymagał ani w dokumentacji przetargowej ani przy poprzednim badaniu ofert aktualnie może skutkować odrzuceniem oferty za jej rzekomą niezgodność z SIWZ.

Odnosząc się do kwestii związanych z wyjaśnieniami zawartymi w piśmie Odwołującego z dnia 13 lipca 2020 i użytym w nim oznaczeniu iX101L1 to Odwołujący wyjaśnił, że nazwy kodowe w tym powoływana w raportach nazwa Lynx iXL101L2 czy nazwa kodowa Lynx iXL101L1 oznaczają cały czas tablet producenta Zebra model L10 ale wskazują dodatkowo w konfiguracji z jakim procesorem dany tablet występuje.

Zdaniem Odwołującego, w sytuacji gdy Zamawiający miał wątpliwości lub dysponował informacjami w zakresie zgodności treści oferty Odwołującego z wymaganiami, jakie postawił Wykonawcom w zapisach specyfikacji, mógł skorzystać z możliwości, jaką daje art. 87 ust 1 Pzp i zażądać od Odwołującego wyjaśnień w zakresie, w jakim te wątpliwości się pojawiły. Mógł również posłużyć się instrumentem zawartym w art. 26 ust. 4 Pzp. Konstrukcja przepisu wskazuje, że wezwanie do wyjaśnienia dokumentów w sytuacji, gdy zajdą ku temu przesłanki, jest obowiązkiem, nie zaś uprawnieniem zamawiającego. Zamawiający niezasadnie jednak zaniechał takiego wezwania mimo, iż ewidentnie jego wątpliwości dotyczyły treści i informacji, jakie zawarte były w dokumentach złożonych na wezwanie Zamawiającego.

W konsekwencji powyższych działań i zaniechań Zamawiający dopuścił się również rażącego naruszenia art. 91 Pzp, który wskazuje, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. W analizowanym wypadku zestawienie oferty Odwołującego z wybraną jako najkorzystniejszą ofertą Przystępującego wyraźnie wskazuje, że oferta Odwołującego jest korzystniejsza. Gdyby zatem nie została ponownie bezzasadnie odrzucona, Zamawiający dokonałby jej wyboru jako najkorzystniejszej. Tym samym nie czyniąc tego naruszył art. 91 Pzp. Dopuszczając się naruszeń wskazanych w wyżej wymienionych przepisach Pzp Zamawiający prowadził postępowanie w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia a tym samym naruszył rażąco również art. 7 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się na koniec do argumentu jakoby różne oznaczenia kodowe urządzenia dawały możliwość zaoferowania sześciu konfiguracji sprzętu, który nie da się zweryfikować przez Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że jest to oczywista nieprawda bowiem Zamawiający już na etapie poprzedniego badania oferty, mając identyczne dane oświadczył, że był w stanie dokładnie sprawdzić czy sprzęt spełnia czy nie spełnia jego wymagań. Odwołujący potwierdził również fakt wskazany w piśmie odrzucającym jego ofertę, że różne oznaczenia kodowe pozwalają na możliwość zaoferowania różnych konfiguracji, w tym takiej

która spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego. Oznacza to zatem, że Odwołujący zaoferował - wskazując w ofercie jego producenta i model oraz dostarczy sprzęt zgodny w pełni z wymaganiami SIWZ, tak jak to oświadczył w ofercie. Okoliczność, że podany w ofercie model posiada również wersje, których szczegółowego określenia nie domagał się Zamawiający, nie daje aktualnie w żaden sposób Zamawiającemu prawa do odrzucenia oferty, bowiem po pierwsze nie można odrzucić oferty merytorycznie zgodnej z SIWZ (a taka jest oferta Odwołującego) a po drugie nie można odrzucić oferty za brak danych, których Zamawiający w ofercie nie wymagał.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 listopada 2020r. wniósł o jego oddalenie w całości.

Na wstępie odnosząc się do powoływanego przez Odwołującego rozstrzygnięcia w sprawie KIO 1997/20, Zamawiający wyjaśnił, że odwołanie Przystępującego zostało oddalone z powodu uznania przez Izbę braku interesu prawnego Odwołującego z uwagi na fakt, iż to oferta złożona przez Konsorcjum była uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Izba w uzasadnieniu swojej decyzji podkreśliła, iż argumenty przytoczone przez Przystępującego nie podlegały badaniu ani ocenie Izby.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, że po ponownym, szczegółowym przeanalizowaniu całej dostępnej dokumentacji, członkowie komisji doszli do wniosku, że niewłaściwym było przy pierwszym badaniu treści ofert, dokonywanie oceny ofert modelu urządzenia, który spośród wszystkich dostępnych urządzeń z platformy L10, spełniał tak podstawowe warunki zawarte w OPZ jak wielkość czy rodzaj obudowy. Komisja nie miała legitymacji do tego, aby spośród wskazanej przez Odwołującego platformy urządzeń Zebra Xplore L10 wybierać do oceny to urządzenie, które spełnia ww. wymagania OPZ. Komisja podjęła decyzję o reasumpcji swojej decyzji ponieważ, sposób przeprowadzenia oceny ofert przez Zamawiającego mógł zostać potraktowany jako nierówne traktowanie wszystkich Wykonawców którzy złożyli ofertę w tym postępowaniu. Pozostali dwaj Wykonawcy wskazali wprost urządzenie jakie oferują Zamawiającemu (wskazując konkretny model zgodnie z wymaganiami SIWZ) i Zamawiający bez żadnych wątpliwości jest w stanie stwierdzić jakie parametry posiada oferowane urządzenie i czy są one zgodne z zawartą w OPZ specyfikacją.

Zamawiający przyznał się do błędu przy pierwszej ocenie ofert i stwierdził, iż oferta Odwołującego w ogóle nie powinna podlegać ocenie ponieważ komisja przetargowa nie posiadała wiedzy na temat, jakiego urządzenia parametry ma porównywać z parametrami wymaganymi w OPZ. Wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu wymagał wpisania w formularzu ofertowym modelu oferowanego urządzenia. Oczywistym jest, że model urządzenia ma identyfikować i określać konkretne (jedno) urządzenie. Zastosowany przez

Odwołującego zapis w formularzu ofertowym nie pozwala Zamawiającemu na określenie zgodności zaoferowanego urządzenia z wymaganiami SIWZ, co zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp powoduje, że treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ. Zgodnie z przepisami Pzp Zamawiający musi posiadać możliwość weryfikacji zgodności zobowiązania Wykonawcy z SIWZ na podstawie wszystkich żądanych informacji, a nie tylko na podstawie ogólnych deklaracji zgodności oferty z SIWZ wynikających z samego faktu złożenia oferty, czy też poprzez domyślanie się przedmiotu oferty na podstawie zakresów parametrów gwarantowanych. Odwołujący jako proponowane urządzenie wskazał urządzenie producenta Zebra, a jako model wpisał oznaczenie „L10”. Jak wynika ze wszystkich oficjalnie publikowanych przez producenta Zebra materiałów katalogowych oraz oficjalnych stronach internetowych, oznaczenie „L10”, nie określa modelu urządzenia, a (zgodnie z nomenklaturą stosowaną przez producenta Zebra „platformę wzmocnionych tabletów L10”, w skład której wchodzi trzy urządzenia o różnych parametrach. Producent, w swoich publikacjach, do oznaczenia „L10” stosuje zamiennie słowa „platforma” oraz „seria” co jednoznacznie wskazuje, iż oznaczenie L10 nie jest modelem jednego urządzenia, a oznaczeniem/nazwą dla kilku/wielu urządzeń, z których każde może mieć inne parametry. Z wszelkich opublikowanych przez producenta materiałów wynika jednoznacznie, iż w skład platformy urządzeń L10 wchodzi 3 modele urządzeń: XSLATE L10, XPAD L10 oraz XBOOK L10. Modele urządzeń XSLATE L10, XPAD L10 oraz XBOOK L10 z platformy Zebra Xplore L10 różnią się od siebie budową, w związku z powyższym nie sposób zweryfikować tak kluczowych parametrów jak wymiary urządzenia, wagę, możliwość montażu uchwytu na rękę, możliwość montażu czytnika kart mikroprocesorowych oraz dostępność portów urządzenia po zintegrowaniu urządzenia z oferowanym czytnikiem odcisków palców Vicomp VFR-10. Wskazanie przez Odwołującego modelu i nazwy oferowanego procesora było dla Zamawiającego kwestią podstawową i najistotniejszą, bowiem bez podania tych elementów oferta była dla Zamawiającego praktycznie bezwartościowa i uniemożliwiała przejście do kolejnego etapu postępowania, tj. ewentualnego wyjaśnienia dotyczącego treści oferty. Mając powyższe na uwadze nie można zgodzić się z tezą Odwołującego, że możliwe było poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez wprowadzenie do oferty modelu i nazwy procesora, gdyż wiązałoby się to z niezwykle istotną zmianą oferty. Oznaczenie i wskazanie oferowanych urządzeń stanowi niewątpliwie treść oferty wykonawcy (taki też był określony w SIWZ charakter dokumentu opisu przedmiotu zamówienia wymaganego wraz z ofertą), i to jej istotny element - essentialia negotii - definiujący przedmiot składanej oferty i późniejszej dostawy. W tym zakresie, art. 87 ust. 1 Pzp uniemożliwia dokonywanie zmian w stosunku do złożonej oferty. Ewentualne uwzględnienie wyjaśnień odwołującego byłoby bezprzedmiotowe, bowiem doprecyzowanie w nich przez Suntar Sp. z o.o. przedmiotu oferty (marki/modelu/ symbolu oferowanego procesora) prowadziłyby do nieuniknionej zmiany

treści złożonej już oferty w jej istotnym aspekcie. Z tych samych względów, brak podstaw do zastosowania w przedmiotowej sytuacji instytucji poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający za bezzasadny uznał również zarzut Odwołującego, dotyczący naruszenia art. 7 ust 1 oraz art. 91 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum. Wyjaśnił, że w niniejszym postępowaniu działał z najwyższą starannością i dochował wszystkich procedur przy badaniu i ocenie ofert zgodnie z ustawą Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: MBA System sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz MBA System sp. z o.o., sp. k. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, w tym przede wszystkim z treści punktu 3 ppkt 1 załącznika nr 2 do SIWZ, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz dokumentów przedstawionych przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów

Na wstępie wyjaśnić należy, że Zamawiający obowiązany jest dokonać oceny złożonych ofert z uwzględnieniem dokumentacji postępowania, w tym wymogów wynikających z SIWZ, która to dokumentacja jest wiążąca zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiającemu przysługuje również prawo

unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również w toku ponownego badania i oceny oferty konwalidowania błędnie dokonanych na wcześniejszym etapie postępowania czynności. Tym samym wskazać należy, że skoro Zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał przy uprzedniej ocenie ofert, że Odwołujący podał nazwę modelu oferowanego tabletu, to prawidłowe było działanie Zamawiającego zmierzające do usunięcia powyższej nieprawidłowości przy ponownym badaniu ofert.

Przechodząc kolejno do rozpatrzenia zarzutów odwołania, wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Podkreślić należy, że Zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty jedynie na podstawie treści tej oferty. Izba natomiast, rozstrzygając o zarzutach dotyczących niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie tyle dokonuje badania oferty wykonawcy (jest to zadanie Zamawiającego), co ocenia zasadność czynności odrzucenia oferty, tj. rozstrzyga, czy Zamawiający na podstawie informacji i dokumentów, jakimi dysponował, miał podstawy stwierdzić, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. Ponadto wskazać należy, że niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia Zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie Zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ.

Izba stwierdziła, że z przedłożonych przez Przystępującego dowodów, tj. karty katalogowej urządzeń oznaczonych nazwą „L10” wynika, że nazwa ta nie określa modelu urządzenia lecz zgodnie z nomenklaturą stosowaną przez producenta urządzenia oznacza „platformę wzmocnionych tabletów L10” w skład której wchodzi 3 modele urządzeń, tj. XPAD L10, XSLATE L10 oraz XBOOK L10, z których dodatkowo każde jest dostępne z dwoma różnymi procesorami. Powyższą okoliczność potwierdzają również informacje pochodzące ze strony internetowej producenta urządzeń, z których wynika, że oznaczenie L10 oznacza „rodzinę” wzmocnionych tabletów, na która składają się trzy modele.

Tym samym Izba stwierdziła, że Odwołujący wbrew precyzyjnemu wymaganiu wynikającemu z SIWZ odnośnie konieczności podania w Formularzu oferty nazwy

producenta i modelu oferowanego urządzenia, nie wskazał jaki konkretnie model wzmocnionych tabletek z serii L10 oferuje Zamawiającemu. Powyższe uniemożliwiło natomiast Zamawiającemu ocenę, czy zaoferowane przez Odwołującego urządzenie jest zgodne z SIWZ, co stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp powoduje, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ.

Na marginesie wskazać należy, że do oferty nie zostały także dołączone w trybie art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp dokumenty przedmiotowe na potwierdzenie, że oferowane tablety spełniają wymagania zawarte w SIWZ, o które można by stwierdzić, że tablety z rodziny L10, który Odwołujący zaoferował i zamierzał dostarczyć Zamawiającemu, postawione wymagania będzie realizował. Zamawiający wprawdzie nie wymagał przedstawienia w dokumentach oferty odrębnych specyfikacji technicznych producenta oferowanego produktu, ale wymagał wskazania szczegółowego modelu urządzenia oraz podania producenta. W ocenie Izby Odwołujący przedstawił natomiast niepełną nazwę modelu urządzenia poprzez wskazanie jedynie rodziny tych urządzeń, tj. L10, co uniemożliwiło Zamawiającemu jego identyfikację. Powyższe spowodowało, że niemożliwe było dokonanie jakiegokolwiek badania i oceny zgodności oferty z postawionymi wymaganiami. Tym samym, zdaniem Izby, Odwołujący otworzył sobie drogę do negocjowania warunków realizacji zamówienia w dalszej części procedury oceny i badania ofert, tj. umożliwił wskazanie, jako oferowanego produktu wybranego przez siebie modelu z rodziny tabletek L10.

Skład orzekający stwierdził ponadto, że zastosowanie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp, prowadziłyby do zmiany treści oferty po upływie terminu jej złożenia, czego wymieniony przepis nie dopuszcza. Izba stoi na stanowisku, że oferowany przedmiot zamówienia winien w całości wynikać z treści oferty. Treść oferty musi być jednoznacznie i w całości sprecyzowana, w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z treścią SIWZ. Niepodlegającą uzupełnieniom treść oferty stanowił natomiast formularz ofertowy.

W związku z uznaniem przez Izbę, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bezzasadne okazały się zarzuty dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. Nr 41, poz. 972).

**Przewodniczący: .....**