

Sygn. akt: KIO 55/14

WYROK

z dnia 28 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2014 r. przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PORTAL Sp. z o.o. w Gdańsku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, Oddział w Toruniu,

przy udziale wykonawcy Partner XXI Kleks Sp. J. M..... W....., W..... W..... w Toruniu, zgłaszającego przystąpienie do powstępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PORTAL Sp. z o.o. w Gdańsku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PORTAL Sp. z o.o. w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, Oddział w Toruniu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę materiałów biurowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w dniu 29 listopada 2013 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. nr 490764.

W dniu 10.01.2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wyborze oferty złożonej przez Partner XXI Kleks Sp. J. M..... W....., W..... W..... w Toruniu (zwanej dalej „Partner”), jako najkorzystniejszej, także o odrzuceniu oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PORTAL Sp. z o.o. w Gdańsku (zwanej dalej „Portal”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) – w części I zamówienia.

W dniu 14.01.2014 r. Portal wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z odrzuceniem oferty odwołującego,
2. art. 7 ustawy w związku z nie odrzuceniem, a wyborem oferty Partner.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty,
- powtórzenia czynności oceny ofert,
- wybranie oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„I. Zarzut nr 1 Zamawiającego do pozycji 87 formularza cenowego.

W treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego , Zamawiający podał, cyt.:

„ Wyceniony w ofercie wkład KAMET (producent) jest wkładem metalowym wielkopojemnym, pasującym do długopisu, typu Zenith lecz tusz w tym wkładzie nie jest tuszem dokumentalnym (archiwalnym). Próbka złożona wraz z ofertą nie jest próbką wkładu opisanego w ofercie (formularzu cenowym), jednak Zamawiający nie wezwał Wykonawcy w oparciu o art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełnienia, gdyż mimo jej złożenia oferta podlegałaby odrzuceniu.”

Zgodnie z zapisami art.29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast zgodnie z dyspozycją art. 29 ust.3, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Istotne jest to, że w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, korzystając z dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy pzp, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów równoważności produktów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób dokładny, przejrzysty i jasny tak, aby zamawiający, dokonując oceny ofert, mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności.

Sygn. akt. KIO/U Z P1400/08 „ uznaje się , że oferta równoważna to taka , która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych , które zostały zakreślone w SIWZ , lecz oznaczonych znakiem towarowym, patentem, lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to , że produkt równoważny to produkt , który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne , istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry.”

Te istotne cechy i parametry Zamawiający powinien określić w opisie przedmiotu zamówienia . Wobec powyższego Zamawiający nie może dokonać oceny równoważności o parametr który nie podał w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący potwierdza , że oferowany wkład wielkopojemny posiada tusz dokumentalny, tak jak wymagał Zamawiający.

Tuszu archiwalnego ??? Zamawiający nie wymagał w SIWZ, a co za tym nie może dokonać oceny równoważności o ten parametr.

Faktem jest , że określenie „Tusz dokumentalny” to tusz przeznaczony do sporządzania dokumentów czyli pism urzędowych , a nie np. tusz do folii, czy tusz do znakowania tekstylii.

Odnosnie złożonej próbki, próbka została złożona właściwa i oznakowana przez Odwołującego do jakiej pozycji formularza cenowego dotyczy. Zamawiający w SIWZ w punkcie 2.4 dopuścił oznakowanie alternatywnie : na produkcie lub na opakowaniu jednostkowym co jest zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, bowiem towary o małych gabarytach mogą być oznakowane na opakowaniach. Odwołujący jeszcze raz wskazuje, w pełni tego słowa znaczenia , że dostarczył próbkę.

Zaoferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego , a co za tym treść oferty jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

II. Zarzut Zamawiającego nr 2 do pozycji 8 formularza cenowego

W treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego , Zamawiający podał, cyt.:

„Wykonawca zaoferował - opisał w formularzu cenowym następujący datownik : „TOOR KW TRADE”, gdzie TRADE oznacza importera produktu i dołączył do oferty próbkę tego artykułu o nazwie: TOOR 4610L 4mm. Zaoferowany artykuł jest niezgodny ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Cyfry i litery nie odbijają się co powoduje, że data jest nieczytelna . Oferowany produkt nie jest równoważny jakościowo z produktami firm Trodat czy Wagraf.”

Odwołujący wskazuje , że zaoferował zgodnie z treścią SIWZ (wykonawca miał podać w formularzu cenowym , w kolumnie 5 , nazwę oferowanego materiału i nazwę producenta lub importera) „Datownik TOOR” (nazwa) KW TRADE (importer) i załączył do oferty datownik TOOR o symbolu 4610L.(zgodnie z treścią SIWZ, podanie symbolu w ofercie nie było wymagane przez Zamawiającego).

Kolejno, należy ustosunkować się do kontrowersyjnej pozycji, czy parametry podane w opisie przedmiotu zamówienia, odnoszące się do dopuszczalnego przez Zamawiającego zakresu równoważności ofert, posiada art. równoważny i tak :

Nr poz formularza	Opis podmiotu zamówienia w SIWZ. Parametry wymagane	Opis przedmiotu równoważnego. Parametry oferowane	Wynik porównania
8	<ul style="list-style-type: none"> – Datownik – Automat – Samotuszjący – Miesiąc pisany słownie(w j. polskim) – W układzie DD/miesiąc/RRRR – wys. Cyfr 4mm +/- 0,2mm 	<ul style="list-style-type: none"> – datownik – Automat – Samotuszjący – Miesiąc pisany słownie(wj. polskim) – W układzie DD/miesiąc/RRRR – wys. Cyfr 4mm 	<p>Wszystkie wskazane parametry w opisie przedmiotu zamówienia produkt równoważny posiada tym samym spełnia wymagania SIWZ</p>

Natomiast odnosnie walorów użytkowych, to datownik TOOR o symbolu 4610L jest w polskim obrocie handlowym od wielu lat i odwołujący nie spotkał się z reklamacją tego produktu. Ocena Zamawiającego, iż data nie odbija się na papierze i jest nieczytelna , zdaniem

odwołującego, jest ocena subiektywna. Odwołujący fizycznie sprawdził wskazany datownik, data jest czytelna. Sposobu oceny walorów użytkowych Zamawiający nie opisał w treści SIWZ. Odwołujący wskazuje, że dołączył, w pełni tego słowa znaczenia, **próbkę** celem ustalenia równoważności do parametrów podanych w opisie przedmiotu zamówienia, bo taki zakres równoważności ofert dopuścił Zamawiający w SIWZ.

Zaoferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego, a co za tym też treść oferty jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

III. Zarzut nr 3 do pozycji 95 formularza cenowego

W treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, Zamawiający podał, cyt.:

„Zaoferowany artykuł jest niezgodny ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Zszywacz nie zszywa 40 kartek. Nadto na opakowaniu produktu producent podaje, że zszywacz zszywa do 25 kartek.”

Odwołujący zaoferował Zszywacz metalowy T-804 wprowadzony do obrotu, na terenie Polski, przez importera TAURUS. Nazwa - WEISHU jest nazwą producenta. Za produkt wprowadzony na terenie Polski, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, odpowiedzialny jest importer, Na opakowaniu przedmiotowego zszywacza jest etykieta importera, określająca ilość zszywanych kartek w ilości 40szt. Fizycznie, Odwołujący sprawdził i stwierdził, że przedmiotowy zszywacz zszywa 40 kartek przy zastosowaniu odpowiednich rozmiarów zszywek, jak i zaleca się zastosować zszywki ostrzone. Istotnym jest, Zamawiający nie wskazał w treści SIWZ grubości, gramatury papieru do wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia „40 kartek”.

Odwołujący podczas rozprawy zademonstruje czy dany zszywacz zszywa 40 kartek.

Natomiast odnośnie opisu na opakowaniu, trzeba stwierdzić, iż bardzo często stosuje się opakowania zastępcze czy wydrukowane z błędem (ze względów ekonomicznych nie niszczy się ich), ale w takim przypadku na opakowaniu podaje się informację prawidłową poprzez zmianę zapisu. Odpowiedzialnym za wprowadzenie tego produktu na terenie Polski jest importer i On właśnie taką informację podał, naklejając swoją etykietę z opisem produktu w języku polskim, z której dowiadujemy się, że przedmiotowy zszywacz, zszywa 40 kartek.

Zaoferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego, a co za tym też treść oferty jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący podtrzymuje stanowisko, że w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ, Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, a co za tym też naruszył normę prawną określoną art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

Poza powyższym , Odwołujący również zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych , bowiem Zamawiający w sposób zasadniczy naruszył zasady udzielania zamówień publicznych. Zamawiający ma zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji jak i osoby wykonujące czynności z przeprowadzaniem postępowania winny zapewnić bezstronność i obiektywizm. Zamawiający zamiast odrzucić ofertę wykonawcy Partner XXI Kleks Sp. J., ul. Szosa Lubicka 22, 87-100 Toruń na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp , dokonał jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Oferta wybrana jako najkorzystniejsza, złożona przez Partner, jest ofertą tańszą od oferty przystępującego (odpowiednio ceny ww. ofert w części I zamówienia: 130 276,18 zł i 139289,96 zł)

Według pkt 5.2 SIWZ jedynym kryterium wyboru oferty jest cena.

Jak wynika z pkt 1.2 Protokołu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia (Druk ZP-PN), szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W treści Załącznika CB do SIWZ (Formularz cenowy i opis zamówienia – część I Oddział Bydgoszcz) w przedmiocie wymagań dotyczących zamawianego asortymentu, zamawiający wskazał:

- W poz. 8 – odnośnie datownika, m.in.: „Wymagany standard jakościowy nie niższy niż reprezentowany przez produkty: Trodat lub Wagraf”.
- W poz. 87 – odnośnie wkładu wielkopojemnego metalowego do długopisu typu Zenith, m.in.: „- z tuszem dokumentalnym”.
- W poza. 95 – odnośnie zszywacza, m.in.: „wydajność zszywania min. 40 kartek”.

Ponadto, zgodnie z pkt 8.2.3 SIWZ (dotyczącym wymaganych dokumentów) zamawiający wymagał dostarczenia próbek wskazanych materiałów biurowych.

Natomiast w pkt 2.4 SIWZ (dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia) zamawiający wskazał „Proponowane przez Wykonawcę w ofercie materiały muszą posiadać oznakowanie umieszczone na produkcie lub opakowaniu jednostkowym, etykiecie, wskazujące firmę, adres przedsiębiorcy wprowadzającego towar do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz kraj pochodzenia. Na towarze (materiale), jego opakowaniu, etykiecie, instrukcji, zamieszczone winny być pisemne informacje pozwalające na identyfikację towaru (materiału). Informacje te powinny być zamieszczone w języku polskim. (...)”

W ofercie odwołującego, w części I zamówienia, zaoferowano dostawę następującego asortymentu:

- w poz. 8 Formularza cenowego – datownik TOOR KW TRADE oraz załączono jeden egzemplarz (próbkę) datownika oznaczoną na opakowaniu jako TOOR 4610L,
- w poz. 87 Formularza cenowego – wkład wielkopojemny metalowy do długopisu typu Zenith, KAMET, a także załączono jeden egzemplarz (próbkę) wkładu (bez oznaczeń i bez opakowania),
- w poz. 95 Formularza cenowego – zszywacz metalowy T-804 TAURUS oraz załączono egzemplarz (próbkę) zszywacza oznaczoną na opakowaniu jako produkt o nazwie WEISHU Stapler T804.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego (pismo z dnia 10.01.2014 r.) zamawiający podał:

„Wykonawca „PHU Portal” z Gdańska, w złożonej ofercie, w pozycji 87 formularza cenowego zaproponował następujący wkład: „Wkład wielkopojemny metalowy do długopisu typu Zenith - KAMET” w cenie 0,66 zł za 1 szt. Do oferty Wykonawca dołączył wkład metalowy pasujący do długopisów typu Zenith nie posiadający żadnego opisu.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych warunków zamówienia w poz. 85 wzoru formularza cenowego opisał wkład następująco:

„*Wkład wielkopojemny metalowy do długopisu typu Zenith,*

- *pokryty powłoką niklową,*
- *końcówka wkładu wykonana z mosiądzu wysokoniklowego,*
- *z tuszem dokumentalnym,*
- *niebieski lub czarny,*

- *długość linii pisania nie krótsza niż 3.500 m.*

Wymagany standard jakościowy: nie niższy niż reprezentowany przez produkty firmy Zenith-MonAmi."

Wyceniony w ofercie wkład KAMET (producent) jest wkładem metalowym wielkopojemnym, pasującym do długopisów typu Zenith lecz tusz w tym wkładzie nie jest tuszem dokumentalnym (archiwalnym). Próbka złożona wraz z ofertą nie jest próbką wkładu opisanego w ofercie (formularzu cenowym), jednak Zamawiający nie wezwał Wykonawcy w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do jej uzupełnienia, gdyż mimo jej złożenia oferta podlegałaby odrzuceniu.

- w poz. 8 wzoru formularza cenowego (załącznik CB do Siwz) Zamawiający opisał, że zamierza kupić następujący artykuł:

„Datownik automat samotuszujący, miesiąc pisany słownie (w j. polskim) w układzie DD/miesiąc/RRRR

- wys. cyfr 4 mm +/- 0,2 mm,

Wymagany standard jakościowy nie niższy niż reprezentowany przez produkty: Trodat lub Wagraf,,

Wykonawca zaoferował - opisał w formularzu cenowym następujący datownik: „TOOR KW, TRADE” , gdzie TRADE oznacza importera produktu i dołączył do oferty próbkę tego artykułu o nazwie: TOOR 4610L 4 mm.

Zaoferowany artykuł jest niezgodny ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Cyfry i litery nie odbijają się właściwie, tj. nie odbijają się całkowicie na papierze. Część cyfr i liter miesiąca nie odbija się co powoduje, że data jest nieczytelna. Oferowany produkt nie jest równoważny jakościowo z produktami firm Trodat czy Wagraf.

- w poz. 95 wzoru formularza cenowego, stanowiącego załącznik CB do Siwz, Zamawiający opisał, że zamierza kupić następujący artykuł:

„Zszywacz metalowy, mocna metalowa konstrukcja, wydajność zszywania min. 40 kartek, głębokość wsuwania kartek do 60 mm ”

Wykonawca zaoferował - opisał w formularzu cenowym ,następujący zszywacz: zszywacz metalowy T-804, TAURUS dołączył do oferty próbkę artykułu o nazwie: WEISHU Stapler T804
Zaoferowany artykuł jest niezgodny ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.

Zszywacz nie zszywa 40 kartek. Nadto na opakowaniu produktu producent podaje, że zszywacz zszywa do 25 kartek

Podstawa prawna odrzucenia oferty: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.”

W trakcie wyrokowania Izba uwzględniła dowody z dokumentów przedstawione przez odwołującego:

- Oświadczenie KAMET w sprawie zawartości tuszu dokumentalnego we wkładach do długopisów – podpisane przez p. A..... K.....,
- Kartę katalogową zszywacza Weishu 804, gdzie odnośnie ww. produktu podano: „ilość zszywanych kartek – 40” oraz stosowane zszywki: „24/6, 26/6, 23/6, 24/8”.

Uwzględniono również dowody z przeprowadzonych na rozprawie prób działania:

- zszywacza T804 dostarczonego przez odwołującego,
- zszywacza T804 dostarczonego przez zamawiającego (egzemplarz załączony do oferty odwołującego),
- datownika TOOR 4610L dostarczonego przez odwołującego,
- datownika TOOR 4610L dostarczonego przez zamawiającego (egzemplarz załączony do oferty odwołującego).

