

WYROK

z dnia 8 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2018 r. przez wykonawcę Komputronik Biznes Sp. z o. o. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie przy udziale wykonawcy S. D. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą S. D. DS Comp w Krakowie i wykonawcy KONCEPT Sp. z o. o. w Warszawie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obciąża wykonawcę Komputronik Biznes Sp. z o. o. w Poznaniu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Komputronik Biznes Sp. z o. o. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Komputronik Biznes Sp. z o. o. w Poznaniu na rzecz zamawiającego Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych jako wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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:

do wyroku z dnia 8 października 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1865/18

Zamawiający - Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych,

z siedzibą przy al. Jana Pawła II 13 w Warszawie (00 - 828), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa skanerów wraz z ich instalacją w Jednostkach Samorządu Terytorialnego”, o numerze postępowania nadanym przez zamawiającego ZP/26/18, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 czerwca 2018 r. pod numerem 2018/S 113-256774, dalej zwane jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 5 września 2018 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. W dniu 17 września 2018 r. środek ochrony prawnej, wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, wniósł wykonawca Komputronik Biznes Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Wolczyńskiej 37 w Poznaniu (60 - 003), dalej zwany jako „odwołujący.” W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1. naruszenie 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców DS. Comp S. D. z siedzibą w Krakowie oraz Koncept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z Postępowania pomimo złożenia przez tychże wykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających nieprawdę i wprowadzających w błąd zamawiającego, co do faktycznych możliwości oraz funkcjonalności zaoferowanych urządzeń, tj. informacji mających wpływ na spełnienie warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 9 do SIWZ),
2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców DS. Comp S. D. z siedzibą w Krakowie oraz Koncept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z Postępowania pomimo złożenia przez tychże wykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających nieprawdę i wprowadzających w błąd zamawiającego, co do faktycznych możliwości oraz funkcjonalności zaoferowanych urządzeń, co miało wpływ na wynik postępowania poprzez uznanie, że ww. oferty są prawidłowe,
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania - tj. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez DS. Comp S. D. z siedzibą w Krakowie, mimo sprzeczności treści tej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ urządzenie Panasonic nie posiada parametrów i funkcjonalności określonych w SIWZ,
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania - tj. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Koncept Sp. z o. o. mimo sprzeczności treści tej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej wyniku nakazanie wykluczenia wykonawców S. D. DS Comp oraz Koncept Sp. z o. o. z postępowania. Zaś w sposób ewentualny wniesiono o nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej wyniku nakazanie odrzucenia ofert wykonawców S. D. DS Comp oraz Koncept Sp. z o.o., z uwagi na fakt, że treść ofert nie odpowiada wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący również wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu urządzeń elektronicznych, peryferyjnych oraz informatyki na okoliczność posiadania przez oferowane przez S. D. DS Comp oraz Koncept

Sp. z o. o. właściwości i funkcji zadeklarowanych w załączniku nr 9 do SIWZ oraz w ofercie i wyjaśnieniach, zgodnych z wymaganiami zamawiającego.

Odwołujący uzasadnił wniesienie środka ochrony prawnej w sposób następujący. W dniu 5 września 2018 r. zamawiający przesłał drogą elektroniczną zawiadomienie o wyborze oferty złożonej przez S. D. DS Comp z siedzibą w Krakowie, oferta ta uzyskała łącznie 90 pkt, według kryteriów ustalonych przez zamawiającego. W rankingu ofert na kolejnym miejscu sklasyfikowana została spółka Koncept Sp. z o. o. z Warszawy, uzyskując 79,22 pkt, zaś na trzecim miejscu oferta odwołującego z wynikiem 58,40 pkt. Wszystkie oferty zdaniem zamawiającego zostały złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu i są ważne, przy tym zgodne z SIWZ. Odwołujący nie zgadza się z tym stanowiskiem uznając, iż obie ww. oferty konkurencyjnych wykonawców nie są prawidłowe, a ich ocena, jako spełniających wymagania SIWZ, oparta jest na celowym wprowadzeniu zamawiającego w błąd, co do rzeczywistych parametrów urządzeń i ich funkcjonalności. W ocenie odwołującego rzeczywiste parametry urządzeń oraz ich wydajność nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że dokonał analizy złożonych ofert, przez pryzmat wymagań określonych w postępowaniu dla przedmiotu umowy (wymagania załącznika nr 9 do SIWZ oraz opisu przedmiotu zamówienia), wynik tej analizy jest jednoznaczny w tym znaczeniu, że potwierdza, iż urządzenia wybrane do realizacji, a określone precyzyjnie za pomocą nazwy producenta oraz typu i modelu przez wykonawców S. D. DS Comp oraz Koncept Sp. z o. o. nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego.

Następnie odwołujący podniósł, że zamawiający w trakcie postępowania, po informacji odwołującego o możliwych nieprawidłowościach w ofertach obu wykonawców, dokonał weryfikacji ofert oraz prawidłowości obliczenia ceny, jednak ocena ta została oparta o oświadczenia i dokumenty nieprawdziwe lub niepełne. Odwołujący natomiast zna ww. urządzenia i posiadając wiedzę techniczną jest przekonany, że urządzenia te nie mają wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności.

W zakresie oferty wykonawcy S. D. DS Comp z siedzibą w Krakowie, odwołujący wskazał jak niżej.

„Oferta została oparta o skaner Panasonic KV - S1037X. Wykonawca złożył do oferty załącznik nr 9, w którym wykazał spełnienie postawionych wymagań. Pomimo wymagań zamawiającego urządzenie to nie zawiera panelu kontrolnego, z polską wersją językową menu. Urządzenie nie posiada menu do wyboru, zaś panel kontrolny to tylko świecące diody. Kolejnym niespełnionym wymaganiem jest wydajność urządzenia, dla których zamawiający ustalił minimalną wartość na 6 tysięcy stron dziennie. Zgodnie z kartą katalogową urządzenia, która dostępna jest na stronie internetowej producenta, wydajność urządzenia to jedynie 3 tysiące stron dziennie. Karty katalogowe, w tym przypadku, nie określają minimalnej wartości skanowanych stron, lecz maksymalne - co nie tylko wynika z logiki, ale określają trwałość samego urządzenia. Urządzenie Panasonic, zaoferowane przez wykonawcę, nie posiada funkcji kontrolowanego układania składania stron w stos dokumentów na tacy wyjściowej, nie posiada ani docisku papieru ani bocznych prowadnic na tacy odbiorczej. Urządzenie nie posiada funkcji wyrównania treści, krawędzi oraz wymazywania krawędzi.”

Dalej odwołujący podniósł, że w toku postępowania wyjaśniającego zamawiający uzyskał od wykonawcy oświadczenie którego treść jest nieprawdziwa, jak również sprzeczna z wydaną przez producenta oficjalną kartą katalogową. Zdaniem odwołującego tego typu urządzenia, w konkretnym modelu, nie występują w innych konfiguracjach - dowód karta katalogowa urządzenia Panasonic KVS1037X, znajdująca się w dokumentacji zamawiającego, oświadczenie w imieniu Panasonic Marketing Europe GmbH, oświadczenie w imieniu Panasonic Japan, dowód opinia biegłego zgodna z wnioskiem z odwołania - nie mogą więc posiadać funkcji deklarowanych przez wykonawcę. Dodatkowo, jak wynika dla odwołującego z załącznika - zdjęcie urządzenia - karta katalogowa, urządzenie, które zaoferował wykonawca w ogóle nie posiada jako takiego menu z wyborem funkcji, ponieważ posiada diody i przyciski dla przełączania funkcji.

Co do oferty wykonawcy Koncept Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie, podniesiono co następuje. Spółka zaoferowała skaner marki AVISION AN230W, zdaniem odwołującego skaner ten nie posiada wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności w postaci wyrównywania krawędzi prowadzących stron, pomimo oświadczenia przedstawiciela producenta w tym zakresie. Powyższe, według odwołującego, jest potwierdzone kartami katalogowymi urządzenia, zaś prowadnice nie zastępują tej funkcjonalności. Dodatkowo, w ocenie odwołującego, zgodnie z jasno określonym wymaganiem zamawiającego skaner musi posiadać „panel sterowania z polską wersją językową menu”, zaś z dostępnych informacji zamieszczonych na oficjalnej stronie internetowej producenta urządzeń

jednoznacznie wynika, iż urządzenie nie posiada menu panelu sterowania w języku polskim. Wobec powyższego, w opinii odwołującego, urządzenie zaoferowane przez wykonawcę. Koncept nie spełnia wymagania zamawiającego określonego w pkt 19 tabeli, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ.

Ponadto według odwołującego wymagane funkcje zostały określone przez zamawiającego jako istotne i znalazły się w treści załącznika nr 9, zatem brak tych funkcji winien skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dodatkowo również przedstawienie oświadczeń w zakresie spełniania przez urządzenie wymaganych funkcji, wbrew prawdzie, stanowi informacje nieprawdziwe, które są ważne dla tego postępowania i skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa zamawiającego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Na wstępie odpowiedzi na odwołanie zamawiający przytoczył stan faktyczny sprawy oraz brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. i stwierdził, że jedyny związek pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu, a przedmiotem zamówienia został przez ustawodawcę określony w przepisie art. 22 ust. 1a p.z.p., zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Powyższe oznacza, że warunki udziału w postępowaniu winny mieć zakotwiczenie w przedmiocie zamówienia w taki sposób, aby z jednej strony pozwalały na weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony, aby dawały możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Jednocześnie warto zauważyć, że wskazany przepis potwierdza, że warunki udziału w postępowaniu i opis przedmiotu zamówienia to dwie odrębne instytucje, a zatem nie jest możliwe wnioskowanie o jednej na podstawie drugiej, czy też odkodowywanie treści jednej w oparciu o treść tej drugiej (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 644/17). Natomiast informacja nieprawdziwa to, według zamawiającego informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością - nie odpowiada obiektywnym faktom. Informacja ta musi jednocześnie wywołać skutek w postaci błędnej oceny stanu faktycznego u odbiorcy - zamawiającego, podejmującego decyzje w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Staranność (ostrożność), jakiej oczekuje się od profesjonalisty, jakim jest wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia obejmuje także weryfikację informacji przedstawianych zamawiającemu, a pochodzących od podmiotów trzecich. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę (dokumenty, oświadczenia) obowiązek, aby deklarowany w nich stan odpowiadał rzeczywistości.

Następnie zamawiający przytoczył art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i podniósł, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność treści oferty z treścią SIWZ - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanemu przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom lub również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez zamawiającego w SIWZ wymagania (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2017 r., sygn. KIO 2274/17).

Mając na uwadze powyższe, zdaniem zamawiającego należy zaznaczyć, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, aby dokonać badania ofert w sposób staranny i należyty, wezwał wykonawców do wyjaśnień treści oferty, zaś zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, wyjaśnienia treści oferty stanowią swoiste narzędzie zamawiającego, dzięki któremu ma on możliwość pozyskania dodatkowych informacji (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2017 r., sygn. 2383/17). W przypadku wątpliwości w przedmiotowym postępowaniu, zastosowanie wezwania do wyjaśnień pozwoliło zamawiającemu na należytą ocenę oferty.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego, zamawiający podkreślił, że karty katalogowe są rodzajem folderu reklamowego, czy też deklaracji producenta, która z natury rzeczy nie musi wymieniać (i często nie wymienia) wszystkich parametrów urządzenia. Fakt, że karty katalogowe nie opisują pewnych parametrów urządzeń, samo w sobie nie oznacza, że urządzenia te nie spełniają parametrów wymaganych przez zamawiającego (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2017 r., sygn. KIO 1292/17). W wyroku z dnia 29 października 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała również, że okoliczność

funkcjonowania w obiegu rynkowym karty katalogowej, która nie jest złożona do przetargu nie niweczy ważności oświadczenia przedstawiciela producenta (sygn. KIO 2410/13). Karty katalogowe stanowią bowiem ogólną, uniwersalną charakterystykę urządzeń i nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania i z uwzględnieniem potrzeb i wymagań konkretnego zamawiającego.

Dalej zamawiający wskazał, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2017 r., czynność odrzucenia oferty musi być oparta na jednoznacznych przesłankach dowodowych, nie może być natomiast dokonana jedynie na podstawie domniemania, że treść oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ (sygn. KIO 2257/17). Zaś należyta staranność zamawiającego wymaga, aby podejmowane przez niego decyzje oparte były na wszechstronnym rozważeniu okoliczności związanych z prowadzoną procedurą. Zamawiający - decydując się na odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na niespełnianie przez nią wymagań określonych w SIWZ - musi mieć co do tej okoliczności pewność. Nie może się w tym zakresie opierać wyłącznie na określonym fragmencie oferty, w którym upatruje niezgodności ze swoimi oczekiwaniami, ale na rozważeniu jej pełnej treści.

Zamawiający podkreślił, że jest gospodarzem postępowania, a nadrzędnym celem wszczęcia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zaspokojenie obiektywnych i uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a nie maksymalne poszerzenie dostępu do zamówienia wykonawcom. Obowiązek zachowania uczciwej konkurencji nie wyłącza bowiem uprawnienia zamawiającego do uzyskania świadczenia zgodnego z jego uzasadnionymi oczekiwaniami. W tym kontekście, w ocenie zamawiającego, podkreślenia wymaga fakt, że zgodnie z regułą dowodową wynikającą z przepisu art. 6 Kodeksu cywilnego dowód musi skutecznie przeprowadzić ten podmiot, który wywodzi określone skutki prawne (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2013 r., sygn. 1430/13). Wskazane w treści odwołania informacje dotyczące sprzętu nie podważają natomiast oświadczeń wiedzy przystępujących w stopniu, który uzasadniałby wykluczenie wykonawców bądź odrzucenie złożonych przez nich ofert.

W ocenie zamawiającego również należy zauważyć, że odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z przepisem art. 7 p.z.p., nie wskazując którą z zasad zamawiający naruszył. Jednocześnie odwołujący nie przedłożył jakichkolwiek dowodów poza „informacjami reklamowymi”, które w rzeczowy sposób sprawdziłby odmienną dotychczasowej oceny, a propos zgodności treści oferty wybranej jako najkorzystniejsza z treścią SIWZ.

Tak określone na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p. zarzuty i stanowiska stron określiły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem a contrario musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Należy zauważyć, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia. Natomiast, po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania, nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i podnoszenie dodatkowych, nowych okoliczności, które nie znalazły się w treści wniesionego środka ochrony prawnej. Zwięzłe przedstawienie zarzutów, określenie żądania oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania, powinno nastąpić już w chwili składania odwołania (art. 180 ust. 3 p.z.p.), zaś wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, winien mieć na względzie, że brak wskazania wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, na których opiera postawione zamawiającemu zarzuty, jest jego obowiązkiem procesowym, wynikającym z przepisów prawa, przede wszystkim w interesie wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała, że podnoszenie nowych okoliczności, sformułowanych poza zarzutami wniesionymi w ustawowym terminie, oznacza również brak możliwości oceny odwołania w tym zakresie i podjęcia decyzji o ewentualnym uwzględnieniu jego zarzutów przez zamawiającego, a także w przypadku innych wykonawców może mieć wpływ na ich decyzje procesowe co do uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym i treści składanych wniosków i oświadczeń formalnych.

Przy czym zarówno granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą, a także Sąd powszechny w postępowaniu skargowym, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej, zatem zarówno Izba jak i Sąd Okręgowy są związani podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego, w toku rozprawy przed Izbą, okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania,

to ich późniejsze wskazywanie nie może być, na kanwie art. 192 ust. 7 p.z.p., brane przez Izbę czy Sąd powszechny pod uwagę, choćby odwołujący próbował powiązać nowe zarzuty z ogólnie zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Przeciwny pogląd doprowadziłby do sytuacji w której art. 192 ust. 7 p.z.p. stałby się regulacją iluzoryczną, a po stronie odwołujących preferowane byłoby jak najbardziej niejasne formułowanie podstaw faktycznych zarzutów, celem obejścia tej regulacji.

Zatem krytycznie należy odnieść się do uzupełnienia stanowiska procesowego przez odwołującego, w postaci pisma z 2.10.2018 r., które zostało złożone dopiero na rozprawie, w szczególności kiedy okoliczności faktyczne odwołania obejmują zaledwie półtorej strony, zaś dodatkowe stanowisko posiada kilkanaście stron „doprecyzowywania” zarzutów. Trudno jest się również zgodzić z odwołującym, że podniesione dodatkowe okoliczności faktyczne nie są nieuprawnioną próbą uzupełnienia odwołania, z przekroczeniem zawitego terminu na jego wniesienie, a stanowią wyłącznie polemikę z argumentacją zamawiającego, kiedy odpowiedź na odwołanie, przedłożona przez zamawiającego na posiedzeniu, tych nowych okoliczności nie dotyczy, bowiem w rozpoznawanym odwołaniu ich po prostu nie było.

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związanie go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 08.12.2015 r., sygn. akt KIO 2598/15, z 09.09.2016 r., sygn. akt KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z 17.02.2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15, Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29.06.2009 r. w sprawie o sygn. akt X Ga 110/09, Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 25.05.2012 r. w sprawie o sygn. akt XII Ga 92/12).

W toku postępowania odwoławczego, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p., dopuszczono do udziału w sprawie wykonawcę S. D., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą S. D. DS Comp, z siedzibą oś. Kościuszkowskie nr 6

lok. 229, 31 - 858 Kraków (dalej również jako „przystępujący S. D. DS Comp”) oraz wykonawcę KONCEPT Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Wodniaków 19, 03 - 992 Warszawa (dalej również jako „przystępujący Koncept”), zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego, co nadaje wykonawcom status uczestników postępowania odwoławczego.

Izba oddaliła opozycję odwołującego wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy KONCEPT Sp. z o. o. w Warszawie, skupiającą się na wskazaniu, w świetle zarzutów odwołania, że wykonawca ten nie posiada interesu do przystąpienia po stronie zamawiającego, który wnosi o oddalenie zarzutów uderzających w ofertę konkurencji - wykonawcy wybranego w postępowaniu, przystępującego S. D. DS Comp, zatem wykonawca KONCEPT Sp. z o. o. nie ma w tym zakresie interesu, gdyż popierając zamawiającego nie uzyska zamówienia publicznego.

W ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie interes określony w art. 185 ust. 2 p.z.p. jest interesem faktycznym lub prawnym, pozostającym w adekwatnym związku z uzyskaniem rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca chce przystąpić. Zatem jeżeli wykonawca wskazuje, że jest zainteresowany, aby wniesiony środek ochrony prawnej był rozstrzygnięty w sposób wskazany przez zamawiającego, w tym poprzez oddalenie zarzutów co do oferty wykonawcy KONCEPT Sp. z o. o., należy uznać, że posiada interes w uzyskaniu statusu uczestnika postępowania odwoławczego. Przy czym należy zaznaczyć, że kluczowym dla analizy interesu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 p.z.p., jest moment jego badania oraz cały zakres możliwych do uzyskania rozstrzygnięć, co oznacza, że interes ten należy badać mając na względzie naczelny cel strony, z perspektywy z której się go ustala. Izba w tym przedmiocie podzieliła trafne stanowisko przystępującego Koncept, iż część zarzutów odwołania dotyczy jego oferty, zatem przystępując do postępowania po stronie zamawiającego wykonawca ten, zgodnie z treścią zgłoszenia przystąpienia, posiada interes w oddaleniu odwołania, które może skutkować wykluczeniem przystępującego, czy odrzuceniem jego oferty z postępowania.

Istotnym jest przy tym, że zgłoszone przystąpienie po stronie zamawiającego umożliwia wykonawcy uczestnictwo w czynnościach Izby i sprzeciwianie się twierdzeniom odwołującego, uderzającym w jego ofertę, czego przystępujący Koncept nie mógłby czynić zgłaszając przystąpienie po stronie odwołującego, z uwagi na dyspozycję art. 185 ust. 5 p.z.p.

Nie można przy tym tracić ze wzroku, że przed wydaniem orzeczenia przez Izbę, przy badaniu czy nadać wykonawcy status uczestnika postępowania, nie można czynić hipotetycznych założeń co do dalszego biegu postępowania odwoławczego, gdyż

merytoryczna ocena dokonywana jest przez Izbę na znacznie późniejszym etapie - dokonywania subsumpcji stanu faktycznego ustalonego w sprawie do znajdujących zastosowanie norm prawnych. Zatem argumentacja odwołującego, że być może Izba uwzględnił stanowisko zamawiającego i oddali zarzuty odwołania (co spowoduje, że zostanie utrzymany wybór oferty przystępującego S. D. DS Comp jako oferty najkorzystniejszej), nie może zamykać przystępującemu drogi do uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący nie uprawdopodobnił, że przystępujący Koncept nie posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz treścią siwz, złożonymi ofertami, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, zaś przystępujący poparł twierdzenia zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania

i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący w postępowaniu złożono trzy oferty, zaś oferta wybrana przez zamawiającego jest ofertą niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i została złożona przez wykonawcę, który winien zostać, zgodnie z zarzutami odwołania, wykluczony z postępowania. Podobnie jest z drugą z ofert - wykonawcy Koncept Sp. z o. o. - bowiem i w tym przypadku została ona złożona przez wykonawcę, który winien zostać wykluczony z postępowania, względnie jego oferta powinna zostać odrzucona z racji nie spełnienia przez przedmiot oferty wymagań technicznych SIWZ. Zatem w przypadku pozostawienia wyboru zamawiającego bez zaskarżenia odwołaniem odwołujący poniósłby szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, co skutkowałoby pozbawieniem go przychodów, referencji oraz zysku skalkulowanego w ofercie. Trzecia z ofert złożonych w postępowaniu - oferta odwołującego nieznacznie przewyższa budżet zamawiającego i jest w całości zgodna z SIWZ, oznacza to, że jako jedyna prawidłowa oferta i niepodlegająca odrzuceniu powinna zostać wybrana do realizacji.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby została wypełniona hipoteza art. 179 ust. 1 p.z.p., zatem odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu - w pierwszej kolejności do weryfikacji czy zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, że oferty przystępujących są zgodne z treścią dokumentacji postępowania i dokonał prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, natomiast w dalszej kolejności - do oceny czy zamawiający został, w świetle art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p., wprowadzony przez przystępujących w błąd, co winno skutkować wykluczeniem wykonawców z postępowania.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik

postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedłożony przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, opisany w dalszej części uzasadnienia, a także ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania, przedłożonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą prowadzić do wniosku, iż w sprawie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, a w konsekwencji uznania odwołania za uzasadnione. Przeciwnie, całość zebranego materiału dowodowego wskazuje, w sposób nie budzący wątpliwości, na prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, gdyż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem w ocenie składu orzekającego odwołanie należało oddalić.

Nie potwierdziły się zarzuty odwołania sformułowane przez odwołującego jako naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie zastosowania, tj. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego S. D. DS Comp i przystępującego Koncept, mimo sprzeczności treści ofert z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym co do oferty przystępującego S. D. DS Comp, ponieważ urządzenie Panasonic nie posiada parametrów i funkcjonalności określonych w SIWZ, zawarte w pkt 3 i 4 petitum odwołania.

Wypełniając wymóg art. 196 ust. 4 p.z.p. i przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, Izba wskazuje, że art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też w orzecznictwie Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Podsumowując zawarte tam interpretacje normy art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ musi posiadać charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę - należy wykazać na czym konkretnie ta niezgodność polega, poprzez jednoznacznie wskazanie w ofercie co nie jest zgodne i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia, ewentualnie również z uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami i wyjaśnieniami zamawiającego (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 10 listopada 2011 r. sygn. akt XIX Ga 477/11, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 22 maja 2017 r. sygn. akt III Ca 452/17).

Mając powyższe na uwadze można przyjąć, iż niezgodność oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie przez zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. możliwe jest jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ - na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty, wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu, lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. (por. wyrok Izby z 23.09.15 r., sygn. akt KIO 1974/17).

Punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w danym postępowaniu.

Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, dzielając stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 28.05.2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego - jest on zobowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Udostępnienie SIWZ jest bowiem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania

wykonawcy określonego w SIWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić.

Natomiast treść dokumentacji postępowania winna być interpretowana w miarę możliwości literalnie i ściśle - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania, tak aby z jednej strony wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, weryfikacji ofert konkurencji, a także aby ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących uznaniowością przy ocenie ofert.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia - okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania odwoławczego:

I. Przedmiot zamówienia obejmuje sukcesywne dostawy skanerów wraz z ich instalacją w jednostkach samorządu terytorialnego, znajdujących się na terytorium całego kraju, w tym: ramach zamówienia podstawowego 175 sztuk, w ramach prawa opcji, o którym mowa w art. 34 ust. 5 p.z.p., 75 sztuk.

1) Zgodnie z rozdziałem III SIWZ - określenie przedmiotu zamówienia:

a) pkt 9 - zaoferowany przedmiot zamówienia powinien spełniać minimalne wymagania zamawiającego określone w załączniku nr 1 do SIWZ lub posiadać lepsze parametry,

b) pkt 10 - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1 do SIWZ, gdzie w szczególności zamawiający wskazał, że skaner/sprzęt to urządzenie o właściwościach opisanych w rozdziale IV, zgodnie z którym zamawiający wymagał następujących spornych parametrów:

- podajnik automatyczny na min. 50 arkuszy papieru o gramaturze 75 g/m<sup>2</sup> z możliwością wyrównania krawędzi prowadzących stron (pkt 4 rozdziału IV załącznika nr 1 do SIWZ - pkt 4 załącznika nr 9 do

SIWZ),

- kontrolowanie układanie skanowanych stron w stos dokumentów na tacy wyjściowej (pkt 5 rozdziału IV załącznika nr 1 do SIWZ - pkt 5 załącznika nr 9 do SIWZ),

- szybkość skanowania min. 20 stron na minutę (B&W mode, 200 dpi, A4 portret). Nie mniej niż 6000 stron dziennie (pkt 11 rozdziału IV załącznika nr 1 do SIWZ - pkt 11 załącznika nr 9 do SIWZ),

- panel sterowania z polską wersją językową menu (pkt 17 rozdziału IV załącznika nr 1 do SIWZ - pkt 19 załącznika nr 9 do SIWZ).

c) pkt 11 - zakres oraz zasady wykonania usług określa załącznik nr 8 do

SIWZ (istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, dalej jako IPU).

2) Zgodnie z rozdziałem VII - wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia:

a) pkt 2 - zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, z zastrzeżeniem § 2 ust.

7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. 2016, poz. 1126), zwanym dalej też „rozporządzeniem ws. dokumentów”, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających:

2.1. spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

2.2. brak podstaw wykluczenia;

2.3. spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego.

b) pkt 9 - w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w OPZ, wykonawca dostarczy specyfikację techniczną oferowanego sprzętu (dalej zwaną specyfikacją). Specyfikację należy przygotować zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ. Specyfikacja winna być przygotowana w taki sposób by zamawiający mógł przy jej wykorzystaniu jednoznacznie zidentyfikować oferowany sprzęt oraz oferowane parametry techniczne.

II. Zamawiający w dniu 10.07.2018 r., na podstawie art. 38 p.z.p., dokonał wyjaśnienia treści SIWZ, gdzie w szczególności:

1) Pytanie nr 2: w punkcie 4) opis wskazuje, że skaner powinien posiadać:

„Podajnik automatyczny na min. 50 arkuszy papieru o gramaturze 80 g/m<sup>2</sup> z możliwością wyrównywania krawędzi prowadzących stron”. Prosimy o rozważenie dopuszczenia i odpowiedź, czy zamawiający dopuści propozycję skanera obsługującego przez automatyczny podajnik dokumentów 50 arkuszy o gramaturze normatywnej 75 g/m<sup>2</sup>, przy jednoczesnej ogólnej gramaturze obsługiwanych dokumentów w zakresie Od 45 do 120 g/m<sup>2</sup>? Dodatkowo, prosimy o doprecyzowanie dla tego punktu, co zamawiający rozumie pod pojęciem możliwość wyrównywania krawędzi prowadzonych stron? Czy zamawiający dopuści skaner jako spełniający zapisy SIWZ, który oferuje: automatyczne przycinanie, wyrównywanie treści; wymazywanie krawędzi. Odpowiedź: Zamawiający zaakceptuje automatyczny podajnik, na nie mniej niż 50 arkuszy o gramaturze normatywnej 75 g/m<sup>2</sup>. W związku z powyższym, Zamawiający dokona stosownej zmiany SIWZ. Zamawiający zaakceptuje „automatyczne przycinanie, wyrównywanie treści; wymazywanie krawędzi”.

2) Pytanie nr 3: dla punktu 5) opisu, wymagany jest dla skanera:

„Kontrolowanie układanie skanowanych stron w stos dokumentów na tacy wyjściowej”. Co zamawiający ma na myśli wnosząc o taką funkcjonalność?

Prosimy o doprecyzowanie, w jaki sposób skaner powinien kontrolować układanie skanowanych stron w stos dokumentów na tacy wyjściowej? Odpowiedź: Skaner będzie wykorzystywany głównie do skanowania uporządkowanych wielostronicowych dokumentów. Wymaganie „Kontrolowanie układanie skanowanych stron w stos dokumentów na tacy wyjściowej” ma zapewnić, że kartki wchodzące w skład dokumentu znajdą się po przeskanowaniu w „tacy wyjściowej” w takiej samej kolejności jak zostały włożone do podajnika.

III. Zgodnie z ofertą przystępującego S. D. DS Comp wykonawca zaoferował skaner

Panasonic KV-S1037X, zaś zgodnie z ofertą przystępującego Koncept wykonawca zaoferował skaner Avison AN230W.

IV. Postępowanie wyjaśniające prowadzone przez zamawiającego:

1) Przystępujący S. D. DS Comp:

a) Pismem z 14.08.2018 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty. Pismem 16.08.2018 r. przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami.

b) Pismem z 21.08.2018 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty. Pismem z 22.08.2018 r. przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami.

2) Przystępujący Koncept:

a) Pismem z 14.08.2018 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty. Pismem 16.08.2018 r. przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z załącznikiem.

b) Pismem z 21.08.2018 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty. Pismem z 22.08.2018 r. przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z załącznikiem.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że nie podzieliła twierdzeń odwołującego, przedstawionych w uzupełnieniu odwołania, w zakresie dokonanej przez niego wykładni poszczególnych treści SIWZ.

Po pierwsze brak jest tych okoliczności we wniesionym środku ochrony prawnej, co na kanwie art. 192 ust. 7 p.z.p. powoduje, że nowa argumentacja odwołującego jest nieuprawniona.

Po drugie, wyłączenie na marginesie, Izba wskazuje, że dokonana na rozprawie przez odwołującego, na potrzeby postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, jego indywidualna interpretacja treści SIWZ jest wprost sprzeczna z jej literalnym brzmieniem i nie znajduje żadnego oparcia w zasadach wykładni oświadczeń woli.

Konsekwencją tego faktu, twierdzenia odwołującego pozostały nieuzasadnione oraz nie mogły odnieść zamierzonego skutku. Ferowane przez odwołującego stanowisko nie stanowi odzwierciedlenia treści dokumentacji postępowania, a jest próbą „twórczego” i wybiórczego ukształtowania potrzeb zamawiającego, poprzez dodanie dodatkowych wymogów dla urządzeń, niezawartych w dokumentacji postępowania, która prowadzi do wniosku, że parametry zamawiającego spełnia oferta wyłącznie jednego wykonawcy - odwołującego.

W szczególności brak jest w dokumentacji postępowania podstaw do przyjęcia, aby wyrównywanie krawędzi prowadzących stron miało odbywać się wyłącznie mechanicznie i to jedynie w sposób przyjęty przez odwołującego, kiedy odwołujący nie wykazał, że na podstawie dokumentacji postępowania zamawiający w ogóle wskazał sposób w jaki to ma się odbywać, bądź ewentualnie zakazał wyrównywania krawędzi w postaci ręcznej. Tym niemniej niepotwierdzony został również cel wymogu, który odwołujący usiłował wyprowadzić ze sposobu w jaki rozumie on treść SIWZ, utożsamiając wyprowadzony przez siebie cel parametru z rzekomym celem zamawiającego. Brak jest również, na kanwie brzmienia treści SIWZ, możliwości ograniczenia rozumienia „kontrolowanie układanie stron na tacy wyjściowej” wyłącznie co do docisku papieru czy bocznych prowadnic na tacy odbiorczej. Zamawiający nigdzie w dokumentacji postępowania nie zawęził wymogu w sposób wskazany przez odwołującego, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwniej. To samo dotyczy twierdzeń odwołującego co do rzekomego wymogu wyświetlacza na urządzeniu, czy uszczegółowienia, z pominięciem SIWZ, na bazie informacji z Wikipedii, jak wyrównywanie krawędzi prowadzących stron według odwołującego nie powinno przebiegać. Wszystkie te twierdzenia pozostały w sferze głośnych spekulacji strony, stanowiąc nie tyle próbę rekonstrukcji wymagań zamawiającego, określonych w dokumentacji postępowania, ale polemikę z nią i konstruowanie na rozprawie nowych wymagań, niewynikających z treści SIWZ.

Izba przychyliła się do argumentacji zamawiającego i przystępujących, że SIWZ zawiera konstrukcje otwarte, powodujące, że wykonawcy mogli w sposób dość swobodny przedstawiać swoje urządzenia spełniające wymogi SIWZ - których nie zawężono poprzez wyjaśnienie jej treści, w sposób ferowany przez odwołującego - co również miało wpływ na rozszerzenie konkurencji, gdyż w postępowaniu zaoferowano trzy różne urządzenia, różnych producentów. Natomiast odwołujący, w przypadku wątpliwości wynikających z rozumienia dokumentacji postępowania, jako podmiot prowadzący działalność o zawodowym charakterze miał obowiązek wyjaśnienia treści dokumentacji postępowania przez zadawanie zamawiającemu pytań (por. wyrok Sądu Najwyższego z 05.06.2014 r., sygn. akt IV CSK 626/13)

Konkludując - stanowisko odwołującego pozostało niewykazane i zmierzało wyłącznie do poprawy jego własnej sytuacji procesowej, poprzez stawianie na rozprawie nieznanymi dokumentacji postępowania wymogów i dowodzenie, że oferty konkurencji wymagań odwołującego nie spełniają.

Przechodząc do omawiania poszczególnych spornych parametrów skanerów w ofercie przystępującego S. D. DS Comp Izba stwierdziła co następuje. Zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające treść oferty, w oparciu o art. 87 ust. 1 p.z.p. (vide pkt IV ppkt 1 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). Przystępujący przedłożył zamawiającemu dwukrotnie stosowne wyjaśnienia, poparte adekwatnymi dowodami.

Poprzez pierwsze wezwanie do wyjaśnień weryfikowano sporne parametry: kontrolowanego układania składania w stos dokumentów na tacy wyjściowej (pkt 5 załącznika nr 9 do SIWZ) i wydajności 6 tysięcy stron dziennie (pkt 11 załącznika nr 9 do SIWZ). Na dowód spełnienia przedmiotowych wymagań zamawiającego wykonawca przedłożył oświadczenie Panasonic Corporation w Japonii, które potwierdza, że urządzenie przystępującego, skaner KV - S1037X, spełnia wymogi pkt 5, 11 oraz dodatkowo pkt 19 załącznika nr 9 do SIWZ.

Na drugie wezwanie do złożenia wyjaśnień, dotyczące ponownie wątpliwości co do spełniania parametru wydajności 6 tysięcy stron dziennie (pkt 11 załącznika nr 9 do SIWZ), spowodowanych kartą katalogową urządzenia ze wskazaniem „dzienny cykl pracy 3000 arkuszy”, a także co do parametru wyrównywania krawędzi prowadzących stron (pkt 4 załącznika nr 9 do SIWZ) wykonawca przedłożył oświadczenie Panasonic Marketing Europe GmbH w Polsce, które potwierdza spełnienie obu wymogów. Ponadto wskazano, że wymóg 3000 stron jest parametrem minimalnym producenta, zaś wyrównywanie krawędzi odbywa się za pomocą prowadnic oraz dodatkowo, że urządzenie posiada przewodnik mieszanych kart wsadowych (pkt 13 grafiki z instrukcji wraz z tłumaczeniem). Z dowodu wynika również, że urządzenie posiada panel sterujący (pkt 8 z grafiki wraz z tłumaczeniem).

Na rozprawie przystępujący S. D. DS Comp na dowód spełniania wszystkich spornych wymogów zamawiającego przedłożył oświadczenia podmiotu Alstor T. Szukała i Wspólnicy Sp. J. z Warszawy oraz oświadczenie pana Ł.S. inżyniera specjalisty z zakresu technologii i serwisu skanerów firmy Panasonic wraz z potwierdzeniem, że osoba ta jest właściwie przeszkolona. Izba stwierdziła, że spółka ta jest oficjalnym i autoryzowanym dystrybutorem skanerów Panasonic na terenie Polski, co wynika z oświadczenia producenta Panasonic, znajdującego się w aktach sprawy i nie zostało zakwestionowane przez odwołującego.

Izba stwierdziła, że przedłożone przez przystępującego dowody, zarówno złożone w postępowaniu przed zamawiającym, jak też i w postępowaniu odwoławczym przed Izbą, są wiarygodne, spójne i jednoznacznie potwierdzają, że skaner Panasonic KV - S1037X spełnia wszystkie sporne wymogi treści SIWZ, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Izba stwierdziła, że zaoferowane urządzenie Panasonic posiada funkcję wyrównywania krawędzi prowadzących stron, poprzez wyposażanie urządzenia w prowadnice papieru, zgodną z pkt 4 rozdziału IV załącznika nr 1 do SIWZ - pkt 4 załącznika nr 9 do SIWZ, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej, nie wykazano też, aby w oparciu o dokumentację postępowania, zamawiający wskazał, że parametr ten nie może zostać spełniony przez prowadnice.

Następnie Izba stwierdziła, że urządzenie spełnia parametr kontrolowanego układania papieru w stos na tacy wyjściowej, poprzez rolki zwalnające i dociskające papier, co powoduje, że kartki wchodzące w skład dokumentu znajdują się, po przeskanowaniu, na tacy wyjściowej urządzenia, w takiej samej kolejności jak zostały włożone do podajnika (zgodnie z pkt 5 rozdziału IV załącznika nr 1 do SIWZ - pkt 5 załącznika nr 9 do SIWZ oraz odpowiedzią na pytanie nr 3 zamawiającego z wyjaśnień z dnia 10.07.2018 r., zacytowaną w istotnych okolicznościach dla rozstrzygnięcia w pkt II ppkt 2). Natomiast odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej, w tym nie wykazano, aby w dokumentacji postępowania zamawiający wymagał wyłącznie rozwiązania w postaci docisku papieru, czy bocznych prowadnic na tacy odbiorczej.

W ocenie Izby odwołujący nie zakwestionował skutecznie, że urządzenie Panasonic KV - S1037X spełnia parametr wydajności nie mniejszej niż 6 tysięcy stron dziennie, określony w pkt 11 rozdziału IV załącznika nr 1 do SIWZ - pkt 11 załącznika nr 9 do SIWZ. W ocenie Izby z karty katalogowej przedłożonej przez odwołującego, a weryfikowanej przez zamawiającego w postępowaniu, nie wynika, aby 3 tysiące arkuszy było maksymalną wydajnością urządzenia. Karta katalogowa określa na 3 tysiące arkuszy „dzienny cykl pracy”, kiedy wiarygodne i niezakwestionowane oświadczenia producenta oraz oficjalnego dystrybutora urządzeń Panasonic, a także oświadczenie specjalisty w zakresie technologii i serwisu skanerów Panasonic, jednoznacznie wskazują na wydajność urządzenia w postaci wymaganych 6 tysięcy stron dziennie. Zatem rzeczywistą cechą produktu, jaką jest faktyczna możliwość wydajności w wymaganej ilości stron, wykazano dokumentem pochodzącym bezpośrednio od producenta, a następnie od oficjalnego dystrybutora, poparte oświadczeniem specjalisty. Dowodów tych odwołujący nie zakwestionował, a Izba nie znalazła podstaw, aby nie dać im wiary. W istocie informacja od producenta oraz od oficjalnego dystrybutora, złożone bezpośrednio kontrahentowi i mogące stanowić ewentualną podstawę do przyszłych roszczeń, są dowodami znacznie bardziej wiarygodnymi, niż spekulacje odwołującego co do treści karty katalogowej, z której jednak - w ocenie Izby - nie wynika, że 3 tysiące stron są wartością maksymalną wydajności urządzenia.

Mając na uwadze, iż wywodzenie z pozycji karty katalogowej „dzienny cykl pracy 3000 arkuszy”, może co najwyżej doprowadzić do sformułowania domniemania faktycznego w zakresie konkretnej cechy produktu, warto podkreślić, iż takie domniemanie może zostać obalone poprzez zaoferowanie dowodu na okoliczność przeciwną - przystępujący takie dowody w wyjaśnieniach treści oferty zaoferował, a zamawiający słusznie ocenił je jako przekonujące. Następnie dodatkowo poparto je wyżej wymienionymi dowodami w postaci dokumentów, złożonymi w postępowaniu przed Izbą. Zatem skład orzekający stwierdził, że

podzieli ocenę zamawiającego o prawidłowości oferty przystępującego S. D. DS Comp i nie widzi podstaw do jej kwestionowania, w świetle zasad wiedzy i doświadczenia życiowego oraz twierdzeń odwołującego, a także, jak już wyżej wskazano - oceny tej nie jest w stanie zmienić karta katalogowa, pochodząca ze strony internetowej. Ponadto, w tożsamym brzmieniu, co do informacji zamieszczonych na stronach internetowych, Izba wypowiadała się wielokrotnie m.in. w wyrokach: z 02.02.2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1747/09, z 15.03.2011 r. sygn. akt KIO 411/11, z 01.10.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1182/09, z 29.10.2013 r. sygn. akt 2410/13, z 18.07.2017 r. sygn. akt KIO 1292/17.

Izba stwierdziła również, że skaner Panasonic KV-S1037X posiada wymagany przez zamawiającego panel sterowania z polską wersją językową menu (pkt 17 rozdziału IV załącznika nr 1 do SIWZ - pkt 19 załącznika nr 9 do SIWZ), znajdujący się bezpośrednio na urządzeniu, a dodatkowo posiada oprogramowanie z panelem sterowania w języku polskim, natomiast odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Ponadto odwołujący nie wykazał, że w treści SIWZ, zamawiający wskazał, że wymaga urządzenia wyposażonego w wyświetlacz z menu z wyborem, twierdzenia te pozostały gołosłownym stanowiskiem strony. W ocenie Izby zaoferowany przez przystępującego panel sterowania urządzenia, poprzez funkcjonalne przyciski, będące listą dostępnych opcji skanera, spełnia wymóg parametru „panel sterowania z menu”. Nigdzie nie określono, że panel sterowania ma być w formie wyświetlacza, natomiast odwołujący nie zakwestionował, aby przyciski urządzenia nie spełniały wymogu menu skanera, pozwalającego na wybór poszczególnych funkcji.

W zakresie poszczególnych spornych parametrów skanerów w ofercie przystępującego Koncept Izba stwierdziła jak niżej.

Zamawiający również w zakresie oferty przystępującego Koncept prowadził postępowanie wyjaśniające treść oferty, w oparciu o art. 87 ust. 1 p.z.p. (vide pkt IV ppkt 2 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). Przystępujący przedłożył zamawiającemu dwukrotnie stosowne wyjaśnienia, poparte odpowiednimi dowodami.

W odpowiedzi na pierwsze wezwanie do złożenia wyjaśnień z 14.08.2018 r., gdzie zamawiający weryfikował sporny parametr panelu sterowania z polską wersją językową (pkt 19 załącznika nr 9 do SIWZ), przystępujący przedłożył dowód w postaci potwierdzonego za zgodność oświadczenia producenta urządzenia Avison Europe GmbH w Niemczech, które potwierdza, że urządzenie Avison AN230W posiada panel sterowania w polskiej wersji językowej (pkt 19 załącznika nr 9 do SIWZ), a także dodatkowo sporny pkt 4 załącznika nr 9 do SIWZ (w pkt 3 oświadczenia producenta). Przystępujący Koncept przedłożył oryginał oświadczenia jako dowód na rozprawie.

Izba stwierdziła zatem, że skaner Avison AN230W posiada funkcję wyrównywania krawędzi prowadzących stron, poprzez wyposażanie urządzenia w prowadnice papieru, zgodną z pkt 4 rozdziału IV załącznika nr 1 do SIWZ - pkt 4 załącznika nr 9 do SIWZ, natomiast odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Ponadto nie wykazano, aby w oparciu o dokumentację postępowania, zamawiający wskazał, że parametr ten nie może zostać spełniony przez prowadnice. Izba podzieliła słuszną argumentację przystępującego, że wskazywany przez odwołującego cel wymogu jest sprzeczny z odpowiedzią na pytanie nr 2 z wyjaśnień zamawiającego z 10.07.2018 r., zaś zgodnie z dokumentacją postępowania urządzenie winno powodować proste ułożenie i pobieranie stron. Należy również zaznaczyć, że odwołujący zaoferował tożsame rozwiązanie w swojej ofercie, zatem przyjmując jego argumentację oferta ta byłaby również niezgodna z treścią SIWZ. Twierdzenia te należało zatem ocenić jako w istocie czynione wyłącznie na użytek sprawy, a w świetle treści SIWZ - gołosłowne.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zaoferowany przez przystępującego Koncept skaner posiada wymagany przez zamawiającego panel sterowania z polską wersją językową menu, tj. pkt 17 rozdziału IV załącznika nr 1 do SIWZ - pkt 19 załącznika nr 9 do SIWZ.

Obie powyższe okoliczności faktyczne Izba ustaliła, w oparciu o dokument, będący autentycznym i wiarygodnym oświadczeniem producenta Avison, który został przedłożony przez przystępującego Koncept. Oświadczenie to jednoznacznie potwierdza, że skaner Avison AN230W spełnia wszystkie sporne wymogi treści SIWZ, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Ponadto, należy zaznaczyć, że skutkiem skargowego charakteru postępowania odwoławczego jest obowiązek przedstawiania przez strony dowodów na potwierdzenia faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z zasadą ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat, wyrażoną w art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. oraz art. 190 ust. 1 p.z.p., z którego wynika wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych, a także usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Skład orzekający stwierdził, że odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi dowodowemu i okoliczności faktyczne, z których wywodził niezgodność ofert konkurencji z treścią SIWZ, pozostały nieudowodnione. Jak już wcześniej wspomniano wszystkie dowody w postaci dokumentów złożone przez przystępującego S. D. DS Comp (oświadczenia: Panasonic Corporation w Japonii, Panasonic Marketing Europe GmbH w Polsce, Alstor T. S. i Wspólnicy Sp. J. z Warszawy oraz oświadczenie pana Ł.S.) oraz dowód przystępującego Koncept w postaci dokumentu, będącego oświadczeniem producenta Avison Europe GmbH w Niemczech, w ocenie Izby w pełni zasługują na wiarygodność i są przydatne dla rozstrzygnięcia istotnych okoliczności sporu na ich podstawie - potwierdzają, że urządzenia przystępujących są zgodne z treścią SIWZ.

Odwołujący nie kwestionował autentyczności dowodów w postaci ww. dokumentów, będących oświadczeniami wiedzy poszczególnych podmiotów, złożonych przez przystępujących. Kwestionowano natomiast oświadczenia producentów, przedłożone przez przystępujących, w toku postępowania wyjaśniającego (oświadczenie Panasonic Corporation w Japonii, oświadczenie Panasonic Marketing Europe GmbH w Polsce oraz oświadczenie Avison Europe GmbH w Niemczech) poprzez zarzucenie dokumentom, iż zostały złożone przez osoby „rzekomo reprezentujące producenta o nieustalonych uprawnieniach w zakresie wiedzy w tym zakresie”.

Izba wskazuje, że znajdujące się w materiale dowodowym oświadczenia pochodzą od podmiotów, które są producentami czy dystrybutorami zaoferowanych urządzeń. Twierdzenia odwołującego co do wątpliwości w zakresie formalnym - uprawnień osób wystawiających oświadczenia do ich podpisania, czy prawidłowo reprezentują wystawiającego oświadczenie, stanowią wyraz bardziej aktu polemiki z zamawiającym, niż zarzut co do dokonanej przez niego czynności. Odwołujący nie zaoferował przy tym żadnych okoliczności, mogących stanowić podstawę do przyjęcia, że dokumenty budzą wątpliwości - czy że zostały podpisane przez osoby nieuprawnione, czy że osoba, która je podpisała, nie była uprawniony do ich sformułowania. Przy czym ustawa p.z.p., a także jej akty wykonawcze, nie dają podstawy dla wymagania przez zamawiającego, żeby w ustalonych okolicznościach faktycznych stwierdzić, że wykonawca winien załączać dowody dotyczące legitymacji osób podpisujących oświadczenia, potwierdzające specyfikacje techniczne urządzeń. W dokumentacji postępowania również nie postawiono takiego wymogu, co czyni argumentację odwołującego oderwaną od okoliczności sprawy i co najmniej niezrozumiałą.

Warto zauważyć, że oświadczenia o parametrach technicznych skanerów stanowią oświadczenie wiedzy, w formule dokumentu prywatnego wykazującego, że osoba pod nimi podpisana w konkretnej dacie złożyła oświadczenie określonej treści - każdy, kto wiedzę ma, może takie oświadczenie złożyć. Nadto, pochodzą one wprost od producentów urządzeń. Aby skutecznie podważyć wiarygodność dokumentu prywatnego, wymagane jest przeprowadzenie „kontr - dowodu” - na przykład na okoliczność, że osoba pod dokumentem podpisana nie ma, bądź nie może mieć wiedzy na określony temat. To jednak wymagałoby większej inicjatywy dowodowej po stronie odwołującego, który w omawianym zakresie ograniczył się wyłącznie do wskazywania, że przedłożone dokumenty budzą jego subiektywne wątpliwości, co jak wskazano powyżej, w okolicznościach niniejszej sprawy nie mogło odnieść skutku w zakresie podważenia oceny dokonanej przez zamawiającego.

Izba odmówiła wiarygodności dowodowi odwołującego w postaci oświadczenia wiedzy SkanSerwis Sp. z o.o. w Warszawie. Jak trafnie podniósł przystępujący S. D. DS Comp oświadczenie to pochodzi od centrum serwisowego, dla którego na moment orzekania, wygaśł certyfikat zaświadczaający, że podmiot ten jest autoryzowanym centrum

serwisowym Panasonic. Ponadto, dowód ten ma charakter wtórny - oświadczenie zostało sporządzone na podstawie informacji ze stron internetowych, w tym karty katalogowej, którą zamawiający dysponował w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem powieliła te informacje - stanowi ono zatem wyraz nie faktów, a oceny - i jako takie jest nieprzydatne dla stwierdzenia jakiejkolwiek okoliczności istotnej dla rozstrzygnięcia. Tym niemniej, nie wynika z oświadczenia, że urządzenie nie posiada wydajności 6 tysięcy stron dziennie, a jedynie, że powoduje to szybsze jego zużycie. Następnie w ocenie Izby wątpliwym jest, że serwis posiada wiedzę o możliwości faktycznego dostosowania urządzeń do wymogów zamawiającego, gdyż oświadczenie serwisu oparte na ogólnych informacjach od producentów (podręcznik użytkownika, karta katalogowa), w dodatku odnoszących się wyłącznie do modeli (wersji) dostępnych powszechnie w obrocie, bez opcji ich dostosowania do potrzeb konkretnego kupującego. Zaś z drugiej strony w materiale dowodowym znajdują się oświadczenia producentów i oficjalnych dystrybutorów, które wskazują, że konkretne urządzenia zaoferowane w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spełniają wymogi zamawiającego, co w świetle zasad logiki i w oparciu o doświadczenie życiowe oznacza, że przy zamówieniu 175 sztuk urządzeń i możliwych dodatkowych 75 sztuk, w ramach prawa opcji, producent urządzenie takie dostosuje do kupującego (m.in. język polski menu). Zatem centrum serwisowe urządzeń, nie posiada takiej wiedzy jak producenci i dystrybutorzy, nadto zajmuje się serwisowaniem urządzeń, a nie ich produkcją

czy sprzedają.

W poczet materiału dowodowego sprawy został również włączony dowód w postaci wydruku z podręcznika użytkownika Avison skanera sieciowego model PF-1312B, jednakże został on przez Izbę pominięty, jako nieprzydatny do wykazania tezy, na którą zostały powołany - pozostaje on bowiem bez związku z przedstawionym zarzutem, gdyż nie dotyczy urządzenia przystępującego Koncept, które jest modelem 1410B. Pozostałe złożone przez odwołującego dowody w postaci wyciągu z podręcznika użytkownika Avison model FL - 1401B w języku niemieckim oraz instrukcji użytkownika Panasonic KV-S 1037X w języku angielskim, nie spełniają wymogu określonego w § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092). Zgodnie ze wskazaną normą ustawodawca określił, iż wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona lub uczestnik postępowania, który się na nie powołuje, przedstawia tłumaczenie na język polski i wobec braku spełnienia wymogu rozporządzenia, zostały one przez Izbę pominięte.

Skład orzekający oddalił wniosek dowodowy o przeprowadzenie oględzin urządzeń odwołującego, będących w jego posiadaniu. Należy zaznaczyć, że na kanwie zasady pisemności postępowania oraz wymogów dokumentacji postępowania (zamawiający żądał specyfikacji technicznych od wykonawców, następnie pisemnych dowodów w postępowaniu wyjaśniającym) Izba stwierdziła, że odwołujący, biorąc pod uwagę niewiadome pochodzenie posiadanych przez niego urządzeń, nie był w stanie uprawdopodobnić, że wskazany sposób przeprowadzenia dowodu doprowadzi nawet już nie do wykazania tezy na jaką został powołany, a w ogóle jakichkolwiek okoliczności mających związek z przedmiotem rozpoznania. Należało w związku z tym przyjąć, że przeprowadzenie zawnioskowanego dowodu nie mogło dostarczyć informacji mających na celu stwierdzenie faktów, a jedynym celem jego powołania było spowodowanie zwłoki w postępowaniu. Odwołujący w wybranych przez siebie warunkach, na sprzecznie przez siebie przedstawionym, nie mógł doprowadzić do ustalenia, czy zaoferowane przez przystępujących urządzenia są zgodne czy niezgodne z SIWZ, a jedynie, czy konkretne - wybrane przez odwołującego urządzenia, mają lub nie mają parametry przez niego wskazane.

Ponadto, przy uwzględnieniu materiału dowodowego w postaci zebranej w przedmiotowej sprawie dokumentacji oraz stanowisk stron i uczestników postępowania, Izba uznała, że dopuszczenie wniosku dowodowego z opinii biegłego doprowadziłoby do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania odwoławczego, tym samym mając na uwadze dyspozycję zawartą w art. 190 ust. 6 p.z.p., oddaliła przedmiotowy wniosek dowodowy. Warto przy tym zaznaczyć, że wszystkie parametry techniczne zostały wykazane wiarygodnymi oświadczeniami producentów urządzeń, a ocena wiarygodności tych dokumentów nie wymaga specjalistycznej wiedzy, a jedynie dokonania wykładni SIWZ oraz interpretacji wyników postępowania dowodowego. W istocie zatem, wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego doprowadziłby do faktycznego zastąpienia Izby w dokonaniu oceny materiału dowodowego, nie zaś do dostarczenia niezbędnej specjalistycznej wiedzy koniecznej dla rozstrzygnięcia sporu. Z uwagi na to, wniosek ten był zarówno zbędny w świetle materii sporu jak i niedopuszczalny z uwagi na cel jakiemu jego przeprowadzenie miałoby w rzeczywistości służyć.

Należy również zaznaczyć, że w materiale dowodowym znajduje się stanowisko inżyniera posiadającego specjalistyczną wiedzę w zakresie technologii i serwisu skanerów, które w ocenie Izby jest przekonujące i wiarygodne, zaś pan Ł.S. posiada odpowiednią wiedzę merytoryczną, co poparto stosownymi dokumentami. Natomiast odwołujący nie podjął nawet próby podważenia oświadczenia specjalisty.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut sformułowany w pkt 1 petitum odwołania, jako naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego S. D. DS Comp i przystępującego Koncept, pomimo złożenia przez tychże wykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających nieprawdę i wprowadzających w błąd zamawiającego, co do faktycznych możliwości oraz funkcjonalności zaoferowanych urządzeń, tj. informacji mających wpływ na spełnienie warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 9 do SIWZ), a także oddalono zarzut z pkt 2 petitum odwołania, podniesiony jako naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego S. D. DS Comp i przystępującego Koncept, pomimo złożenia przez tychże wykonawców oświadczeń i dokumentów potwierdzających nieprawdę i wprowadzających w błąd zamawiającego, co do faktycznych możliwości oraz funkcjonalności zaoferowanych urządzeń, co miało wpływ na wynik postępowania poprzez uznanie, że ww. oferty są prawidłowe. W ocenie Izby oba zarzuty nie posiadają uzasadnionych podstaw i wobec braku wykazania ich zasadności przez odwołującego, zarzuty zostały przez Izbę oddalone.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia

wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej kryteriami selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Natomiast na kanwie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z jednolitą linią orzecniczą, celnie określoną m.in. w wyrokach z 14.03.2017 r. sygn. akt 348/17, z 18.04.2018 r. sygn. akt 576/18, z 12.05.2017 r. sygn. akt KIO 836/17, z 19.06.2017 r. sygn. akt KIO 1058/17, z 10.07.2017 r. sygn. akt KIO 1257/17, skład orzekający wskazuje co następuje.

Dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd,
2. błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu,
3. przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa;

natomiast art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. dla jego zastosowania wymaga łącznego zaistnienia poniższych przesłanek:

1. przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd,
2. przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa,
3. informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Na wstępie rozważań Izba zaznacza, w zakresie interakcji pomiędzy mającymi zastosowanie podstawami wykluczenia, że hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., będąca

kwalifikowanym wprowadzeniem zamawiającego w błąd, absorbuje hipotezę art. 24 ust. 1 pkt

17 ustawy p.z.p.

Następnie Izba wskazuje, że pierwszą i wspólną przesłanką stwierdzenia, że zastosowanie znajdzie sankcja połączona z wyczerpaniem hipotezy obu ww. przepisów jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, które polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt postępowania zainicjowanego odwołaniem należy zaznaczyć, że odwołujący powiązał zarzuty wprowadzenia zamawiającego w błąd z pozostałymi zarzutami odwołania, dotyczącymi rzekomej niezgodności ofert wykonawców

przystępujących, z treścią SIWZ. Jednakże, wobec braku wykazania, że oferta przystępującego S. D. DS Comp, jak też i oferta przystępującego Koncept, winny być w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odrzucone z postępowania, gdyż zarzuty odwołującego nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym - uniwersalną, i przez to a priori eliminującą możliwość kwalifikacji postępowania wykonawcy poprzez art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. obroną jest stwierdzenie, że podane przez wykonawców przystępujących informacje są prawdziwe, a zatem, że stan błędu po stronie zamawiającego nie powstał i nie mógł powstać.

W ocenie składu orzekającego zamawiający w sposób prawidłowy uznał, że oferty obu wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego, są zgodne z treścią SIWZ, nie doszło również do wprowadzenia zamawiającego w błąd - szczegółowa ocena materii dotyczącej odpowiednich parametrów zaoferowanych skanerów znajduje się we wcześniejszej części uzasadnienia. Wobec powyższego nie doszło również do braku

profesjonalnej weryfikacji oferowanych produktów przez przystępujących i złożenia wadliwych oświadczeń, iż zaoferowane skanery - Panasonic KV-S1037X, przez przystępującego S. D. DS Comp i Avison AN230W, przez przystępującego Koncept - spełniają wymagania zamawiającego, jak sugerował to odwołujący. Wprost przeciwnie, obie oferty są zgodne z wymaganiami SIWZ i nie została udowodniona przez odwołującego okoliczność przeciwna.

Zatem Izba oddaliła zarzuty z pkt 1 i 2 petitum odwołania, w zakresie wprowadzenia zamawiającego w błąd, w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. w zw. z art. 7 p.z.p., jako zarzuty bezzasadne.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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. poz. 972), obciążając odwołującego kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, zgodnie z przedłożoną fakturą VAT.

Przewodniczący: