

**WYROK**

**z dnia 30 czerwca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozP. na rozprawie **29 czerwca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **16 czerwca 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **K.B. sp. z o.o. z siedzibą w P.**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup sprzętu do elektronicznego obiegu dokumentów w SG* (nr postępowania 7/BF/Błil/17)

prowadzonym przez zamawiającego: **Komenda Główna Straży Granicznej w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **T. sp. z o.o. z siedzibą w L.** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – K.B. sp. z o.o. z siedzibą w P. i:**

**2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – K.B. sp. z o.o. z siedzibą w P.**, tytułem wpisu od odwołania;

**2.2.** zasądza od **odwołującego – K.B. sp. z o.o. z siedzibą w P.** na rzecz **zamawiającego – Komendy Głównej Straży Granicznej w Warszawie** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 – Komenda Główna Straży Granicznej w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Zakup sprzętu do elektronicznego obiegu dokumentów w SG* (nr postępowania 7/BF/Błil/17).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2017/S\_057 pod nr 105479.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

9 czerwca 2017 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu – K.B. sp. z o.o. z siedzibą w P. {dalej również: „K.”} zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez T. sp. z o.o. z siedzibą w L. {dalej również: „T.”}, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego.

14 czerwca 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego.
2. Art. 87 ust. 1 pzp – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Wezwania Odwołującego do wyjaśnień (w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania).

Ponadto Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Według relacji Odwołującego Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazał, że: *Wykonawca w poz. 3 formularza ofertowego „czytnik kodów kreskowych do systemu EOD” zaoferował urządzenie Z., Symbol LS1203. Zgodnie z informacjami podawanymi przez producenta urządzenie nie przechodzi automatycznie w tryb pracy ciągłej po ustawieniu w podstawce. Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ wymgał:*

2.3 Czytnik kodów kreskowych do systemu EOD

Lp.	Minimalne parametry	
7	Podstawka	W zestawie podstawka wykrywająca położenie skanera i przełączająca na pracę ciągłą

W związku z powyższym stwierdzić należy, że zaoferowane urządzenie nie spełnia pkt 2.3 lp. 7. Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Ponadto Odwołujący zrelacjonował, że na 6 złożonych ofert Zamawiający odrzucił łącznie 4 oferty na podstawie tego samego zarzutu oraz jedną na podstawie innych zarzutów. T., którego oferta jako jedyna się ostała i została wybrana, zaoferował czytnik tego samego producenta Z. ale o symbolu LS2208.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił, że decyzja o odrzuceniu jego oferty jest nieprawidłowa z dwóch niezależnych od siebie powodów, tj.: po pierwsze – warunek z pkt 2.3 lp. 7. Opisu przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”} był niejasny i mylący dla oferentów; po drugie – z warunku z pkt 2.3 lp. 7. OPZ nie wynika, że czytników kodów ma przechodzić automatycznie w tryb pracy ciągłej po ustawieniu na podstawce.

Zdaniem Odwołującego wymaganie, aby czytnik kodów kreskowych został dostarczony w zestawie z podstawką wykrywającą położenie skanera i przełączającą na pracę ciągłą, oznacza, że funkcje wykrywania sknera i przełączania na pracę ciągłą miały być realizowane przez podstawkę. Tymczasem spośród znanych Odwołującemu rozwiązań technicznych nie istnieją czytniki kodów kreskowych do systemu EOD, w których takie funkcje są realizowane przez podstawkę, która nie jest urządzeniem aktywnym i nic sama z siebie nie wykrywa i nie przełącza. Skoro podstawka jest tylko elementem składowym, a nie urządzeniem „wykrywającym” oraz „przełączającym”, należało przyjąć, że ta funkcjonalność powinna być zainicjowana właśnie przez czytnik przy wykorzystaniu podstawki i jej elementów.

Według Odwołującego oba modele spełniają powyższe wymaganie, gdyż:

– w modelu o symbolu LS1203 obie funkcjonalności są realizowane dzięki zeskanowaniu podstawki, ściślej – kodu, który jest przyczepiony do niej – a po jego zeskanowaniu (zeskanowaniu podstawki) skaner wykrywany jest przez podstawkę jako gotowy do pracy ciągłej;

– w modelu o symbolu LS2208 funkcjonalności realizowane są dzięki umieszczonemu w podstawce magnesowi, który powoduje, że po włożeniu do podstawki czytnika, przełącza się on na pracę ciągłą i wykrywany jest przez podstawkę jako gotowy do pracy ciągłej.

Odwołujący dodał, że posiada szereg informacji ze strony producenta urządzeń LS1203 oraz LS208 (informacje katalogowe, instrukcje obsługi), które potwierdzają

prawidłowość jego rozumowania.

W opinii Odwołującego powyższe wymaganie powinno być szczegółowiej doprecyzowane na etapie publikacji postępowania. Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę na utrwalone stanowisko, że wszelkie wątpliwości i niejasności w opisie przedmiotu zamówienia tłumaczyć należy na korzyść wykonawcy, gdyż precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie, co wynika wprost z art. 29 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu, że w trakcie oceny ofert *de facto* zmienił warunek z pkt 2.3 lp. 7. OPZ, nadając mu nowe znaczenie, które nie wynika z literalnego brzmienia, gdyż przyjął, że czytnik kodów kreskowych ma przechodzić automatycznie w tryb pracy ciągłej po ustawieniu w podstawce.

Odwołujący stwierdził, że zrozumiały jest interes firmy Z., na której opinię powołał się Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, gdyż wygrywając postępowanie wraz z firmą T. sprzeda drukarki oraz czytniki swojej marki. Natomiast w przypadku pozostałych ofert Z. nie może sprzedać obu urządzeń – drukarek oraz czytników.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący podał, że nie otrzymał żadnych próśb o wyjaśnienie zaoferowanego rozwiązania.

Odwołujący zarzucił, że decyzja o odrzuceniu jego oferty została podjęta arbitralnie na podstawie oświadczeń firm będących stronami trzecimi.

16 czerwca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez T. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom tego postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został

uiszczony – podlegało rozP. przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania w całości lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, dalszym piśmie z 28 czerwca 2017 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę korzystniejszą według kryteriów oceny ofert niż oferta Przystępującego. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniem przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba uznaje za celowe przypomnienie na wstępie, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym w orzecznictwie wskazuje się, że stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania sprawy:

W szczególności podtrzymuje, że wymaganie zostało określone w sposób niezręczny, użyto skrótu myślowego, gdyż nie jest możliwe, aby podstawka wykrywała skaner i przełączała go w tryb pracy ciągłej, bo jest dokładnie odwrotnie, skaner może wykryć, że został położony na

podstawce w związku z tym przełączyć się w tryb pracy ciągłej

Izba stwierdziła, co następuje:

Po pierwsze – nie ma potrzeby powtarzania postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}, treści oferty K.a, treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu tej oferty, gdyż, adekwatnie zostały one odzwierciedlone w odwołaniu.

Po drugie – z postanowienia OPZ zawartego w pkt 2.3. lp. 7 tabeli wynika, że w zestawie z czytnikiem kodów kreskowych do systemu EOD należało zaoferować podstawkę, która spowoduje wykrycie odłożenia do niej skanera i jego przełączenie w tryb pracy ciągłej, czyli nastąpi automatyczne przejście skanera w tryb pracy ciągłej po odłożeniu go do podstawki.

Logiczna nieścisłość (podstawka wykrywająca oraz przełączająca skaner) oraz błędy gramatyczne (brak wskazania co ma być przełączone) i ortograficzne („pacę”) literalnego sformułowania powyższego wymagania opisu przedmiotu zamówienia nie spowodowała, że profesjonalny wykonawca, który oferuje tego typu urządzenia, a także dysponuje przeciętną kompetencją językową, nie mógł właściwie zidentyfikować wymaganego parametru. W szczególności na rozprawie Odwołujący sam przyznał, że wymaganie zostało określone w sposób niezręczny, użyto skrótu myślowego, gdyż nie jest możliwe, aby podstawka wykrywała skaner i przełączała go w tryb pracy ciągłej, bo jest dokładnie odwrotnie, skaner może wykryć, że został położony na podstawce w związku z tym przełączyć się w tryb pracy ciągłej. Tym samym również Odwołujący nie mógł zostać wprowadzony w błąd, gdyż wiedział, że w tym zestawie skaner jest urządzeniem aktywnym, a podstawka może co najwyżej zawierać element, który spowoduje aktywację trybu ciągłego skanowania.

Po trzecie – na podstawie odwołania i prezentacji przeprowadzonej na rozprawie Izba stwierdziła w odniesieniu do modelu skanera i podstawki zaoferowanych przez K.a, że aby skaner przeszedł w tryb pracy ciągłej konieczne jest uprzednie ręczne zeskanowanie kodu kreskowego z naklejki na podstawce, a samo odłożenie skanera do podstawki nie wywołuje tej funkcjonalności. Odmienne jest w przypadku skanera i podstawki zaoferowanych przez T., gdzie odłożenie skanera do podstawki powoduje, dzięki wbudowanemu w nią magnesowi, automatyczne przejście skanera w tryb pracy ciągłej.

Powyższy sposób działania zestawu zaoferowanego przez K.a wynika również z rysunku i opisu zamieszczonego w skróconej instrukcji obsługi złożonej na rozprawie przez Odwołującego.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez



zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z.. gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie 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 s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się to do wspomianej powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. 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, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby wydane: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO

2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13)} – 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. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obligeuje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została wyłączona bowiem ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia.

Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

W tej sprawie, jak powyżej Izba ustaliła, poza wszelkim sporem jest, że skaner i podstawka zaofertowane przez Odwołującego nie spełniają jednego z wymagań opisu przedmiotu zamówienia.

Cała argumentacja Odwołującego sprowadza się do zupełnie nieprzekonującej próby wykazania, że literalne sformułowanie parametru spowodowało, że był on niejasny, względnie mógł być interpretowany w sposób odpowiadający temu, co zaofertował K.. Tymczasem już z odwołania, co znalazło również potwierdzenie na rozprawie, wynika, że

Odwołujący był w stanie odczytać, co jest wymagane w ramach tego parametru, gdyż jako profesjonalista oferujący tego typu urządzenia doskonale wie, że ponieważ w tym zestawie skaner jest urządzeniem aktywnym, podstawka może co najwyżej zawierać element, który aktywuje tryb skanowania ciągłego. Tym samym nie powinien mieć żadnego problemu ze zrozumieniem, że wymagane było, aby położenie skanera w podstawce przełączało skaner na pracę ciągłą, co odpowiada potocznemu rozumieniu „automatyczności”. Pozostała argumentacja Odwołującego jest niespójna z powyższym rozumieniem i w istocie nie wiadomo, co miałyby być niejasne.

Jednocześnie w chwili podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty K.a Zamawiający dysponował wszystkimi informacjami, które był w stanie uzyskać we własnym zakresie. W tych okolicznościach wezwanie do wyjaśnień było bezcelowe i bezprzedmiotowe, zwłaszcza że w toku postępowania odwoławczego Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych nowych informacji, które miałyby znaczenie dla sprawy.

Wreszcie należy zauważyć, że w sprawie nie było miejsca na rozważanie zastosowania art. 89 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż ani kwestia ta nie była objęta zarzutami odwołania, ani Odwołujący nie twierdził, że sprzeczność treści jego oferty z treścią specyfikacji jest wynikiem omyłki. Natomiast w tej sprawie Odwołujący bezpodstawnie interpretował wymaganie opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający parametrom urządzeń, które zaoferował.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. a 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci kosztów zastępstwa prawnego, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:** .....