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucał odwołujący, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z

zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Natomiast przepis art. 87 ust. 1 Pzp stanowi w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Ponadto według art. 26 ust. 3 zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Art. 26 ust. 4 Pzp stanowi, iż zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Ponadto Izba wskazuje na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie – zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Powyższe jest skorelowane z ekonomiką postępowania odwoławczego z założenia realizującego postulat szybkości procesowej (art. 189 ust. 1 Pzp).

Według przepisu art. 180 ust. 2 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Według ust. 2 tego przepisu, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy 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. Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożności wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze

zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ewentualnie uzupełnienia lub wyjaśnienia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp (w tym próbek), potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4).

Odnosząc powyższe do rozpatrywanej sprawy oraz rozpatrywanych w jej ramach zarzutów, należy stwierdzić, iż z uwagi na wartość przedmiotowego zamówienia, zarzutów dotyczących oferty wybranej – przedstawionych w odwołaniu jako naruszenie art. 7 Pzp – nie rozpatrzono. W świetle art. 180 ust. 2 ustawy, środki ochrony prawnej względem zaniechania odrzucenia oferty konkurenta, wykonawcy nie przysługują. Oferta wykonawcy Partner pozostaje więc ważna, a prawidłowość jej wyboru nie może być w postępowaniu odwoławczym zakwestionowana.

Tym samym nawet potwierdzenie zarzutów odwołania dotyczących odrzucenia oferty odwołującego, jako pozbawione wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, nie mogłoby stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. W związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp tylko zarzuty, których uwzględnienie wpływa na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, stanowić mogą podstawę do uwzględnienia odwołania. Natomiast wynik postępowania należy utożsamiać z wyborem oferty najkorzystniejszej – co znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12 (niepubl.). W rozpatrywanym przypadku, stwierdzenie nieprawidłowości odrzucenia oferty odwołującego i przywrócenie jej do postępowania nie doprowadziłoby do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Oferta Partner, jako tańsza, pozostałaby cały czas ofertą najkorzystniejszą – wynik postępowania nie ulega w tym przypadku zmianie.

Powyższe stanowiło podstawę do oddalenia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp.

Odnosząc się natomiast kolejno do poszczególnych zarzutów odwołania dotyczących oferty Portal, Izba stwierdziła, co następuje.

W świetle ustaleń Izby opartych o przedstawiony w sprawie materiał dowodowy, zaoferowany wkład do długopisu jest zgodny z zastanymi wymaganiami SIWZ, tj. jest wkładem wypełnionym tuszem dokumentalnym. Za dowód potwierdzający ww. okoliczność uznano oświadczenie producenta wkładu, firmy KAMET, przedstawione przez odwołującego. Natomiast zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, które powyższe oświadczenie mogłyby podważyć, w szczególności na poparcie swoich twierdzeń, iż KAMET nie produkuje wkładów wypełnionych takim tuszem. Ponadto zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność ustalenia treści i znaczenia wymaganej w SIWZ „dokumentalności” tuszu do długopisów. W szczególności zamawiający nie wykazał, iż odwołanie do tuszu „dokumentalnego” jest zrozumiałe samo przez się bez dodatkowych odesłań i dookreśleń oraz

oznacza tusz „archiwalny”, określony dokładniej w treści norm, do których się w odpowiedzi na odwołanie odwoływał.

Również zaoferowany przez odwołującego zszywacz spełnia wymagania SIWZ, tj. zszywa 40 kartek. Zszywacz Weishu T810 (TAURUS - nazwa nadana przez importera wprowadzającego produkt na rynek polski, co zostało wyjaśnione przez odwołującego) załadowany zszywkami o odpowiedniej długości (8mm) zszywa 40 kartek papieru biurowego, o czym przesądzą przeprowadzone na rozprawie próby egzemplarzy zszywaczy przedstawionych przez zamawiającego i odwołującego. Zamawiający w treści specyfikacji nie podał żadnych wymagań odnośnie długości używanych zszywek. Ponadto nie zmieniają oceny powyższego jakiegokolwiek informacje podawane na opakowaniu spinacza, sporządzone w języku obcym, a więc formalnie nieznanym Izbie, na które zamawiający wskazywał. Zszywacz działa również przy zastosowaniu zszywek 26/8, czego dowiedziono na rozprawie, i co potwierdzał importer w oznaczeniu na opakowaniu produktu.

Powyższe okoliczności zostały wyjaśnione i wykazane przez odwołującego w odwołaniu oraz na rozprawie przed Izbą. Nic nie stało również na przeszkodzie, aby powyższe ustalił i wyjaśnił zamawiający w trakcie oceny ofert na podstawie stosownych, powoływanych wyżej przepisów.

Odnośnie datownika TOOR 4610L wskazać należy, iż stwierdzona przez zamawiającego w postawie faktycznej odrzucenia oferty Portal, niezgodność oferty z SIWZ, polegać miała na nierównoważności jakościowej produktu oferowanego do produktów firm Trodat lub Wagraf. Powyższe przejawiać się miało tym, iż cyfry i litery stawiane przy pomocy datownika TOOR, „(...)nie odbijają się właściwie, tj. nie odbijają się całkowicie na papierze. Cześć cyfr i liter miesiąca nie odbija się co powoduje, że data jest nieczytelna”.

Przeprowadzone w tym zakresie przez strony na rozprawie demonstracje działania produktu (egzemplarz załączony do oferty przedstawiony przez zamawiającego oraz egzemplarz dostarczony przez odwołującego) nie dały rozstrzygających rezultatów. Egzemplarz załączony do oferty odbijał daty z pewnymi brakami fragmentów liter (w skrótach miesięcy), natomiast datownik przedstawiony przez odwołującego odbijał pełne napisy. Ilość egzemplarzy użytych do eksperymentu procesowego była zbyt mała, aby dać w tym zakresie reprezentatywne i rozstrzygające wyniki. Przy czym obowiązkiem wykazania przed Izbą jakości odbijania symboli przez oferowany datownik należałoby obciążyć odwołującego. Niemniej jednak również zamawiający w trakcie prowadzonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia mógłby przeprowadzić dodatkowe czynności wyjaśniające, a nie wyciągać tak daleko idące wnioski, co do danego asortymentu na podstawie prób tylko z jednym jego egzemplarzem. W ramach powyższego mógłby ustalić, co jest immamentną wadą i cechą danego asortymentu, a co wadą nielicznych egzemplarzy, której usunięcie (np. przez wymianę) można wyegzekwować w trakcie odbioru zamówienia oraz okresu gwarancyjnego.

Jednakże okolicznością, która przesądziła w tym przypadku o potwierdzeniu zarzutu odwołania, był fakt niewykazania przez zamawiającego treści i znaczenia odnośnych wymagań SIWZ dotyczących datownika. Izba z urzędu nie zna parametrów jakościowych produktów Trodat i Wagraf, do których odwoływał się zamawiający. W świetle zastanego brzmienia SIWZ, nie jest jasne dlaczego tego typu dyskusyjne wymagania opisu przedmiotu zamówienia miałyby odnosić się do sposobu odbijania daty. Ponadto żadna z dat odbitych na rozprawie przez zamawiającego nie była nieczytelna, tzn. jakkolwiek odbijane napisy wykazywały pewne braki w rysunku symboli, to jednak w żadnym przypadku nie było żadnych wątpliwości, co do treści napisów i identyfikacji odbitej daty.

Zarzuty nieprawidłowego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy względem oferty odwołującego zasługiwały więc na potwierdzenie. Jednakże, jak już wskazano, powyższe nie miało wpływu na wynik postępowania i nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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. Nr 41, poz. 238).