

Sygn. akt: KIO 1191/11

WYROK

z dnia 15 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: **Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2011 r. przez **Jolantę Redek – Jaroszewicz prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą JOLIMPEX Jolanta Redek – Jaroszewicz, Al. Na Skarpie 19/1, 00-488 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, ul. Wspólna 2/4, 00-926 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **AMAD Sp. z o.o., ul. Łąkowa 31, 05-092 Łomianki**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Ministerstwu Rozwoju Regionalnego unieważnienie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy **Jolanta Redek – Jaroszewicz prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą JOLIMPEX Jolanta Redek – Jaroszewicz** i odrzucenia jego oferty oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazuje Ministerstwu Rozwoju Regionalnego dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu
2. kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, ul. Wspólna 2/4, 00-926 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Jolantę Redek – Jaroszewicz prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą JOLIMPEX Jolanta Redek – Jaroszewicz, Al. Na Skarpie 19/1, 00-488 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, ul. Wspólna 2/4, 00-926 Warszawa** na rzecz: **Jolanty Redek – Jaroszewicz prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą JOLIMPEX Jolanta Redek – Jaroszewicz, Al. Na Skarpie 19/1, 00-488 Warszawa** kwotę: **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu od odwołania zaliczonego w poczet kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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:

U z a s a d n i e

Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zakup i sukcesywną dostawę materiałów i urządzeń biurowych”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 8 grudnia 2010 r. pod nr 2010/S 238-363450. Postępowanie zostało podzielone na dwie części z możliwością składania ofert częściowych.

W postępowaniu tym wykonawca Jolanta Redek – Jaroszewicz prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą JOLIMPEX Jolanta Redek – Jaroszewicz, z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 6 czerwca 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o dokonaniu której informacja została przekazana Odwołującemu w dniu 27 maja 2011 r. Złożone odwołanie dotyczy części pierwszej odwołania („Zakup i sukcesywna dostawa materiałów biurowych”)

W dniu 10 czerwca 2011 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 7 czerwca 2011 r. wykonawca Amad Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach (dalej: „Przystępujący”) złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana stronom postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Złożone odwołanie dotyczy:

- 1) czynności oceny ofert, uznania przez Zamawiającego oferty Przystępującego jako zgodnej z treścią SIWZ i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej,
- 2) czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a

- w konsekwencji odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
- 3) zaniechania Zamawiającego polegającego na nie wybraniu oferty Odwołującego, jako oferty zgodnej z treścią SIWZ i najkorzystniejszej,
 - 4) zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego pomimo, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania,
 - 5) czynności dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pomimo braku podstaw prawnych i faktycznych do dokonania takiej poprawki,
- a w przypadku nieuwzględnienia odwołania w zakresie określonym w pkt 4, odwołanie dotyczy także
- 6) zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Odwołujący zażądał:

- 1) uwzględnienia odwołania w całości,
 - 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego oraz czynności odrzucenia jego oferty,
 - 3) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej,
 - 4) unieważnienia czynności poprawienia innych omyłek w ofercie Przystępującego
 - 5) powtórzenia czynności oceny ofert i wykluczenie Przystępującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
 - 6) zasądzenia od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych
 - 7) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia żądania z punktu 6,
- 8) odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ.

Odwołujący wskazał w tym zakresie na rażące naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron,
2. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia przez Zamawiającego Przystępującemu, którego oferta została wybrana z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp,

3. art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwą interpretację przez Zamawiającego zasady pisemności i uznanie, iż z zasady określonej w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp wynika obowiązek zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności, gdy w rzeczywistości chodzi wyłącznie o formę pisemną dla celów dowodowych,
4. art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 61 ust.1 k.c. poprzez niezastosowanie przez Zamawiającego przepisu o chwili złożenia oświadczenia i w konsekwencji uznanie, iż Zamawiający nie otrzymał oświadczenia Odwołującego o przedłużeniu ważności oferty i wadium w dniu 19 maja 2011 r., gdy w rzeczywistości Zamawiający otrzymał i zapoznał się z tym oświadczeniem w formie pisemnej w dniu 19 maja 2011 r., a w konsekwencji Odwołujący w sposób prawidłowy przedłużył termin związania ofertą oraz termin ważności wadium,
5. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, pomimo iż nie posiadania doświadczenia wymaganego przez SIWZ,
6. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie tego przepisu w stosunku do Przystępującego i niewykluczenie go, mimo iż złożył fałszywe oświadczenia i informację oraz posłużył się referencjami wystawionymi na inny podmiot, w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
7. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez niewykluczenie Przystępującego pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
8. art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż oferta Przystępującego odpowiada treści SIWZ, gdy w rzeczywistości oferta ta była niezgodna z treścią SIWZ,
9. art. 85 ust. 2 i ust. 4 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie złożył w dniu 19 maja 2011 r. oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, pomimo że w dniu 19 maja 2011 r. do Zamawiającego wpłynęło pisemne oświadczenie Odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz Zamawiający w tym dniu zapoznał się z treścią tego oświadczenia,
10. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez uznanie przez Zamawiającego, iż niezgodność treści oferty Przystępującego z SIWZ spowodowana była omyłką (czyli niezamierzonym działaniem Przystępującego), gdy na podstawie analizy dokumentacji postępowania wynika, iż Przystępujący z pełną świadomością wskazał w ofercie asortyment niezgodny z treścią SIWZ,
11. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez poprawienie omyłek w ofercie Przystępującego przez Zamawiającego w sposób powodujący istotną zmianę w treści oferty, w szczególności zmianę numerów katalogowych oferowanych produktów oraz zmianę oferowanych produktów,
12. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty Przystępującego jako oferty

złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania albo art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Przystępującego jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ, prowadząc do niezgodnego z prawem wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzućenia jego oferty i wyboru oferty Przystępującego niezgodnej z treścią SIWZ oraz przepisami prawa, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, przez co interes w uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego został naruszony - w przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 19 maja 2011 r. Zamawiający otrzymał zarówno oświadczenie pisemne (oryginał) jak również kopię oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz terminu ważności wadium. W wyniku pomyłki po stronie Zamawiającego, nie dostrzeżonej przez osobę dostarczającą pismo, Zamawiający, w celu potwierdzenia dostarczenia oświadczenia (egzemplarz *ad acta*), wydał panu Dawidowi R. pracownikowi Odwołującego, oryginał oświadczenia, a zatrzymał kopię, która została włączona do dokumentów postępowania. Odwołujący w dniu 19 maja 2011 r. dostarczył do Zamawiającego oryginał (formę pisemną z podpisem osoby uprawnionej do reprezentacji wykonawcy) oświadczenia, spełniając tym samym wymogi przewidziane w ustawie Pzp i skutecznie przedłużając termin ważności oferty oraz termin ważności wadium. Powołał się przy tym na art. 9 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 74 ust. 1 k.c., wskazując, że forma pisemna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co do zasady, jest zastrzeżona wyłącznie dla celów dowodowych.

Czynność dokonana z naruszeniem w ten sposób określonego wymogu, będzie co prawda wiązać strony, wywołując wszystkie założone przez nie skutki, jednak w razie sporu sądowego niedopuszczalne byłoby - co do zasady - przeprowadzenie dowodu ze świadków lub z przesłuchania stron, wyłącznie jednak dla udowodnienia faktu dokonania tej czynności prawnej. Niedochowanie formy pisemnej określonej w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp także nie powoduje rygору nieważności czynności prawnej. Przepis ten nie przewiduje rygору nieważności, nie można przyjąć również, iż forma pisemna została zastrzeżona dla wywołania określonych skutków prawnych, albowiem skutków tych ustawodawca nie określił. Odwołujący wskazał zatem, że forma pisemna w art. 9 ust 1 ustawy Pzp została zastrzeżona *ad probationem*.

W związku z powyższym, wykluczenie Odwołującego przez Zamawiającego, na podstawie podstaw faktycznych i prawnych wskazanych w piśmie z dnia 27 maja 2011 r. Odwołujący uznał za niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa oraz ustaleniami faktycznymi w sprawie, gdyż Zamawiający otrzymał oświadczenie w formie pisemnej, z którym zapoznał się w dniu 19 maja 2011 r., zgodnie z art. 61 ust. 1 k.c. Odwołujący powołał się także

w tym zakresie na wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 29 września 2004 r. II CK 527/2003.

Odnośnie podstaw wykluczenia Przystępującego Odwołujący podniósł, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Wskazał tutaj na wykaz dostaw i dostawę Materiałów Biurowych dla 3 Batalionu Zabezpieczenia Dowództwa Wojsk Lądowych, gdzie dołączono potwierdzenie należytego wykonania tej umowy. Treść referencji – jego zdaniem - nie wskazuje, iż została ona wystawiona na rzecz Amad Sp. z o.o. - Przystępujący, lecz, że została wystawiona na rzecz firmy Amad. Jednak analiza treści umowy powołanej w referencji 3 Batalionu Zabezpieczenia Dowództwa Wojsk Lądowych jednoznacznie wskazuje, iż wykonawcą w tym postępowaniu był Zbigniew Dymu, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Amad (osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą), a nie spółka Amad Sp. z o.o., jak zostało to poświadczane w ofercie. Przystępujący podał w tym zakresie nieprawdziwe informacje odnośnie wykonanych dostaw, jak również posłużył się dokumentem, który nie był wystawiony na rzecz Amad Sp. z o.o.

Odwołujący przywołał zapisy SIWZ odnośnie określonego warunku wiedzy i doświadczenia (Zamawiający wymagał co najmniej 3 dostaw o wartości 500 000 złotych każda). W związku z tym, że Przystępujący wskazał w wykazie tylko trzy dostawy w tym co najmniej jedną, której nigdy nie realizował, podanie nieprawdziwych informacji miało wpływ na wynik postępowania, gdyż powodowało uznanie oferty tego wykonawcy za ofertę ważną i zgodną z SIWZ, pomimo tego iż Przystępujący powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie też podkreślił, że w przypadku podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania niedopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów w drodze art. 26 ustawy Pzp, w związku z czym nie jest możliwe wskazanie innych dostaw lub referencji, na co przywołał odpowiednie orzecznictwo KIO.

Odwołujący wskazał także na swoje wątpliwości co do dostawy zamieszczonej w wykazie, tj. dostawy na rzecz PKP Cargo S.A. Podkreślił, że w dokumentach innego postępowania prowadzonego u tego samego Zamawiającego w październiku 2010 r., wskazane zostało, iż dostawa ta dotyczy papieru ksero w kwocie 175.000, natomiast w niniejszym postępowaniu wskazano, iż była to dostawa materiałów biurowych z wyłączeniem papieru ksero (co do których Zamawiający wymagał, aby w wartości dostaw potwierdzających doświadczenie nie uwzględniać wartości dostaw np. papieru ksero).

W związku z powyższym Odwołujący wskazał na dwojaki podstawy wykluczenia Przystępującego z postępowania, zarówno na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jak również na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W przypadku braku potwierdzenia się wskazanych okoliczności Odwołujący podniósł również zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz niedozwolonego

przez Zamawiającego poprawienia w ofercie Przystępującego innych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W tym zakresie wskazał, że w postępowaniu Zamawiający wymagał między innymi dostarczenia następujących urządzeń i materiałów biurowych:

1. Niszczarka, szer. wejścia min 230 mm, DIN 2, tnie min 19 arkuszy, tnie zszywki i spinacze, oddzielny nóż do płyt CD i kart plastikowych, osobny pojemnik na ścinki płyt CD i kart plastikowych, moc min. 250 W, poziom hałasu max 55 dB, pojemnik min 401, (poz. 369,548, 733),
2. Czajnik elektryczny, pojemność min. 1.7 l, element grzewczy ze stali nierdzewnej, moc min 2000W, wyłączenie ręczne lub automatyczne po zagotowaniu wody, dwustronny wskaźnik poziomu wody, nylonowy, wymowalny filtr, lampka kontrolna, zabezpieczenie przed włączeniem pustego czajnika/wygotowania wody. Uchwyt częściowo pokryty profilowaną gumą. Typu ClaTronic lub równoważny, (poz. 749 i 925)
3. Aparat fotograficzny zintegrowany z obiektywem, system D-SLR, cyfrowy z matrycą min. 12 Mpix , obiektyw ze zmienną ogniskową, krotność zmiany ogniskowej min 18 x, minimalna ogniskowa 28mm (w przeliczeniu na pełną klatkę), jasność obiektywu więcej niż $f=3,1$ dla minimalnej ogniskowej i $f=5,6$ dla maksymalnej ogniskowej, stały lub pojedynczy tryb pracy autofokusa, pamięć wewnętrzna min. 22MB, zapis w trybie JPEG (Exif 2.2.), zapis filmów w formacie AVI z dźwiękiem w formacie Wave, zapis na kartach pamięci SD HC typu Fujifilm lub równoważny (poz. 553),
4. Nożyczki o długości 17,5cm (+/-1 cm), wykonane z wysokiej jakości stali nierdzewnej, ergonomiczna, miękka rączka wyprofilowana dla prawy i leworęcznych, możliwość regulacji spiczasto zakończonych ostrzy, indywidualnie zabezpieczone na blistrze, (poz. 597).

Podkreślił, że Przystępujący zaoferował asortyment niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, oświadczając wielokrotnie w korespondencji prowadzonej z Zamawiającym, iż wszystkie ww. produkty są zgodne z treścią SIWZ. Tymczasem twierdzenia Przystępującego nie znajdują – zdaniem Odwołującego - żadnego potwierdzenia. Odwołujący wskazał tutaj na następujące okoliczności:

- 1) co do poz. 369, 548, 733 - zaoferowana przez Przystępującego niszczarka Kobra +1SS 4 ES posiada pojemnik o pojemności 38,5 litra oraz nie posiada oddzielnego noża do płyt CD i kart plastikowych, jak również osobnego pojemnika na ścinki płyt CD i karty plastikowe.
- 2) co do poz. 749 i 925 - zaoferowany przez Przystępującego czajnik Clatronic model WK 3331, jak również model WK 2954 nie spełniają wymogów określonych w SIWZ przez Zamawiającego odnośnie posiadania uchwytu pokrytego profilowaną gumą.
- 3) co do poz. 553 – Przystępujący zaoferował aparat o 15 krotnej zmiennej ogniskowej

wskazując jednoznacznie symbol oferowanego aparatu Finepix S1600 Fuji. Złożone w dniu 3 marca 2011 r. wyjaśnienia Przystępującego, zawierają m.in. nieprawdziwe oświadczenie, iż spełniający wymagania aparat Finepix S1800 Fuji nie był dostępny na rynku na dzień składania ofert oraz stoją w całkowitej sprzeczności z oficjalnym stanowiskiem producenta aparatu, wskazując jednoznacznie, iż zaoferowany przez Przystępującego aparat nie spełniał warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ, w zakresie krotności zmiany ogniskowej określonej na min 18 x.

- 4) co do poz. 597 - zaoferowane przez Przystępującego nożyczki firmy 3 M o numerze katalogowym 1427 nie spełniają warunków SIWZ, gdyż zgodnie z ogólnie dostępnymi parametrami, nie posiadają regulowanych ostrzy.

Odnosząc się do czynności poprawienia omyłek przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że czynność ta była niezgodna z przepisami ustawy Pzp z następujących powodów:

- zauważone niezgodności treści oferty z SIWZ powinny wynikać z omyłki wykonawcy. Z przedstawionych wyjaśnień przez Przystępującego skonfrontowanych z oświadczeniami producentów oferowanych produktów, wynika iż Przystępujący świadomie wskazał produkty nieodpowiadające treści SIWZ prawdopodobnie w celu uzyskania niższej ceny oferty.
- poprawienie omyłek w ofercie winno nastąpić na podstawie treści oferty lub informacji powszechnie dostępnych. W przypadku zaskarżonej czynności, Zamawiający bez wyjaśnień Przystępującego nie mógłby dokonać żadnej z ww. poprawek

Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO.

W odwołaniu Odwołujący wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów:

- Dowód (1) - zawiadomienie otrzymane w dniu 27 maja 2011 roku,
- Dowód (2) - potwierdzona notarialnie kopia oryginalnego oświadczenia Jolimpex wraz z prezentatą poświadczającą otrzymanie oświadczenia przez Zamawiającego.
- Dowód (3) - zeznanie świadka Pana Dawida R., który przekazał oba oświadczenia
- Dowód (4) - potwierdzenie złożenia oświadczenia Zamawiającemu - kopia z akt postępowania.
- Dowód (5) - kopia wykazu dostaw oraz referencji 3 Batalionu
- Dowód (6) - kopia umowy z 3 Batalionem Zabezpieczenia Wojsk Lądowych
- Dowód (7) - zobowiązanie Amad Sp. z o.o. lub PKP Cargo S.A. do przedstawienia Krajowej Izbie Odwoławczej kopii egzemplarza umowy nr CSZ-PK1 -MR-3931 - 275/08.92.1.01409.1
- Dowód (8) - zestawienie dostaw i referencje przedstawione przez Amad Sp. z o.o. w październiku 2010 roku.

- Dowód (9) - pisma Amad sp. z o.o. z dnia 16 lutego 2011 roku, 3 marca 2011 roku, 12 maja 2011 roku.
- Dowód (10) - oświadczenie wyłącznego dystrybutora producenta oraz karta katalogowa produktu,
- Dowód (11) - potwierdzenie producenta dotyczące czajnika WK 2954
- Dowód (12) - pismo producenta aparatu
- Dowód (13) - potwierdzenie producenta parametrów nożyczek 1427.
- Dowód (14) - pismo Zamawiającego z dnia 16 maja 2011 roku.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w pełnym zakresie dodatkowo wskazując na sprzeczność oferty Przystępującego z SIWZ w zakresie oferowanego kalkulatora.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający z zarzutami odwołania nie zgodził się, wnosząc o jego oddalenie. W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko co do prawidłowości wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszą w postępowaniu i wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Dodatkowo wskazał co do zarzutu dotyczącego zaoferowanego niezgodnie z SIWZ kalkulatora marki Casio przez Przystępującego, że zarzut ten nie był objęty odwołaniem i jest spóźniony.

Zamawiający podkreślił także, że podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania nie był brak pisemności oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, lecz brak złożenia tego oświadczenia w wymaganej formie przewidzianej w art. 27 ust. 1 Pzp. Oświadczenie to bowiem zostało złożone w kopii Zamawiającemu.

Zamawiający wskazał też, iż nawet w przypadku potwierdzenia się zarzutu dotyczącego nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu złożenia w niewłaściwej formie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, powyższe nie ma wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta Odwołującego jest droższą ofertą od Przystępującego. W postępowaniu zaś przyjęto, jako jedyne, kryterium cenowe oceny ofert. Oferta Przystępującego zaś, według Zamawiającego, jest ofertą ważną.

Co do zarzutów dotyczących warunku wiedzy i doświadczenia, Zamawiający wskazał, że w SIWZ, w opisie tego warunku dla cz. 1 zamówienia, nie wyłączył zakresu wymaganych dostaw papieru kserograficznego. Stanowi on materiał biurowy, o którym mowa we wskazanym warunku SIWZ. Co do referencji przedłożonych przez Przystępującego z 3 Batalionu Zabezpieczenia Dowództwa Wojsk Lądowych, Zamawiający wskazał, iż nie miał żadnych wątpliwości, że zamówienie to realizował Przystępujący. W referencjach wskazano

realizację zamówienia przez firmę Amad z siedzibą w Łomiankach. Brak wskazania w referencjach, iż chodzi o spółkę z o.o., nie mógł być dyskwalifikujący dla tego wykonawcy. W trakcie badania i oceny ofert, Zamawiający nie posiadał wiedzy, iż na rynku funkcjonowała, czy też funkcjonuje, firma Amad jako przedsiębiorstwo. O powyższym Zamawiający powziął dopiero wiedzę w momencie złożenia odwołania.

Co do zarzutów dotyczących niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca ten w samej ofercie złożył oświadczenie o zgodności oferty z SIWZ. Powyższe potwierdził także w swoich wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 16 lutego 2011 r. Zamawiający podkreślił, że dokonał poprawienia omyłek w treści oferty Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie pozycji 749 i 925 (pismo z 16 maja 2011 r.), na co zgodził się Przystępujący. Wskazał też, iż owe niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ były nieistotne także wartościowo (każde z urządzeń cenowo stanowi po 2 promile ceny ofertowej). Podkreśla, że przy omyłkach z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawa Pzp nie wskazuje na oczywistość omyłki, stąd też możliwym było dokonanie wskazanych poprawek w ofercie Przystępującego po udzielonych przez Przystępującego wyjaśnieniach, w tym wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 12 maja 2011 r. oraz 3 marca 2011 r. Wyjaśnił też, iż poprawienia wskazanych omyłek dokonał bez zmiany ceny ofertowej, która nie miała istotnego znaczenia, biorąc pod uwagę całość ceny ofertowej.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia, jak również na rozprawie wskazywał na brak interesu do złożenia odwołania po stronie Odwołującego, wnosząc o oddalenie odwołania. Podkreślał, że oferta Przystępującego cenowo nie mieści się w kwocie przeznaczonej na finansowanie przedmiotowego zamówienia, która to kwota podana została na otwarciu ofert. Tym samym, w jego ocenie, nawet w przypadku przyjęcia słuszności zarzutów odwołania, Odwołujący nie uzyskałby zamówienia bowiem postępowanie o zamówienie powinno podlegać unieważnieniu w trybie art. 94 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W toku rozprawy Przystępujący dodatkowo co do zarzutu niespełnienia warunku wykazania doświadczenia realizowanego na rzecz 3 Batalionu Zabezpieczenia Dowództwa Wojsk Lądowych w Warszawie przedłożył aneks nr 1 z dnia 23 lutego 2010 r. do umowy nr 149/2008/T-13/9/39/2008, zawartej w dniu 11 lutego 2009 r., wskazując, iż pierwotna umowa ze wskazanym podmiotem została zawarta przez Zbigniewa Dymusa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Amad z siedzibą w Warszawie. W wyniku przekształceń i wniesienia całości przedsiębiorstwa w trybie art. 55¹ KC do Spółki z o.o. Amad, Spółka z o.o. Amad stała się następcą prawnym przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą i zgodnie z orzecznictwem KIO ma prawo powoływać się na

doświadczenie uzyskane przez poprzednika. Niezależnie od powyższego Przystępujący wskazuje, że od czasu podpisania wskazanego aneksu z 23 lutego 2010 r. firma Amad Sp. z o.o. realizowała na rzecz wskazanego podmiotu dostawy materiałów biurowych o wartości 556 663,36 zł. Wskazał także, że powyższe informacje wynikają z rejestru sprzedaży VAT (dokument księgowy) Przystępującego, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tegoż wykonawcy i nie może być udostępniony odwołującemu, z uwagi na podane tam marże.

Co do dostaw realizowanych na rzecz PKP Cargo, podkreślił, iż zapisy SIWZ w żadnym przypadku nie dają podstaw do wyłączenia z wykazywanych dostaw w ramach doświadczenia papieru kserograficznego.

Co do kwestii złożenia oświadczenia przez Odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą, wskazał, że złożone oświadczenie nie wypełnia formy pisemnej, bowiem zostało ono złożone w kopii na biurze podawczym.

Co do zarzutów dotyczących niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ, Przystępujący wskazał, że szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie zostały złożone Zamawiającemu i te wyjaśnienia Przystępujący podtrzymał.

Co do zarzutu dotyczącego kalkulatora wskazał także, iż zarzut ten jest spóźniony.

Co do zarzutu dotyczącego niszczarki wskazał, że Zamawiający w SIWZ nie określił pojemności kosza w niszczarce, czy ma to być pojemność faktyczna, czy robocza. Faktyczna pojemność oferowanego kosza przy niszczarce to 40 litrów, co zostało wskazane Zamawiającemu w wyjaśnieniach Przystępującego z 3 marca 2011 r. i potwierdzone e-mailem z firmy Argo, który został przywołany także przez Odwołującego.

Co do wymogu dotyczącego oddzielnego noża do płyt i kart plastikowych i zarzutu stawianego w tym zakresie przez Odwołującego, Przystępujący wyjaśnił, iż oferowane przez niego urządzenie zakłada jeden nóż, co jest rozwiązaniem równoważnym, ponieważ nie gorszym od wymogu SIWZ. Jeden oferowany nóż gwarantuje lepsze cięcie płyt CD i kart plastikowych. Oferowana niszczarka ma możliwość instalacji odrębnego worka na ścinki płyt CD i kart plastikowych.

Co do zarzutu dotyczącego nożyczek, wskazał, iż Zamawiający w SIWZ nie dookreślił, co oznacza regulacja ostrzy, tym samym zaoferowane przez Przystępującego nożyczki firmy 3M spełniają wymogi SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron oraz Przystępującego, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

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

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wykonawca zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dopełnił wszystkich wymogów formalnych, o których mowa w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, uzyskując status uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła także, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zarzuty odnoszące się do czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty. Gdyby nie owe czynności Zamawiającego, zakwestionowane przez Odwołującego, wykonawca ten miałby realne szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, biorąc zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu. Tym samym przez Odwołującego, zdaniem Izby, został wykazany uszczerbek w jego interesie, polegający na uzyskaniu zamówienia i możliwość wyrządzenia w tym zakresie Odwołującemu szkody poprzez pozbawienie go szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w drodze określonych czynności Zamawiającego.

Bez znaczenia w tym zakresie pozostaje okoliczność, na którą wskazywał Przystępujący, iż kwota na sfinansowanie zamówienia podana w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego przed otwarciem ofert jest niższa niż cena ofertowa Odwołującego. Przystępujący wskazywał, że nawet potwierdzenie się zarzutów odwołania i przywrócenie Odwołującego do postępowania nie pozwoli temu wykonawcy uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż postępowanie powinno być unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Okoliczność, iż cena ofertowa Odwołującego przewyższa kwotę na sfinansowania zamówienia z otwarcia ofert, co miałyby być równoznaczne z koniecznością unieważnienia postępowania, nie jest okolicznością pewną. Zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający może bowiem zwiększyć kwotę na sfinansowanie danego zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, jeśli takimi środkami dysponuje i jeśli jest w takim zakresie po jego stronie taka wola. Ta kwestia będzie podlegała dopiero ocenie Zamawiającego w przypadku, gdy oferta Odwołującego będzie mogła być uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Izba, rozpoznając odwołanie we wskazanym zakresie (co do części pierwszej zamówienia), uznała je za zasadne, uznając, że większość podnoszonych w odwołaniu zarzutów znalazła potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym, co ma wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do zarzutu związanego z wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu i w związku z tym odrzuceniem oferty tego wykonawcy Izba ustaliła, że Odwołujący złożył Zamawiającemu w dniu 19 maja 2011 r. oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 18 lipca 2011 r. w kopii bezpośrednio w siedzibie Zamawiającego. Okoliczność ta została przyznana tak przez Odwołującego, jak i Zamawiającego, oraz potwierdzona zeznaniami powołanego przez Izbę dowodu z zeznań świadka. W oświadczeniu tym Odwołujący złożył także oświadczenie o przedłużeniu do wskazanej daty wadium wniesionego w pieniądzu. Okoliczność, iż wadium stanowiące zabezpieczenie oferty Odwołującego zostało złożone w pieniądzu potwierdził także Zamawiający w toku rozprawy. Pismem z dnia 27 maja 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na nie przedłużenie terminu związania ofertą we właściwej formie, dopuszczonej na podstawie postanowień SIWZ (pisemnie lub za pomocą faksu). Zamawiający poinformował też o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Izba stwierdziła też, że Zamawiający w rozdziale 18 pkt 18.2 SIWZ dopuścił możliwość przekazywania przez Zamawiającego oraz wykonawców oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji pisemnie lub za pomocą faksu.

Izba stwierdziła, że Zamawiający, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne w sprawie, nie miał uprawnień do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, stanowiące o podtrzymaniu przez wykonawcę swojej woli złożenia oferty w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest oświadczeniem wykonawcy składnym w ofercie, a w przypadku przedłużania się procedury udzielenia zamówienia publicznego oświadczeniem, które należy złożyć Zamawiającemu przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą. Niewątpliwie oświadczenie to jest oświadczeniem, o którym mowa w art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, co do którego także Zamawiający w SIWZ określił dwie możliwe formy przekazu: pisemnie lub faksem. Skoro zatem w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie ograniczył formy kontaktów z wykonawcami w toku postępowania wyłącznie do formy pisemnej, dopuszczając także formę faksową, należy przyjąć, że także osobiście złożona u Zamawiającego kserokopia oświadczenia Odwołującego została złożona prawidłowo. W tych dwóch sytuacjach mamy bowiem do czynienia z identycznym skutkiem – czy to w przypadku przesłania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania oferta drogą faksową, czy też w

przypadku przekazania osobiście Zamawiającemu kserokopii tego oświadczenia, w dyspozycji Zamawiającego pozostaje oświadczenie w formie kopii. Gdyby Zamawiający w postępowaniu ograniczył formę kontaktów z wykonawcami wyłącznie do formy pisemnej rozumianej *sensu stricte* (dokument opatrzony własnoręcznym podpisem) kserokopii oświadczenia złożonego u Zamawiającego nie można byłoby uznać za właściwą formę oświadczenia. Skoro jednak Zamawiający dopuścił także formę kontaktów faksową, ze względu na identyczny skutek i charakter co do formy przekazanego Zamawiającemu dokumentu należało uznać, że oświadczenie złożone w kserokopii osobiście u Zamawiającego jest prawidłowe. Stanowisko Zamawiającego, iż skoro oświadczenie nie zostało przesłane faksem, a złożone w kopii osobiście u Zamawiającego to w związku z tym jest nieprawidłowe i prowadzi do konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania, Izba uznała za daleko idące i nazbyt formalistyczne.

Istotną też kwestią w przedmiotowej sprawie jest także ważność wadium złożonego przez Odwołującego w momencie przedłużania terminu związania ofertą, bowiem zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem wadium. Wadium zostało przez Odwołującego złożone w pieniądzu, zatem – zgodnie też z dotychczas prezentowanym stanowiskiem w orzecznictwie – w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył wniosku do Zamawiającego o zwrot takiego pieniężnego zabezpieczenia oferty, wadium pozostaje w dyspozycji Zamawiającego i prawidłowo zabezpieczenia ofertę także na przedłużony okres związania ofertą i nie ma w takiej sytuacji potrzeby składania w tym zakresie odrębnych oświadczeń przez wykonawcę o woli przedłużenia tak wpłaconego wadium.

Odnosząc się do zarzutu podania w ofercie Przystępującego nieprawdziwych informacji związanych potwierdzeniem spełniania warunku wiedzy i doświadczenia Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale 4 pkt 4.1.3 SIWZ dokonał opisu wskazanego warunku, oczekując dla części I zamówienia wykazania przez wykonawcę, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również należycie wykonuje minimum 3 dostawy materiałów biurowych o wartości każdej z tych dostaw nie mniejszej niż 500 000 zł brutto.

Przystępujący w swojej ofercie przedłożył wykaz dostaw dla I części zamówienia, wskazując tam 3 dostawy odpowiadające wymaganej minimalnej wartości zamówień, zrealizowanych na rzecz: PKP Cargo S.A., Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w M. St. Warszawie S.A. i 3 Batalionu Zabezpieczeń Dowództwa Wojsk Lądowych (str. 171 oferty). W ofercie przedłożone zostały także referencje potwierdzające wykonanie wskazanych dostaw (odpowiednio z dnia 20 lipca 2010 r. – str. 172 oferty, z dnia

13 stycznia 2011 r. – str. 173 oferty i z dnia 29 grudnia 2010 r. – str. 174 oferty).

Dokonując oceny przedłożonego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała, że zarzuty podania nieprawdziwych informacji w ofercie Przystępującego nie potwierdziły się.

Jeśli chodzi o kwestionowane przez Odwołującego dostawy wykonywane na rzecz 3 Batalionu Dowództwa Wojsk Lądowych Izba stwierdziła, że w oparciu o przedłożone Zamawiającemu w ofercie Przystępującego referencje od tego podmiotu brak było podstaw do ich kwestionowania tylko dlatego, że w treści referencji wpisano jako podmiot realizujący to zamówienie firmę Amad, bez wskazania iż chodzi o spółkę z o.o. Przekonujące dla Izby było stanowisko w tym zakresie zaprezentowane przez Przystępującego w toku rozprawy oraz przedłożony przez niego dowód w postaci aneksu nr 1 z dnia 23 lutego 2010 r. do umowy z dnia 19 listopada 2009 r. (nr 149/2008/T-13/9/39/2008). Aneksem tym zmieniono podmiot świadczący dostawy na rzecz 3 Batalionu Dowództwa Wojsk Lądowych z osoby prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwa Amad na Amad Sp. z o.o., czyli podmiotu składającego ofertę w niniejszym postępowaniu. Niezależnie jednak od tego, w jaki sposób doszło do przekształcenia, czy też zbycia przedsiębiorstwa Amad, istotne w tej sprawie było, iż przedmiotowe zamówienie było realizowane wprost przez Przystępującego w wartości – według złożonego przez tego wykonawcę w toku rozprawy oświadczenia, które w żaden sposób nie zostało podważone przez Odwołującego – wystarczającej na weryfikację warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w SIWZ. Referencje 3 Batalionu Dowództwa Wojsk Lądowych zostały wystawione po dacie podpisania aneksu z Amad Sp. z o.o. w związku z tym brak było podstaw do twierdzenia, że nie dotyczyły wykonawcy, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu (Amad Sp. z o.o.).

Co do drugiej dostawy realizowanej na rzecz PKP Cargo S.A. Izba także nie znalazła podstaw do jej kwestionowania, biorąc pod uwagę zakres zarzutu sformułowanego przez Odwołującego. Odwołujący wskazuje na konieczność odliczenia z zakresu wykazywanych w ramach tego zlecenia dostaw papieru kserograficznego, wskazując na wymogi w tym zakresie Zamawiającego. Izba biorąc pod uwagę zapisy SIWZ dotyczące opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu nie dopatrzyła się takiego ograniczenia oceny warunku. Odwołujący nie skonkretyzował też z czego takie ograniczenie miałyby wynikać.

Z tych też względów Izba uznała zarzut podania nieprawdziwych informacji przez Przystępującego jako bezpodstawny.

Odnosząc się do zarzutu nieuprawnionego poprawienia omyłek w ofercie Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale 2 pkt 2.3 SIWZ wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w załączniku nr 1 do SIWZ

(szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dotyczący części I i II zamówienia), w załączniku nr 1a do SIWZ (specyfikacja ilościowo – rzeczowa dla części I zamówienia), w załączniku nr 1b do SIWZ (specyfikacja ilościowo – rzeczowa dla części II zamówienia) oraz w załącznikach A, B i C do specyfikacji, które odnosiły się do części II zamówienia. Zgodnie z rozdziałem 7 SIWZ pkt 7.15 do oferty należało załączyć m.in. formularz cenowy sporządzony i wypełniony według wzoru stanowiącego załącznik nr 5a do SIWZ w przypadku składania oferty w zakresie części I zamówienia. W poszczególnych pozycjach wskazanego wykazu opisano wymogi dotyczące poszczególnych przedmiotów dostawy, w tym:

- w poz. 369, 548 i 733 niszczarki (szer. wejścia min. 230 mm, DIN 2, tnie min. 19 arkuszy, tnie zszywki i spinacze, oddzielny nóż do płyt CD i kart plastikowych, osobny pojemnik na ścinki płyt CD i kart plastikowych, moc. Min. 250 W, poziom hałasu max 55 dB, pojemnik min. 40 l.
- w poz. 749 i 925 czajnika elektrycznego (pojemność min. 1.7 l, element grzewczy ze stali nierdzewnej, moc min. 2000 W, wyłączenie ręczne lub automatycznego zagotowaniu wody, dwustronny wskaźnik poziomu wody, nylonowy, wyjmowany filtr, lampka kontrolna, zabezpieczenie przed włączeniem pustego czajnika / wygotowania wody, uchwyt częściowo pokryty profilowaną gumą, typu Clatronic lub równoważny)
- w poz. 553 aparatu fotograficznego (zintegrowany z obiektywem, system D-SLR, cyfrowy z matrycą min. 12 Mpix, obiektyw ze zmienną ogniskową, krotność zmiany ogniskowej min. 18 x, minimalna ogniskowa 28 mm w przeliczeniu na pełną kartę, jasność obiektywu więcej niż $f=3,1$ dla minimalnej ogniskowej i $f=5,6$ dla maksymalnej ogniskowej, stały lub pojedynczy tryb pracy autofokusa, pamięć wewnętrzna min. 22MB, zapis w trybie JPEG (Exif 2.2.), zapis filmów w formacie AVI z dźwiękiem w formacie Wav, zapis na kartach, pamięć SD HC typu Fujifilm)
- w poz. 597 nożyczek (o długości 17,5 cm (+/- 1 cm), wykonane z wysokiej jakości stali nierdzewnej, ergonomiczna, miękka rączka wyprofilowana dla prawo i lewo ręcznych, możliwość regulacji spiczasto zakończonych ostrzy, indywidualnie zabezpieczone na blistrze).

Przystępujący w ramach wskazanych pozycji w swojej ofercie zaoferował:

- poz. 369, 548 i 733 – niszczarkę KOBRA = 1SS 4ES – Argo Elcoman
- poz. 749 i 925 – czajnik bezprzewodowy 1,7l WK3331 – Clatronic
- poz. 553 - aparat fotograficzny Finepix S1600 – Fujifilm
- poz. 597 – nożyczki o długości 18 cm, wykonane z wysokiej jakości stali nierdzewnej, ergonomiczna, miękka rączka wyprofilowana dla prawo i lewo ręcznych, możliwość regulacji spiczasto zakończonych ostrzy, indywidualnie zabezpieczone na blistrze – 3M.

Zamawiający w piśmie z dnia 11 lutego 2011 r. zwrócił się do Przystępującego w

trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty w zakresie m.in. poz. 597 (nożyczki). Przystępujący udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 16 lutego 2011 r., wskazując, iż w tej pozycji zaoferował nożyczki firmy 3M o numerze katalogowym producenta 1427 spełniające zapisy SIWZ. Wyjaśnił też rozbieżność w rozmiarze, która wynika z faktu, że w cenniku 3M wpisany jest rozmiar 18 cm, a w różnych katalogach dystrybutorów 18,5 cm. Do pisma załączył on też szereg kart katalogowych dotyczących różnych oferowanych produktów.

Zamawiający w piśmie z dnia 28 lutego 2011 r. zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty w zakresie m.in. poz. 369, 548 i 733 (niszczarka), poz. 553 (aparat fotograficzny) i poz. 749 i 925 (czajnik bezprzewodowy). Przystępujący udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 3 marca 2011 r. wskazując:

- co do poz. 369, 548 i 733, iż oferowana niszczarka posiada kosz 40 l, załączając także w tym zakresie maila od firmy Argo potwierdzającego ten wymóg;
- co do poz. 553, iż zaoferowany aparat to nowa seria, która została wprowadzona na rynek 2 lutego br., czyli po dniu składania ofert. W chwili składania oferty dostawca poinformował Przystępującego, że produkt spełniający zapisy SIWZ będzie nosił symbol 1600, po pojawieniu się produktu w kraju okazało się, że osiemnastokrotną zmianę ogniskowej ma aparat o symbolu 1800 i taki produkt wykonawca dostarczy;
- co do poz. 749 i 925, iż zaoferowany przez Przystępującego produkt nie występuje w standardowej ofercie producenta, jest to produkt wytwarzany na zlecenie sieci markerowych i może różnić się elementami wykończenia. Podczas przygotowania oferty Przystępujący wybrał czajnik o symbolu WK 3331, stąd taki zapis w ofercie, jednak po pytaniach Zamawiającego wykonawca ponownie zbadał produkt i okazało się, że są pomyłone opakowania. Oferując produkt wykonawca podał zamiast symbolu 2954 kod inny widniejący na opakowaniu produktu.

Zamawiający w piśmie z dnia 11 maja 2011 r. zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty w zakresie poz. 749 i 974 (czajnik bezprzewodowy), wskazując, że także model czajnika o symbolu 2954 nie spełnia wymogu uchwytu profilowanego gumą. Przystępujący udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 12 maja 2011 r. wskazując, iż ten model czajnika posiada na zewnątrz części uchwytu oraz na przycisku chropowaty pasek wykonany z komponentów gumy i tworzywa. Wskazywał też na niejednoznaczność określenia czym jest guma z punktu widzenia składu chemicznego.

Zamawiający w piśmie z dnia 16 maja 2011 r. zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując na poprawienie omyłek w ofercie Przystępującego w zakresie:

- poz. 749 i 925 zapis czajnik bezprzewodowy 1,7l WK 3331 – Clatronic zostaje poprawiony na zapis czajnik bezprzewodowy 1,7l WK 2954 – Clatronic

- poz. 553 zapis aparat fotograficzny Finepix S 1600 – Fijifilmm zostaje poprawiony na zapis aparat fotograficzny Finepix S 1800 - Fujifilm.

Przystępujący w piśmie z dnia 17 maja 2011 r. zgodził się na dokonanie poprawek w swojej ofercie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba stwierdziła, że po pierwsze Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał poprawienia oferty Przystępującego i po drugie zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako sprzecznej z SIWZ.

Izba stwierdziła, że skorzystanie z dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez Zamawiającego w przedmiotowej sprawie nie było dopuszczalne. Wskazany przepis daje Zamawiającemu prawo, a nawet obowiązek poprawienia w ofercie wykonawcy określonych merytorycznych sprzeczności oferty z treścią SIWZ. Sprzeczności te muszą jednak mieć charakter omyłek wykonawcy, a ich poprawienie nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. W przedmiotowej sprawie niewątpliwie w zakresie treści oferty mieszczą się poszczególne produkty (czajnik i aparat fotograficzny), stanowiące przedmiot świadczenia w ofercie. Zamawiający dokonał poprawienia określonych niezgodności w ofercie Przystępującego po przeprowadzeniu wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z wykonawcą (Przystępującym), które polegały na wskazaniu przez tego wykonawcę innego produktu niż wcześniej oferowany w treści oferty. Z udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, jak również z treści jego oferty, nie wynika, że w trakcie sporządzania oferty dla Zamawiającego i złożenia mu oświadczenia woli o określonej treści doszło do omyłki. Za takie działanie nie można uznać sytuacji, w której wykonawca oferuje Zamawiającemu inny produkt o parametrach niespełniających wymogów SIWZ (uchwyt czajnika nie pokryty profilowaną gumą, krotność zmiany ogniskowej aparatu fotograficznego na poziomie 15 krotnej zamiast 18 krotnej) dopiero na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, w sytuacji, gdy ten stwierdza sprzeczność oferowanych produktów z wymogami SIWZ. Treść oferty Przystępującego w żaden sposób nie wskazuje, że inne produkty, które wykonawca ten zaoferował Zamawiającemu dopiero w wyniku wyjaśnień treści oferty mogły być zaoferowane w treści samej oferty. Tłumaczenie, że wzięto pod uwagę oznaczenie opakowania produktu, a nie produkt, czy też, że nie wzięto pod uwagę nieistniejącego faktycznie w momencie składania ofert produktu, potwierdzają tylko, że wykonawca złożył w ofercie oświadczenie woli o określonej treści, wskazując na konkretne produkty, a nie oferował na tym etapie innych produktów, które dopiero stały się jego oświadczeniem woli (ofertą) po upływie terminu składania ofert, tj. w drodze wyjaśnień z dnia 3 marca 2011 r. Tym samym też skoro owe niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ nie noszą charakteru omyłek - w ocenie Izby – Zamawiający nie miał prawa w odniesieniu do nich

skorzystać z procedury przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Te niezgodności należy traktować w kategoriach sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba także odniosła się do dwóch pozostałych niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wykazywanych przez Odwołującego w treści odwołania, tj. odnoszących się do nożyczek (poz. 597) i niszczarki (poz. 369, 548 i 733), które nie były poprawiane przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Izby nie został spełniony wymóg SIWZ, co do regulowanych ostrzy nożyczek oraz dwóch noży do płyt CD i kart plastikowych dla niszczarki. Niezgodności te potwierdził w toku rozprawy sam Przystępujący wywodząc, że niszczarka posiada jeden nóż, które to rozwiązanie jest lepsze (korzystniejsze) dla Zamawiającego i, że nie zostało określone co oznacza wymóg regulowanych ostrzy przy nożyczkach. Podkreślić należy, że nie należy do oceny wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na etapie oceny ofert to, czy wymóg Zamawiającego *de facto* jest zasadny, czy też nie. Skoro Zamawiający określił w SIWZ wymóg dwóch ostrzy w niszczarce, oferowane urządzenie powinno ten wymóg spełniać. Zamawiający bowiem konkretnie w sposób techniczny określił wymóg co do niszczarki (dwa noże), a nie poprzez opis określonej funkcjonalności. Tym samym twierdzenie aktualnie przez wykonawcę, że oferuje rozwiązanie równoważne nie zasługuje na uwzględnienie. Co do oferowanych nożyczek za wiedzę powszechną należy uznać wiedzę na temat określania, czym są regulowane, a czym nieregulowane ostrza nożyczek. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z możliwością takiego ustawienia nożyczek, które pozwalałoby regulować ich ostrza (określonego rodzaju pokrętko czy inny mechanizm tę funkcjonalność produktu zapewniający), w drugim przypadku takiej funkcjonalności urządzenie nie zapewnia, jeśli ostrza są ze sobą ściśle np. poprzez zانيتowanie, połączone. Tym samym owe niezgodności oferty z treścią SIWZ skutkują odrzuceniem oferty.

Izba nie stwierdziła sprzeczności oferty Przystępującego z treścią SIWZ co do oferowanego pojemnika dla niszczarki (40 l), bowiem ta okoliczność była potwierdzona przez producenta urządzenia (mail od przedstawiciela producenta), jednak wobec stwierdzenia innej niezgodności w tym zakresie (brak dwóch noży do ciecicia) i tak powyższe pozostaje bez wpływu na konieczność stwierdzenia sprzeczności oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Izba nie rozpoznawała sprzeczności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, co do oferowanego kalkulatora bowiem zarzut ten formalnie został dopiero podniesiony na rozprawie nie był zaś przedmiotem odwołania, a tylko w tym zakresie Izba upoważniona jest do orzekania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi Zamawiającego, tj. stosownie do wyniku postępowania.

- Do kosztów postępowania odwoławczego zaś w przedmiotowej sprawie Izba zaliczyła
- stosownie do § 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) - koszty wpisu uiszczzonego w należnej – zgodnej § 1 ust. 1 pkt 2) wskazanego rozporządzenia - wysokości od złożonego odwołania, tj. 15 000 zł oraz
 - stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku, ograniczając ich wysokość do kwoty 3 600 zł wskazanej w przywołanym przepisie.

Przewodniczący: