

Sygn. akt: KIO 2045/18

WYROK

z dnia 23 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 października 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2018 r. przez **wykonawcę Partner XXI Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Jednostkę Wojskową Nr 6021 z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:** unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części I i V, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Partner XXI Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze w części I i V oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w części I i V;
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Jednostkę Wojskową Nr 6021 z siedzibą w Warszawie i**
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Partner XXI Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. Zasądza od zamawiającego Jednostki Wojskowej Nr 6021 z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Partner XXI Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) 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 – Jednostka Wojskowa Nr 6021 z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *dostawa artykułów biurowych, plastycznych, ozdobnych i dekoracyjnych, artykułów papierniczych, tablic oraz sprzętu i urządzeń mechanizacji prac biurowych dla Jednostki Wojskowej Nr 6021 oraz jednostek organizacyjnych będących na jej zaopatrzeniu* - sprawa nr 24/2018/PN/SZKOL/UZBR/OPBMR. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 kwietnia 2018 r. za numerem 2018/S 075-166503. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 8 października 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca Partner XXI Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze – dalej Odwołujący.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) Czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie części I i V przedmiotowego postępowania;
- 2) Czynności badania ofert w postępowaniu przez Zamawiającego w wyniku czego oferta Odwołującego została odrzucona w części I i V, w sytuacji kiedy była to oferta zgodna z treścią SIWZ, w zakresie części I i V przedmiotowego postępowania;
- 3) Zaniechania podczas badania oferty Partner XXI, wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie części I i V przedmiotowego postępowania;
- 4) Czynności unieważnienia postępowania w części I i V na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, w wyniku czego Odwołujący stracił możliwość uzyskania zamówienia;
- 5) Prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców w zakresie części I i V przedmiotowego postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców, a w szczególności odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji, w której oferta ta nie podlega odrzuceniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, względem której nie wypełnia się przesłanka dotycząca jej odrzucenia;
- 3) z ostrożności procesowej zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania Partner XXI do wyjaśnienia treści oferty;
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 3, poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego uznania produktów z oferty Odwołującego za niezgodne z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w części I i V zamówienia;
- 2) unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności polegającej na unieważnieniu postępowania w części I i V zamówienia;
- 3) powtórzenia czynności badania ofert, z uwzględnieniem ciężącego na Zamawiającym obowiązku należytego ich zbadania;
- 4) z ostrożności - nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w części I i V zamówienia;
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który posiada interes prawny do wniesienia odwołania. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Zamawiający przyjął bowiem - całkiem bezpodstawnie - iż ofertę Odwołującego należy odrzucić. Złożona przez Odwołującego oferta jest prawidłowa i powinna być uznana za zgodną z postanowieniami określonymi w SIWZ, a w skutek naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Szkada, którą poniesie Odwołujący może polegać na utracie zamówienia oraz braku możliwości osiągnięcia zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*).

Poprzez błędne czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust.1 ustawy.

Odwołujący podniósł, że wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 1 października 2018 r., tj. w dniu otrzymania faxem zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ w zakresie części I i V przedmiotowego postępowania oraz unieważnieniu postępowania w zakresie części I i V, co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający w części I poz. 81 i 82 specyfikacji asortymentowo-cenowej stanowiącej załącznik nr 1.1. do SIWZ wskazał, że wymaga dostarczenia: *MARKER DO CD CZARNY/NIEBIESKI Opis: Cienkopisy do opisywania płyt CD/DVD kol. czarny/niebieski, grubość linii pisania: 0,7 mm, nie zasycha pozostawiony bez skuwki przez 2-3 dni na przykład Schneider lub równoważny.* Zamawiający pismem nr 6613/18 z dnia 1 października 2018 r. doręczonym Odwołującemu faxem w dniu 1 października 2018 r. zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ w zakresie części I przedmiotowego postępowania oraz unieważnieniu postępowania w zakresie części I. Zamawiający poinformował, iż *wymagał markerów do opisywania płyt CD/DVD. Wykonawca zaproponował foliopisy o indeksach SR112201 i SR112203, które nie są dedykowane do opisywania płyt CD/DVD. Oferta zatem nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.* W rzeczywistości, zaoferowane przez Odwołującego foliopisy/markery SR112201 oraz SR112203 bezsprzecznie służą do opisywania płyt CD/DVD, co potwierdzają oznaczenia umieszczone bezpośrednio na każdym z nich, oraz oświadczenie wyłącznego dystrybutora marki Schneider na rynku polskim.

Odwołujący zaznaczył, że analogiczna sytuacja miała miejsce dla poz. 79 i 80 w części V zamówienia.

Odwołujący wskazał, że jeżeli nawet Zamawiający miał wątpliwość co do zastosowania markerów Schneider SR112201 i SR112203 do płyt CD/DVD w zadaniu I oraz V winien w pierwszej kolejności skorzystać z przysługującego mu prawa i wezwać Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień zgodnie z art. 87 ust 1 ustawy pzp. Zamawiający nie dość, że nie skorzystał z przysługującego mu prawa, to jeszcze nie zadał sobie trudu i nawet nie sprawdził czy jego zarzut jest zasadny. W szczególności nie zweryfikował strony internetowej

dystrybutora marki Schneider na rynku polskim <https://kataloga.DbsDolska.eu/>. i nie zapoznał się informacjami tam dostępnymi oraz kartami katalogowymi umieszczonymi na stronie internetowej dystrybutora marki Schneider. Nie sprawdził u źródła (choćby telefonicznie), bezpośrednio u dystrybutora marki Schneider, nieprawdziwych zarzutów jakie skierował do Zamawiającego inny Wykonawca, tylko bezkrytycznie przedstawił twierdzenie o nie spełnieniu wymagań SIWZ przez zaoferowane markery. Nie ulega wątpliwości w ocenie Odwołującego, iż zarzuty skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego i unieważnieniem postępowania nie odzwierciedlają stanu faktycznego, gdyż foliopisy/markery Schneider SR112201 i SR112203 są dedykowane do opisywania płyt CD/DVD.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający w części I poz. 118, oraz w części V poz. 112 specyfikacji asortymentowo- cenowej stanowiącej załącznik nr 1.1. oraz nr 1.5 do SIWZ wskazał, że wymaga dostarczenia segregatora 2R/A5/40MM. Opis: *Segregator A5/40mm 2 ringowy, wykonany z kartonu pokrytego na zewnątrz folią polipropylenową o grubości min. 100mic., szerokość grzbietu 40mm, różne kolory.* Odwołujący wskazał, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego w części I i V Zamawiający poinformował, iż *wymagał segregatora 2R/A5/40MM o szer. grzbietu 40MM. Wykonawca zaproponował segregator np. 47687 producenta Acco/Brends/Esselte, który posiada grzbiet szerokości 42mm. Oferta zatem nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.* Odwołujący zaznaczył, że nieznanne są przyczyny podjętej przez Zamawiającego decyzji i uznania, że treść oferty Odwołującego w poz. 118 części I, oraz poz. 112 części V nie odpowiada treści SIWZ, bowiem Odwołujący wskazał wyraźnie w ofercie, że oferuje segregator marki Esselte A5/2R 40mm np. 47687, a więc segregator o wymaganej szerokości grzbietu 40 mm. Co więcej powód odrzucenia jest w ocenie Odwołującego absurdalny i nieprawdziwy. Zgodnie bowiem z kartą katalogową umieszczoną na stronie internetowej Esselte, zaoferowany przez Partner XXI segregator A5/2R 40mm Acco Brends/Esselte posiada wymiary (SxWxG) 40x231x201 mm tak, jak Odwołujący wskazał to w ofercie. Odwołujący podkreślił, że szerokość grzbietu w segregatorze gotowym do użytku wynosi 40mm tak jak wskazuje podawany przez producenta wymiar szerokości w technicznej karcie produkcyjnej i oświadczeniu wystawionym przez Acco Brends właściciela marki Esselte, zaś 2 mm o które zapewne chodziło Zamawiającemu, to szerokość kryz łączących grzbiet z okładkami zwiększających objętość segregatora. Zamawiający w żadnym miejscu OPZ nie wskazał, że szerokość grzbietu według niego odnosi się nie tylko do grzbietu, ale i do kryz zwiększających objętość. Odwołujący wskazuje, że ewentualne niejednoznaczności i brak precyzji w postanowieniach SIWZ nie może działać na niekorzyść wykonawców, w tym wypadku Odwołującego. Powołał się na wyrok KIO 1745/18 z dnia 14 września 2018 r. Zamawiający zaniechał także i w tym przypadku

czynności dokładnego zbadania oferty, gdyż zaoferowane przez Partner XXI segregatory 2R/A5/40MM Esselte np.47687 posiadają grzbiet szerokości 40mm, co wynika już tylko z samego oznaczenia produktu nadanego przez producenta. Odwołujący zaznaczył, że jeżeli nawet Zamawiający powziął jakąkolwiek wątpliwość dotyczącą parametrów oferowanego przez Odwołującego segregatora, winien w pierwszej kolejności skorzystać z instytucji wyjaśnień zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy pzp, bądź zwrócić się do właściciela marki Esselte z pytaniem, jaką szerokość posiadają rzeczzone segregatory. Odwołujący podkreślił, że z pewnością uzyskałby dokładnie taką samą odpowiedź, jaka widnieje w odwołaniu i złożonych wraz z nim dowodach.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w części I poz. 205 specyfikacji asortymentowo-cenowej stanowiącej załącznik nr 1.1. do SIWZ wskazał, że wymaga dostarczenia *Tektura drzewna brązowa gr. 1,0 mm B1*. Pismem nr 3762/18 z dnia 23 maja 2018 r. Zamawiający wyjaśnił, że zmienia opis zamówienia wymagając *tektury makulaturowej w kolorze brązowym lub szarym*, a dopiero pismem nr 3756/18 z dnia 23 maja 2018 r. Zamawiający dokonał zmian w związku z udzielonymi w piśmie 3762/18 wyjaśnieniami informując, że dokonano zmian w załączniku nr 1.1 do SIWZ poprzez zmianę opisu w poz. 205 wymagając *tektury makulaturowej w kolorze brązowym lub szarym*. Zamawiający stwierdził w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, iż *wymagał tektury makulaturowej w kolorze brązowym lub szarym, a Wykonawca zaproponował tekturę drzewna szarą, tym samym treść nie odpowiada treści SIWZ*. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie wyjaśnił, na jakiej podstawie przyjął, że zaoferowana tektura drzewna nie jest tekturą makulaturową. Wykonawca Partner XXI Sp. z o.o. zaoferował tekturę zgodną z wymaganiami Zamawiającego z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian z dnia 23 maja 2018 tj. tekturę drzewną szarą gr. 1,0 mm B1 AGP-BX0700/B1, która jest tekturą makulaturową, co potwierdza w oświadczeniu dystrybutor Enpap, od którego tę tekturę zamierzał kupić Odwołujący. Podobnie jak powyżej, Odwołujący podkreślił, że jeżeli nawet Zamawiający powziął wątpliwość czy zaoferowana przez Odwołującego tektura drzewna jest tekturą makulaturową, winien w pierwszej kolejności skorzystać z przysługującego mu prawa i wezwać Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący wyjaśnił, iż zaoferowana przez niego w poz. 205 tektura jest tekturą drzewną makulaturową szarą, a więc zgodną z wymaganiami Zamawiającego

Odwołujący podniósł ponadto, że odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność z SIWZ jest sprzeczne z prawem. W pierwszej kolejności wskazał, że uzasadnienie odrzucenia oferty w części I i V jest lakoniczne, nie przedstawia rzeczywistego stanu rzeczy, lecz jedynie niepoparte rzeczywistymi przesłankami hipotetyczne przekonanie

Zamawiającego o braku spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Z przedstawionym przez Zamawiającego lakonicznym uzasadnieniem nie sposób w ocenie Odwołującego się zgodzić, ponieważ uzasadnienie odrzucenia oferty nie zawiera podstaw faktycznych, a lakoniczna forma pisma nie pozwala wnioskować, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że każdy z zaoferowanych produktów nie spełnia postawionych wymagań. Zamawiający nie wskazał, jakie okoliczności pozwoliły na przyjęcie, że foliopisy nie są dedykowane do płyt CD/DVD, segregator nie posiada grzbietu o szerokości 40mm, a zaoferowana tektura drzewna nie jest tekturą makulaturową. W każdym z powyższych przypadków odrzucając ofertę Zamawiający ograniczył się do wskazania w skrócie własnych wymagań oraz podania informacji, iż w jego ocenie zaoferowany produkt nie spełnia tychże wymagań. Takie działanie Zamawiającego stanowi zdaniem Odwołującego naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Powołał się na wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1117/15, wyrok KIO z dnia 15 maja 2014 r., sygn. akt KIO 870/14, wyrok KIO z dnia 13 maja 2015 r., sygn. akt KIO 896/15, wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2651/17, wyrok KIO z dnia 13 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1369/15. Odwołujący zaznaczył, że uzasadnienie nie potwierdza niezgodności oferty z treścią SIWZ w zakresie określonym przez art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego bez wezwania skierowanego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, do złożenia wyjaśnienia treści oferty. Zwrócił uwagę, iż Zamawiający zaprezentował wobec Odwołującego odmienną postawę niż wobec innego wykonawcy biorącego udział w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający bowiem podczas pierwszego badania i oceny złożonych ofert, weryfikując zgodność oferowanego przez BEST-ART asortymentu, wielokrotnie zwracał się do tego wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienie czy proponowane artykuły spełniają wymagania SIWZ. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania oraz w wyroku KIO 1745/18 zapadłym w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tymczasem w stosunku do oferty Odwołującego Zamawiający postąpił zupełnie inaczej tj. nie mając udokumentowanej wiedzy na temat zaoferowanego produktu uznawał kilkakrotnie, że zaoferowany produkt nie odpowiada postawionym wymaganiom, jednocześnie nie wzywając Odwołującego ani razu do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Odmienne traktowanie wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji narusza nadrzędną zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający winien zwrócić się do Odwołującego, z wnioskiem o wyjaśnienie wątpliwości, o ile w ogóle, w opisanej sytuacji, można mówić o powstaniu jakichkolwiek wątpliwości. Podkreślił, że zaoferowane przez Partner XXI produkty z całą pewnością spełniają wszystkie wymagania SIWZ. Wskazał, iż zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy pzp zamawiający ma prawo, w toku badania i oceny ofert,

żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Natomiast w orzecznictwie przyjmuje się, iż przepis ten nakłada na zamawiającego nie tylko uprawnienie, ale przede wszystkim obowiązek uzyskania wyjaśnień w sytuacji, w której zachodzą jakiegokolwiek wątpliwości do co treści złożonej oferty. Powołał się na wyrok KIO z dnia 27 marca 2012 r., sygn. akt KIO 487/12. Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, wskutek czego odrzucił ofertę dwukrotnie, która spełniała wszelkie wymogi SIWZ.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

W dniu 22 października 2018 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający wskazał, że dokonał szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1.1 (część I) i załączniku 1.5 (część V) do SIWZ, tj. w specyfikacji asortymentowo - cenowej, formularzu cenowym i wymagał wypełnionego jego złożenia wraz z ofertą poprzez wskazanie nazwy producenta/dystrybutora oraz oznaczenie oferowanego artykułu. Celem identyfikacji i konkretyzacji oferowanego przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany był wskazać w tabelach (tabela - kolumna 5) nazwę producenta/dystrybutora oferowanej pozycji asortymentu, oraz (tabela - kolumna 6) oznaczenie. Zamawiający wymagał podania modelu i/lub sygnatury i/lub numeru katalogowego i/lub opisu słownego bądź innego, który w sposób jednoznaczny pozwoli na identyfikację oferowanego przedmiotu.

Zamawiający w części I poz. 81 i 82 (załącznik Nr 1.1. do SIWZ) oraz w części V poz. 79 i 80 (załącznik Nr 1.5 do SIWZ) specyfikacji asortymentowo-cenowej wskazał, że wymaga dostarczenia: MARKER DO CD/DVD CZARNY/NIEBIESKI. Opis: Cienkopisy do opisywania płyt CD/DVD kol. czarny/niebieski, grubość linii pisania: 0,7 mm, nie zasycha pozostawiony bez skuwki przez 2-3 dni na przykład Schneider lub równoważny. W rzeczywistości zaoferowane przez Odwołującego foliopisy/markery SRI 12201 oraz SRI 12203 służą do pisania na każdej gładkiej powierzchni, np.: drewno, szkło, plastik, metal - a więc nie są zgodne z opisem SIWZ w związku z czym nie spełniają wymagań Zamawiającego — nie są przeznaczone wyłącznie do opisywania płyt CD/DVD. Markery do pisania po gładkich powierzchniach tj. szkło, drewno, plastik itp. Zamawiający opisał i wymagał w poz. 84. w części I oraz poz. 82 w części V. Zamawiający wymaga dwóch różnych produktów ze względu na ich przeznaczenie dlatego tak to ujął w specyfikacji. Marker który jest zgodny z opisem to np.: SRI 24403 i SRI 24401. Zamawiający nie miał wątpliwości co do zastosowania markerów Schneider SRI 12201 i SRI 12203 w zadaniu I oraz V w związku z powyższym nie skorzystał z przysługującego mu prawa wezwania Wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień zgodnie z art. 87 ust 1 ustawy pzp.

Zamawiający w części I poz. 118, oraz w części V poz. 112 specyfikacji asortymentowo- cenowej stanowiącej załącznik Nr 1.1. oraz nr 1.5 do SIWZ wskazał, że wymaga dostarczenia segregatora 2R/A5/40MM. Opis: Segregator A5/40mm 2 ringowy, wykonany z kartonu. Odwołujący zaproponował segregator np. 47687 producenta Acco/Brends/Esselte, który posiada grzbiet szerokości 42mm. Z otrzymanej informacji od firmy Esselte jednoznacznie wynika, iż szerokość grzbietu wynosi 42 mm co ma również potwierdzenie w specyfikacji. Zgodnie z wyrokiem KIO (dot. tego samego segregatora) z dnia 14 września 2018 r. sygn. akt KIO 1745/18 została odrzucona oferta Wykonawcy, która nie spełniała wymagań ujętych w SIWZ i w tym przypadku należało postąpić analogicznie, co Zamawiający uczynił. W związku z równym traktowaniem, na które powołuje się Odwołujący wszystkie parametry muszą być zgodne z opisem SIWZ. Zamawiający nie miał wątpliwości co do zaproponowanego segregatora w części I oraz V w związku z powyższym nie skorzystał z przysługującego mu prawa wezwania Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień zgodnie z art. 87 ust 1 ustawy pzp.

Ponadto, Zamawiający w poz. 205 części I specyfikacji asortymentowo-cenowej stanowiącej załącznik Nr 1.1. do SIWZ wskazał, że wymaga dostarczenia tektury makulaturowej, brązowej lub szarej. Odwołujący zaproponował tekturę drzewną szarą gr. 1,0 mm BI AGP-BX0700/B1, która nie jest tekturą makulaturową. W dniu 10 października 2018 r. Zamawiający wystąpił z pismem do firmy IGEPA w celu wyjaśnienia różnicy między tekturą makulaturową a drzewną. Tektura drzewna jest wykonana ze ścieru drzewnego - włókien pierwotnych. Tektura makulaturowa wytwarzana jest z makulatury tj. zużytego papieru, jest ekologiczna. Odwołujący przesłał informację, że firma Enpap pod nazwą tektura makulaturowa drzewna sprzedaje tekturę makulaturową. Odwołujący przedstawił oświadczenie konfeksjonera Enpap, od którego tę tekturę zamierzał kupić. Oświadczenie firmy Enpap budzi również wątpliwości Zamawiającego, ponieważ treść jest tak skonstruowana, by spełnić wszystkie oczekiwania Odwołującego, firma jest konfeksjonerem, po podaniu oznaczenia Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować asortymentu. Ponadto Zamawiający zauważył, że Firma Enpap od 1 stycznia 2017 r. nie prowadzi działalności, zgodnie z prawem nie może prowadzić sprzedaży. W części I poz. 185, 186, 191, 192, 194, 195, 196, 201, 205, 206 i 207 - jako dystrybutora również wskazano firmę Enpap. Zamawiający nie miał wątpliwości co do zaproponowanej tektury w części I, w związku z powyższym nie skorzystał z przysługującego mu prawa wezwania Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień zgodnie z art. 87 ust 1 ustawy pzp.

Zamawiający wskazał, że odrzucając ofertę Odwołującego miał pewność, że oferta wykonawcy jest niezgodna z SIWZ i nie spełnia wymagań Zamawiającego. Niezgodność oferty

z treścią SIWZ jest jednoznaczna i niewątpliwa co Zamawiający wykazał powyżej i wskazuje na zupełną rozbieżność treści oferty (w wymienionych pozycjach) w części I i V z treścią SIWZ. Odnośnie zarzutu odmiennego traktowania Wykonawców i naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy pzp, Zamawiający poinformował, że w przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do treści oferty, wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, co znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Odwołujący jest podmiotem, którego oferta została odrzucona w części I i V zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, z dokumentacji postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1745/18, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami oraz z dowodów złożonych przez Strony na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp Izba uznała zarzut za zasadny.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem III (Opis przedmiotu zamówienia) pkt 2 SIWZ: *ZAMAWIAJĄCY dopuszcza rozwiązania równoważne normom, europejskim ocenom technicznym, aprobatom, specyfikacją technicznym i systemom referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1*

pkt 2 i ust. 3 ustawy Pzp. WYKONAWCA powołujący się na te rozwiązania jest zobowiązany wykazać, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez ZAMAWIAJĄCEGO.

W myśl Rozdziału III (Opis przedmiotu zamówienia) pkt 15 SIWZ: Przedmiot zamówienia określono poprzez wskazanie obiektywnych cech jakościowych oraz standardów, dla których określenia dopuszcza się wskazanie przykładowych znaków towarowych. Podane przez ZAMAWIAJĄCEGO nazwy (znaki towarowe) zamawianego asortymentu mają charakter przykładowy, a ich wskazanie ma na celu określenie oczekiwanego standardu zamawianego asortymentu.

*Zgodnie z załącznikiem nr 1.1. i 1.5. do SIWZ: Uwaga! Celem identyfikacji i konkretyzacji oferowanego przedmiotu zamówienia WYKONAWCA zobowiązany jest wskazać w tabelach (tabela - kolumna 5) nazwę producenta/dystrybutora oferowanej pozycji asortymentu. * Oznaczenie (tabela - kolumna 6) - Zamawiający wymaga podania modelu i/lub sygnatury i/lub numeru katalogowego i/lub opisu słownego bądź innego, który w sposób jednoznaczny pozwoli na identyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia.*

Ustalono, że Zamawiający w piśmie z dnia 16 maja 2018 r. w odpowiedzi na pytanie nr 2 do SIWZ: Proszę o potwierdzenie, że określone poprzez znaki towarowe standardy produktów oferowanych dotyczą parametrów funkcjonalnych i technicznych produktów wskazał: Przedstawiane znaki towarowe mają charakter przykładowy, a ich wyszczególnienie nie przesądza o wyborze konkretnej marki. W opisie zawsze znajduje się zapis „lub równoważny”, który jest tego zapewnieniem. Zatem znaki te dotyczą wyłącznie parametrów funkcjonalnych i technicznych produktów będących przedmiotem umowy. Zamawiający oczekuje produktów o jakości oraz funkcjonalności nie gorszej niż wymieniane przykłady, o czym mówi pkt. 15 rozdział III SIWZ.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty za jej niezgodność z treścią SIWZ następuje, gdy zachodząca niezgodność jest jednoznaczna i niewątpliwa, przy czym nie może ona zostać konwalidowana poprzez złożenie przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp (nie stanowiących jednocześnie negocjacji treści oferty), czy jej poprawienie za zgodą w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Wyłącznie w przypadku nie budzącej wątpliwości niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w SIWZ Zamawiający będzie uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Postępowanie dowodowe

wykazało, że w niniejszej sprawie nie zachodziła sytuacja uprawniająca Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji do unieważnienia postępowania, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp).

Ponadto, co zostało również podniesione w wyroku z dnia 14 września 2018 r., sygn. akt KIO 1745/18 dotyczącym przedmiotowego postępowania, decyzja o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp musi być każdorazowo poprzedzona badaniem, czy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ rzeczywiście zachodzi. W tym celu należy porównać merytoryczną zawartość oferty wykonawcy z wymaganiami, które zostały określone w SIWZ.

Część I poz. 81, 82, Część V poz. 79, 80

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W załączniku nr 1.1. do SIWZ w poz. 81, 82 Zamawiający wymagał: *MARKER DO CD CZARNY/NIEBIESKI Opis: Cienkopisy do opisywania płyt CD/DVD kol. czarny/niebieski, grubość linii pisania: 0,7 mm, nie zasycha pozostawiony bez skuwki przez 2-3 dni na przykład Schneider lub równoważny.*

W załączniku nr 1.5. do SIWZ w poz. 79 Zamawiający wymagał: *MARKER DO CD CZARNY Opis: Cienkopisy do opisywania płyt CD/DVD kol. czarny, grubość linii pisania: 0,7 mm, na przykład Schneider lub równoważny.*

W załączniku nr 1.5. do SIWZ w poz. 80 Zamawiający wymagał: *MARKER DO CD NIEBIESKI Opis: Cienkopisy do opisywania płyt CD/DVD kol. czarny/niebieski, grubość linii pisania: 0,7 mm, nie zasycha pozostawiony bez skuwki przez 2-3 dni, uzupełnienie tuszu za pomocą stacji napełniającej na przykład Schneider lub równoważny.*

Odwołujący zaoferował w pozycjach 79, 81: *PBS Connect Polska/Schneider SR112201.*

Odwołujący zaoferował w pozycji 80, 82: *PBS Connect Polska/Schneider, SR112203.*

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp Zamawiający wskazał, że: *wymagał markerów do opisywania płyt CD/DVD. Wykonawca zaproponował foliopisy o indeksach SR112201 i SR112203, które nie są dedykowane do opisywania płyt CD/DVD.*

W załączniku nr 1.1. do SIWZ w poz. 84 Zamawiający wymagał: *MARKER PERMANENTNY OKRĄGŁA KOŃC. 4 KOLORY Opis: Marker permanentny grubość linii pisania 1-3 mm. Tusz światło - i wodoodporny w intensywnych kolorach, kpl. 4 kolory w etui (czarny, czerwony, niebieski, zielony), nie zasycha pozostawiony bez skuwki przez 2-3 dni. Przeznaczony do*

pisania na każdej gładkiej powierzchni np. szkło, drewno, plastik, metal. Możliwość uzupełniania tuszu za pomocą stacji napełniającej.

W załączniku nr 1.5. do SIWZ w poz. 82 Zamawiający wymagał: *MARKER PERMANENTNY OKRĄGŁA KOŃC. 4 KOLORY* Opis: *Marker permanentny. Tusz światło - i wodoodporny w intensywnych kolorach, kpl. 4 kolory w etui (czarny, czerwony, niebieski, zielony). Przeznaczony do pisania na każdej gładkiej powierzchni np. szkło, drewno, plastik, metal. Grubość linii pisania 1-3 mm. Możliwość uzupełniania tuszu za pomocą stacji napełniającej.*

W ocenie Izby zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący we wskazanych pozycjach zaoferował markery, które jak wynika ze złożonych przez Odwołującego dowodów (zdjęcia - zastosowanie umieszczone na obudowie markera, oświadczenie PBS Connect Polska - dystrybutora marki Schneider, dowód z oględzin), jak i Zamawiającego (wiadomość e-mail od firmy PBS Connect Polska wraz z oświadczeniem), służą zarówno do opisywania płyt CD / DVD, jak również mają inne zastosowanie np. do pisania po folii, plastiku, metalu. Ponadto, markery spełniają wymagania SIWZ co do grubości linii pisania, możliwości uzupełnienia tuszu oraz niezasychania końcówki. Okoliczność, że karty katalogowe (złożone zarówno przez Odwołującego jak i Zamawiającego) nie zawierają wprost wskazania na możliwość opisywania płyt oraz że informacje zawarte na stronach internetowych są obecnie uszczegóławiane, nie powoduje że produkt jest w rzeczywistości niezgodny z SIWZ i nie uprawnia Zamawiającego do automatycznego odrzucenia oferty. Rozbieżności w tym zakresie Zamawiający mógł wyjaśnić w trybie wezwania wykonawcy z art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Co więcej, jak wynika ze złożonych dowodów, Zamawiający zwrócił się do firmy PBS Connect Polska o wyjaśnienie, czy markery zaoferowane przez Odwołującego są dedykowane do pisania po płytach CD / DVD, co Firma potwierdziła. Ponadto, Zamawiający był w posiadaniu przedmiotowego markera, gdyż złożył jego zdjęcie w poczet materiału dowodowego, nota bene nieprzedstawiające opisów zastosowania umieszczanych na obudowie. Oględziny markera wykazały, że na jego obudowie znajduje się informacja o możliwości opisywania płyt CD / DVD, a zatem Zamawiający miał świadomość, że marker posiada takie zastosowanie.

W niniejszej sprawie Zamawiający wywodził również, że oferta Odwołującego w wyżej wymienionych pozycjach jest niezgodna z wymaganiem Zamawiającego, a dotyczącym konieczności zaoferowania markerów służących *wyłącznie* do opisywania płyt CD / DVD. Po pierwsze wskazać należy, że takiego twierdzenia próżno szukać w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem zwrot, iż *nie są dedykowane do opisywania płyt CD/DVD* sugeruje, że markery zaproponowane przez Wykonawcę nie mają po prostu takiego

zastosowania, posiadają inne właściwości, a więc nie będą służyły celowi jaki Zamawiający chciał osiągnąć, czyli możliwości opisywania płyt (tak też wywiódł z uzasadnienia Odwołujący), co jak już zostało podniesione jest twierdzeniem błędnym. Po drugie, argumentacja Zamawiającego nie znajduje również odzwierciedlenia w treści SIWZ. Zgodnie bowiem z przywołanymi pozycjami formularzy rzeczowo - cenowych, Zamawiający nie określił jednoznacznie, że markery zaoferowane przez wykonawców, nie mogą posiadać innych zastosowań niż opisywanie płyt CD / DVD, tym samym że wymaga markerów służących *wyłącznie* do opisywania płyt. Na takie wymaganie nie wskazuje również okoliczność, jak argumentował Zamawiający - że markery do pisania po gładkich powierzchniach zostały wyspecyfikowane w poz. odpowiednio do części 82 i 84 więc nieuzasadnionym byłoby żądanie takich samych markerów w różnych miejscach formularza. W pozycjach tych, jak ustalono, Zamawiający wymagał markerów permanentnych w czterech kolorach, o innej grubości linii pisania, nie można zatem przyjąć że jest to taki sam produkt jak marker zaoferowany przez Odwołującego w kwestionowanych pozycjach. Co więcej, trudno wymagać od wykonawców, aby w ten sposób odczytywali treść SIWZ, domyślając się, czy Zamawiający w następnej pozycji nie opisał produktu podobnego, tożsamego. Jednoznaczny i precyzyjny opis przedmiotu zamówienia leży po stronie Zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania, a ewentualne niejasności nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. Na aprobatę nie zasługuje także kolejne twierdzenie Zamawiającego, że markery przeznaczone wyłącznie do opisywania płyt posiadają inną końcówkę. Zamawiający przedstawił na rozprawie jako dowód z oględzin marker zaoferowany przez Odwołującego oraz taki, który zdaniem Zamawiającego spełnia wymogi SIWZ. Zarówno jeden i drugi marker posiadały identyczną końcówkę. Ponadto, wymaganie co do miękkości końcówki markera nie znalazło się w opisie przedmiotu zamówienia. Jak wynika z pisma z dnia 17 września 2018 r., na które powołał się Odwołujący, stanowiącego wyliczenie niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ dokonane przez firmę BEST - ART., Firma ta wskazała jako spełniający wymagania (na taki wskazywał również Zamawiający w odpowiedzi na dowołanie) marker, który zgodnie z załączoną do pisma kartą katalogową służy oprócz opisywania płyt CD / DVD do pisania po gładkich powierzchniach np. laminowanych, a zatem również nie służy wyłącznie do opisywania płyt. Działania Zamawiającego należy zatem uznać za nieuzasadnione.

Część I poz. 118, Część V poz. 112

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W załączniku nr 1.1. do SIWZ w poz. 118 Zamawiający wymagał: *SEGREGATOR 2R/A5/40MM Opis: Segregator A5/40mm 2 ringowy, wykonany z kartonu pokrytego na*

zewnątrz folią polipropylenową o grubości min. 100mic., szerokość grzbietu 40mm, różne kolory.

W załączniku nr 1.5. do SIWZ w poz. 112 Zamawiający wymagał: *SEGREGATOR 2R/A5/40MM Opis: Segregator A5/40mm 2 ringowy, wykonany z kartonu pokrytego na zewnątrz folią polipropylenową o grubości min. 100mic., szerokość grzbietu 40mm, różne kolory.*

Odwołujący zaoferował w powyższych pozycjach: *Acco Brands/Esselte, segregator A5/2R 40mm np. 47687.*

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp Zamawiający wskazał, że: *wymagał segregatora 2R/A5/40MM o szer. grzbietu 40MM. Wykonawca zaproponował segregator np.47687 producenta Acco/Brends/Esselte, który posiada grzbiet szerokości 42mm.*

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

W odniesieniu do podniesionego zarzutu Zamawiający wskazał, że kierując się równym traktowaniem wykonawców w postępowaniu odrzucił ofertę Odwołującego za niezgodność przywołanej pozycji formularza rzeczowo - cenowego z SIWZ analogicznie jak wypełniając nakaz wynikający z wyroku KIO z dnia 14 września 2018 r., sygn. akt KIO 1745/18 uczynił z ofertą wykonawcy BEST - ART. Po pierwsze, argumentacji takiej nie można odnaleźć w treści decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Po drugie, twierdzenia te są chybione, gdyż jak można odczytać w uzasadnieniu powyższego wyroku odrzucenie oferty firmy BEST - ART. w tych pozycjach nastąpiło z uwagi na zaoferowanie segregatora pokrytego na zewnątrz folią polipropylenową o grubości 25 mic, co zostało wykazane dowodami złożonymi przez Odwołującego w tamtej sprawie, a więc niespełniającej wymogu SIWZ dotyczącego min. 100 mic. Zamawiający w niniejszej sprawie odrzucił ofertę Odwołującego za niezgodność z SIWZ szerokości segregatora oferowanego przez Odwołującego. Z dowodów przedłożonych przez Odwołującego (oświadczenia firmy Esselte z dnia 3 i 4 października 2018 r., specyfikacji produktu wraz z tłumaczeniem) wynika, że segregator zaoferowany przez Odwołującego wypełnia wymogi SIWZ w zakresie szerokości grzbietu. Zamawiający przedstawił dowody w postaci wydruków ze stron internetowych, na podstawie których wywodził, że szerokość grzbietu wynosi 42 mm. Zaznaczenia wymaga, że z wydruków tych wynika także szerokość 40 mm - *wymiary 40x231x201 mm*. Co więcej, trudno uznać za wiarygodne twierdzenia Zamawiającego prezentowane na rozprawie, że wydruki te stanowią odpowiedź firmy Esselte na zapytanie Zamawiającego o szerokość grzbietu w świetle przedstawionej przez Odwołującego korespondencji mailowej, w której firma Esselte

zaznacza, że Zamawiający otrzymał identyczną odpowiedź dotyczącą szerokości segregatora, jak Odwołujący. Mianowicie, firma Esselte wskazała: *Uprzejmie informuję, że podane przez nas we wcześniejszych pismach dwie grubości 40 i 42 mm segregatora Esselte format A5 o kodach katalogowych 47683,47685, 47686 i 47687 są właściwe. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest prośba naszych klientów o podawanie w materiałach również grubości maksymalnie wypełnionego segregatora. Dwa milimetry stanowią boczne kryza na jego grzbiecie, które w momencie jego wypełnienia zwiększają objętość segregatora. Reasumując, grubość 40 mm to wymiar produktu gotowego do użytku, wymiar 42 mm grubość maksymalnie wypełnionego segregatora. Dlatego w naszym katalogu online podane są obydwie grubości, co oczywiście można bez przeszkód sprawdzić. [...] Zamawiający na rozprawie okazał Izbie segregator o symbolu 47685. Pomijając, iż Odwołujący zaoferował segregator o symbolu 47687 wskazania wymaga, że Zamawiający nie wiedział w jaki sposób powinien zmierzyć grzbiet segregatora ostatecznie twierdząc, że ma on 35 mm. Co istotne, sposób w jaki można określić szerokość grzbietu nie został również, co oczywiste określony w treści SIWZ, a zatem wystarczające i wiarygodne w tym zakresie jest właśnie oświadczenie producenta danego produktu. Odnośnie dowodu złożonego przez Zamawiającego - wydruku ze strony internetowej, Zamawiający twierdził, że w jego ocenie na stronie Odwołującego w wyniku wyszukiwania po symbolu 47687 pojawił się segregator o szerokości 35 mm. Co istotne, Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego twierdził, iż niezgodność wynika z zaoferowania segregatora o szerokości 42 mm. Niemniej jednak, w ocenie Izby z przedłożonego wydruku nie wynika, że jest to segregator oferowany przez Odwołującego, gdyż wskazuje na symbol A5/35/2R, a Odwołujący zaoferował produkt o symbolu A5/40/2R. Na stronach internetowych w wyniku wyszukiwania często pojawiają się wyniki najbardziej zbliżone do wyszukiwanego produktu. Powyższe dowodzi natomiast, że Zamawiający mógł mieć na etapie badania oferty Odwołującego wątpliwości co do zgodności segregatora z SIWZ, które Zamawiający był zobowiązany wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, czego nie uczynił.*

Część I poz. 205

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W załączniku nr 1.1. do SIWZ w poz. 205 Zamawiający wskazał, że wymaga: *Tektury drzewnej brązowej gr. 1.0 mm B1.*

Zamawiający w dniu 23 maja 2018 r. w odpowiedzi na pytanie dot. poz. 205 w części I: *Proszę o potwierdzenie, że przez kolor brązowy należy rozumieć również kolor podawany jako szary?*

Zamawiający odpowiedział, że zmienia opis zamówienia wymagając tektury makulaturowej w kolorze brązowym lub szarym.

Ustalono, że w dniu 23 maja 2018 r. Zamawiający poinformował, że w związku z udzielonymi odpowiedziami *zmienia opis zamówienia wymagając tektury makulaturowej w kolorze brązowym lub szarym.*

Co istotne, Zamawiający nie dołączył do zmiany SIWZ formularza - załącznika nr 1.1. do SIWZ uwzględniającego powyższe zmiany.

Odwołujący zaoferował w powyższej pozycji: *Enpap, Tektura drzewna szara gr. 1,0 mm B1, AGP-BX0700/B1*, a w samym opisie w formularzu złożonym przez Odwołującego wskazano: *Tektura drzewna brązowa lub szara gr. 1.0 mm B1.*

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp Zamawiający wskazał, że: *wymagał tektury makulaturowej w kolorze brązowym lub szarym (zmiana - pismo nr 3762 z dnia 23.05.2018 r.). Wykonawca zaproponował tekturę drzewną szarą.*

Zarzut potwierdził się.

Z powyższych ustaleń wynika, że Zamawiający dokonując zmiany SIWZ w zakresie poz. 205 w części I formularza w istocie miał na celu dopuszczenie koloru szarego, gdyż pytanie wykonawcy dotyczyło właśnie koloru tektury. W ocenie Izby, argumentacja Zamawiającego dotycząca kwestii, iż tektura drzewna nie jest tekturą makulaturową nie znajduje uzasadnienia zarówno w działaniach Zamawiającego, nie wynika z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak również z zebranego materiału dowodowego. Odwołujący przedstawił oświadczenie firmy ENPAP, od której zamierzał kupić tekturę, że została zaoferowana tektura makulaturowa drzewna, a pod symbolem podanym przez Odwołującego w ofercie firma ENPAP sprzedaje tekturę makulaturową szarą. Zamawiający podniósł, że sprzedawca ten nie prowadzi już działalności, na dowód czego przedłożył wydruk z CEIDG. Okoliczność taka nie wynika jednak z powyższego dokumentu. Wydruk dotyczy osoby Pana P. N., a w zakresie działalności prowadzonej przez tego przedsiębiorcę wskazano w CEIDG, że została ona zawieszona, co nie jest równoznaczne z zaprzestaniem prowadzenia działalności w ogóle. Jednocześnie odnośnie spółki cywilnej, której przedsiębiorca jest współnikiem takiego zawieszenia nie wpisano w CEIDG, a to właśnie od firmy ENPAP s.c. Odwołujący zamierzał kupić kwestionowaną tekturę. Kwestie te należy uznać za irrelewantne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Ponadto, Zamawiający przedstawił dowód w postaci odpowiedzi firmy IGEPA na zapytanie Zamawiającego o różnice pomiędzy tekturą makulaturową a drzewną. Po pierwsze, jak słusznie podniósł Odwołujący to nie tej firmy produkt Odwołujący zaoferował

w postępowaniu. Po drugie, odpowiedź Firmy IGEPa dotyczy produktów oferowanych zapewne przez tą Firmę, a mianowicie produktu: tektura typu Dorexpack oraz Panka. Z tych powodów Izba dała wiarę dowodom przedłożonym przez Odwołującego, w konsekwencji czego uznała, że oferta Odwołującego spełnia wymagania SIWZ.

Dalsze zarzuty odwołania Odwołujący podniósł z ostrożności procesowej. Izba uwzględniła zarzuty odnoszące się do odrzucenia oferty Odwołującego, dlatego też nie nakazała wyjaśnienia jej treści w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, niemniej jednak wskazać należy, że Zamawiający zaniechał wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści oferty Odwołującego. Podjęcie czynności wezwania we wskazanym trybie stanowi uprawnienie Zamawiającego ale i obowiązek, jako czynności poprzedzającej odrzucenie oferty, a więc czynności definitywnej i ostatecznej (wzruszalnej jedynie w wyniku złożenia środka ochrony prawnej).

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 7 ustawy pzp zasługiwał więc na uwzględnienie. *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (art. 87 ust. 1 ustawy pzp). Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust. 1 ustawy pzp).*

Argumentacja Zamawiającego mająca potwierdzać prawidłowość decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jest niespójna i pełna sprzeczności. Zamawiający najprawdopodobniej dopiero na etapie postępowania odwoławczego rozpoczął gromadzenie materiału dowodowego, który miałby potwierdzać słuszność podjętej czynności, co wynika z dat poszczególnych pism złożonych w poczet materiału dowodowego. Zamawiający potwierdził, że w dokumentacji postępowania brak jest dokumentów, na których Zamawiający oparł podejmowane działania. Opisane okoliczności wskazują na potwierdzenie zasadności zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Nieuzasadnione są twierdzenia Zamawiającego, że niezgodność treści oferty z SIWZ była niewątpliwa, co pokazały zarówno zgromadzone w sprawie dowody, jak i argumentacja zaprezentowana przez Strony na rozprawie. Jak sam Zamawiający wskazał z kart katalogowych nie można było odczytać wprost, że markery służą do opisywania płyt CD / DVD, a rozbieżności na stronach internetowych co do szerokości segregatora - 40, 42 czy 35 mm powinny skłonić Zamawiającego do wyjaśnienia powyższych kwestii w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp przed decyzją o odrzuceniu oferty Odwołującego. Powyższe potwierdza także zarzut naruszenia art. 7 ustawy pzp, gdyż jak wynika z dokumentacji postępowania oraz wyroku z dnia 14 września 2018 r., sygn. akt KIO 1745/18, w stosunku do oferty BEST - ART.

Zamawiający zachował się w odmienny sposób i wzywał do wyjaśnienia licznych rozbieżności dotyczących treści oferty tego Wykonawcy, czego zaniechał w stosunku do oferty Odwołującego, pomimo że okoliczności tego wymagały. Nie zasługuje na akceptację praktyka, o której wypowiedział się Zamawiający na rozprawie, a polegająca na *głównym nacisku* na ofertę najkorzystniejszą cenowo. Artykuł 7 ustawy pzp stanowi o równym traktowaniu wykonawców w postępowaniu. Odwołujący złożył ofertę mieszczącą się w środkach przeznaczonych przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, a zatem Zamawiający był zobowiązany dążyć do utrzymania oferty tegoż Wykonawcy w postępowaniu w tożsamy sposób jak w stosunku do oferty firmy BEST - ART. Działania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie znajdują uzasadnienia zarówno w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, jak i w przepisach prawa, których naruszenie słusznie zarzucił Odwołujący. W związku z uwzględnieniem zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, a także zebrany materiałem dowodowym w sprawie, Izba stwierdziła jedynie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy pzp nie nakazując wyjaśnienia oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp.

Przechodząc do zarzutu nienależytego uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, zaznaczenia wymaga, że uzasadnienie to ma niebagatelne znaczenie dla możliwości złożenia przez wykonawcę skutecznie środka ochrony prawnej, a następnie obrony własnej oferty w postępowaniu odwoławczym.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp *zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: [...] wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, [...] podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

W niniejszym postępowaniu Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przedstawił częściowo uzasadnienie faktyczne swoich działań, brak natomiast takiej argumentacji w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. To na etapie postępowania odwoławczego Odwołujący dowiedział się, że faktyczną podstawą odrzucenia jego oferty w odniesieniu do markerów jest okoliczność, że nie służą wyłącznie do opisywania płyt CD / DVD, w odniesieniu do segregatora, że z części stron internetowych wynikają rozbieżności oraz że Zamawiający postąpił w stosunku do oferty Odwołującego (pozycji dotyczącej segregatora) analogicznie jak w przypadku oferty BEST - ART., a o niezgodności tektury z wymaganą Zamawiający uzyskał informacje od innej Firmy, niż Firma której produkt zaoferował Odwołujący. Taka sytuacja jest oczywiście niedopuszczalna, a w niniejszym

postępowaniu ujawniła, że nie jest wiadome na czym Zamawiający w istocie oparł swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, bowiem brak również takich informacji w dokumentacji postępowania, co zostało potwierdzone przez Zamawiającego na rozprawie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Izba nie uwzględniła kosztów w wysokości 90,00 z tytułu kosztów zastępstwa prawnego, stosownie bowiem do § 3 pkt 2 lit b 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), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż 3 600,00 zł.

Przewodniczący: