

Sygn. akt: KIO 753/18

**WYROK**  
**z dnia 2 maja 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie, w dniu 2 maja 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2018 roku przez wykonawcę Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Sąd Apelacyjny w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*Sukcesywne dostawy materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych apelacji gdańskiej*”

Nakazuje Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*Sukcesywne dostawy materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych apelacji gdańskiej*” odrzucenie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Samfix-Papier G. B., D. B. Spółka jawna z siedzibą w Gdańsku; oferty złożonej przez wykonawcę Partner XXI Kleks Spółka jawna M. W. W. W. z siedzibą w Toruniu, oferty złożonej przez wykonawcę Partner XXI-PIK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy.

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Sąd Apelacyjny w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Sąd Apelacyjny w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku na rzecz wykonawcy Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach kwotę 18 600 gr 00 (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i 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 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 Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Apelacyjny w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Sukcesywne dostawy materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych apelacji gdańskiej” (znak I.391.3.2018). Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.02.2018r. pod nr 2018/S 037-080179. Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach 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 ze zm. – dalej Pzp).

Dnia 20 kwietnia 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. ul. Księdza Hugona Kołłątaja 4, 05-092 Łomianki – zwanego dalej Odwołującym, wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P.H.U. Sarnfix-Papier G. B., D. B. Sp. j. i wybrania jej w dniu 10.04.2018r. jako najkorzystniejszej pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ);
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Partner XXI Kleks Sp.j. M. W., W. W. pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Partner XXI-PIK Sp. z o.o. pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ,
- 4) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, a także dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W oparciu o przedstawione powyżej zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 10.04.2018 roku.,
- 2) dokonanie powtórnego badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty Wykonawców: P.H.U. Samfix-Papier G. B., D. B. Sp. J., XXI Kleks Sp. j. M. W., W. W. oraz Partner XXIPIK Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnych z treścią SIWZ;
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej. Stosownie do informacji zawartej w rozdziale VI.3 SIWZ, Zamawiający przewidział możliwość zastosowania procedury z art. 24aa ustawy Pzp tj. w pierwszej kolejności dokonania oceny ofert, a następnie zbadania, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych powyżej przepisów ustawy PZP interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego w sytuacji, gdy dokonano wyboru jako najkorzystniejszej oferty niezgodnej z treścią SIWZ, która powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wskazał również, że poprzez zaniechanie nie tylko odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, ale także odrzucenia pozostałych 2 ofert znajdujących się odpowiednio na 2 i 3 miejscu w rankingu ofert (niezgodnych z treścią SIWZ) został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Szkodą, jaką odwołujący może ponieść wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, są utracone korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że Odwołujący spełnił warunki udziału

w postępowaniu oraz złożył ofertę, która zostałaby najwyżej oceniona i wybrana jako najkorzystniejsza, gdyby nie naruszenia Zamawiającego. Oferta wnoszącego odwołanie jest czwarta w rankingu oceny ofert, ale oferty znajdujące się na pozycjach nr 1-3 powinny zostać odrzucone. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest zatem wypełniona.

Pismem z dnia 10 kwietnia 2018 r. (przesłanym drogą elektroniczną) Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, w związku z tym termin na wniesienie przedmiotowego odwołania został zachowany.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wyjaśnia, iż przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych apelacji gdańskiej. W postępowaniu złożono 6 ofert, wśród których oferta Odwołującego się jest na czwartej pozycji według kryteriów przyjętych w postępowaniu. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w ww. zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia postawił określone wymagania wobec oferowanego przedmiotu oraz wskazał w SIWZ narzędzia, za pomocą których dokona badania zgodności oferty z jego wymaganiami. Zamawiający, uwzględniając w konkretnym wypadku charakter postępowania i zamawianego przedmiotu może w takim wypadku wymagać złożenia określonych dokumentów, jakie zwykle wydawane są tego rodzaju przedmiotowi (katalogi, ulotki, foldery, certyfikaty) a także próbek, może także poprzestać na oświadczeniach wykonawców, zdając się wtedy na własną znajomość przedmiotu czy nawet posiłkując się pomocą biegłego.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wskazał, że szczegółowy zakres i opis artykułów biurowych, będących przedmiotem zamówienia określony został w Załączniku Nr 2 do Oferty w treści kolumny 2 „przedmiot zamówienia”. Wymagał, aby złożona oferta opatrzona została Formularzem asortymentowo cenowym. Ponadto w odniesieniu do wybranych pozycji zamawiający wymagał dodatkowo załączenia próbek.

Podkreślić należy, że Zamawiający wymagał, aby w opisie przedmiotu zamówienia – w Formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, dalej cyt. też w odwołaniu jako „Formularz”), cyt.: „Wykonawca w kolumnie nr 6, 7 i 8

*wpisuje informacje jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację*”, a więc aby Wykonawcy podali dane oferowanego artykułu tj. nazwa handlowa (kolumna 6), symbol lub model producenta lub importera/dystrybutora (kolumna 7) oraz producent lub importer/dystrybutor (kolumna 8). Wynika z tego, że Formularz został przewidziany w przedmiotowym postępowaniu jako podstawowy element mechanizmu, służącego zbadaniu zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego — na podstawie informacji o oferowanym przedmiocie, zawartych w tym Formularzu miało nastąpić badanie oferowanego przedmiotu z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

W ocenie Odwołującego przyjęta przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu praktyka, polegająca - jak można sądzić - na samodzielnym poszukiwaniu materiałów w asortymencie danego producenta i analizie, czy i który produkt może odpowiadać charakterystyce materiału (podanej przez Zamawiającego „na sztywno” w Formularzu), jakkolwiek świadczy o życzliwej postawie Zamawiającego, wyrażającej się w istocie wyręczeniem wykonawcy w konkretyzacji oferowanego przedmiotu, to obarczona jest ryzykiem niemiernodajnej oceny i błędnej identyfikacji takich materiałów. Do takiej sytuacji właśnie doszło w przedmiotowym postępowaniu. Tymczasem to rzeczą i wyłączną gestią Wykonawcy była konkretyzacja oferowanego artykułu, zaś Zamawiający ma ograniczoną rolę w rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy w tym przedmiocie. Odczytanie tego oświadczenia woli powinno odbyć się w oparciu przede wszystkim o treść oferty tj. formularza asortymentowo-cenowego.

Powyższe, w okolicznościach tej sprawy, nie może zostać w ocenie Odwołującego naprawione w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po złożeniu ofert. Jakkolwiek bowiem każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu ofertę wykonawcy należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru Wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu a konsekwentnie — zamiaru złożenia oferty zgodnej z SIWZ, to kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu, w oparciu o dane zawarte w ofercie.

Przepisy ustawy Pzp przewidują instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli — jeśli jest ono niejednoznaczne, a także służące poprawieniu oferty — jeśli wprost nie odpowiada ona treści SIWZ. Podkreślenia

bowiem wymaga, że w postępowaniu o zamówienie publiczne nie została wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego, zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli, w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel oświadczenia. Istotne elementy — to jest skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia - powinny jednak w ofercie się znaleźć, w innej sytuacji nie sposób bowiem ustalić treści tego oświadczenia bez jego zmiany już po terminie składania ofert.

Odwołujący zdaje sobie sprawę, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis art. 87 ust. 2 ustawy obliguje natomiast Zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a także innych omyłek polegających na niezgodności oferty SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie w takim wypadku Zawiadamiąjąc o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona, ze skutkiem odrzucenia oferty — w razie braku wyrażenia braku zgody na taką poprawę (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Opisanie instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli, a nie wtedy gdy przykładowo go brakuje lub wprost wskazuje ono na niezgodność z SIWZ, tak jak ma to miejsce w kwestionowanych ofertach Wykonawców.

Wnioskowanie, a dokładniej odgadywanie, że dany producent posiada w swojej ofercie materiały o opisie odpowiadającym postawionemu w SIWZ wymaganiu, nie stanowi ustalenia treści oferty, jeżeli wykonawca zaniedbał podania wystarczających informacji pozwalających na identyfikację tego co oferuje lub podał je błędnie. Informacje te nie mogą zostać uzupełnione w wyniku wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ stanowiłoby to uzupełnienie treści oferty w zakresie nieznajdującym choćby punktu zaczepienia w jej treści, sprowadzające się do negocjowania treści oferty. Gdyby było tak, jak postąpił Zamawiający w odniesieniu do ofert wskazywanych przez Odwołującego jako

niezgodne z SIWZ, że oparł się tylko np. na podanym przez Wykonawcę producencie materiałów biurowych, a nie potrzebował już symbolu i modelu bądź nie sprawdził czy materiał oznaczony danym symbolem spełnia rzeczywiście wymagania SIWZ, to i jakakolwiek weryfikacja ofert byłaby niemożliwą, sprowadzałaby się do odgadywania, co wykonawca zaoferował, jakie produkty kryją się w poszczególnych pozycjach, oraz czy są one zgodne z SIWZ. Zamawiający nie może postępować w ten sposób, doprecyzowywać oferty już po jej złożeniu, nie może domyślać się jaki produkt został dokładnie zaoferowany czy bez sprawdzenia lub dokładnego sprawdzenia zakładać, że Wykonawca zaoferował przedmiot zgodny z SIWZ.

Podkreślić należy, że zastosowanie procedury odwróconej przez Zamawiającego nakłada na Wykonawcę obowiązek szczególnej staranności przy przygotowaniu oferty. Po złożeniu oferty jej zmiana lub poprawa za wyjątkami wynikającymi z art. 87 ust. 2 ustawy PZP jest bowiem niedopuszczalna.

Powyższe i poniżej przedstawione szczegółowe uzasadnienie faktyczne determinuje wniosek o niezgodności z treścią SIWZ treści ofert złożonych przez wszystkich wykonawców, poza Odwołującym. Niezgodność ta powinna skutkować odrzuceniem ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i nie podlega sanowaniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp ani też na innej podstawie prawnej przewidzianej w ustawie Pzp, gdyż prowadziłoby do niedozwolonej zmiany (uzupełnienia) oferty po terminie składania ofert.

Skutkiem naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów jest także naruszenie przez niego ogólnej zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

1. Odnośnie oferty wybranej jako najkorzystniejsza tj. P.H.U Samfix-Papier G.B., D.B. sp. j.

W poz.113 - Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia „*Wkład do cienkopisu z poz. 108, grubość końcówki 0,7mm, grubość linii pisania 0,35mm, kolor zielony*”. Wykonawca zaoferował wkład do cienkopisu zielony LE028 Leviatan/D.Rect, który jest niezgodny z wymaganiem SIWZ. Zaoferowany wkład LE028 nie posiada bowiem wymaganej grubości końcówki i grubości linii pisania.



Wkład LE028 to wkład o grubości końcówki 0,5mm i grubości linii pisania 0,25mm, co oznacza jego niezgodność z SIWZ, a tym samym implikuje podstawę do odrzucenia oferty stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Wykonawca podał, że w Formularzu przeniesiono omyłkowo komputerowo kod z pozycji 112 do pozycji 113 (...) a został wyceniony wkład o kodzie LE030.

W ocenie Odwołującego podanie przez Wykonawcę na skutek wyjaśniania treści oferty innych symboli (tj. wyceny LE030) niż pierwotnie ujęte w ofercie (tj. pierwotnie symbol LE028 zarówno w pozycji 112, jak i w poz. 113) prowadzi do uzupełnienia tej oferty o nowe treści, a w konsekwencji prowadzi do zmiany treści oferty. Uznaje się to w orzecznictwie KIO za niedopuszczalne. Ma to miejsce zwłaszcza w sytuacji, gdy nowe informacje powodują, że oferta podlegająca w swojej pierwotnej treści odrzuceniu, po złożeniu wyjaśnień, odrzuceniu już podlegać nie będzie. Tym samym wyjaśnienia takie zawierają nowe treści powodujące zmianę, która jest istotna. Przyjęcie takich wyjaśnień należy uznać za niezgodne nie tylko z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania jakiegokolwiek zmian w treści oferty, ale także za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje Zamawiającemu przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie można bowiem uznać, że zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości została zachowana, jeżeli Zamawiający przyjmuje wyjaśnienia Wykonawcy, w których podaje on nowe okoliczności, nie wynikające z treści oferty, a które skutkują koniecznością uznania jego oferty za zgodną z SIWZ, podczas gdy w swej pierwotnej treści oferta ta była z SIWZ niezgodna. Innymi słowy, za niedopuszczalne należy uznać zachowanie Wykonawcy, który wskazuje w swojej ofercie określone informacje, a następnie, po ujawnieniu przez zamawiającego wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ, podaje nowe okoliczności uzupełniające ofertę o treść pozwalającą na „dostosowanie” tej oferty do stanu zgodnego z SIWZ (zob. np. wyrok KIO z 3 października 2017 r., KIO 1948/17).

Dowód: Karta produktu LE028 pochodząca z firmy Leviatan.

W poz.120 - Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia „*Korektor w płynie, fluid na bazie rozpuszczalnika*”. Wykonawca zaoferował korektor w płynie 7612001 PL-99 DONAU/PBS, który jest niezgodny z wymaganiem SIWZ. Zaoferowany korektor nie jest bowiem na bazie rozpuszczalnika. Korektor ten (7612001 PL-99) to korektor cyt. „*na bazie wody, nie zawiera rozpuszczalników*”, co potwierdza wprost karta katalogowa produktu PBS Connect Polska Sp. z o.o. W jego skład nie wchodzi rozpuszczalnik, a to oznacza zaoferowanie przez Wykonawcę zupełnie innego rodzaju korektora.

Złożone na wezwanie Zamawiającego przez Wykonawcę wyjaśnienia, że „*korektor firmy Donau jest rozpuszczalny na bazie rozpuszczalnika, którym jest woda*” pozostają w jawnej sprzeczności z informacją zawartą w karcie katalogowej producenta i w ocenie Odwołującego stanowią nadużycie i przejaw wprowadzania w błąd Zamawiającego. Producent wyraźnie bowiem odróżnia „rozpuszczalnik” od „wody” skoro podaje „na bazie wody”, „nie zawiera rozpuszczalników”. Nie można tu pomijać faktu, że Zamawiający postawił wyraźne wymaganie używając określenia „na bazie rozpuszczalnika”, a nie „na bazie wody”.

W związku z powyższym oferta jest niezgodna z SIWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dowód: Karta produktu PBS Connect Polska Sp. z o.o.

W poz.151 - Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia „*Nożyczki biurowe, rękojeść z wytrzymałego tworzywa sztucznego w kolorze czarnym*”. Wykonawca zaoferował nożyczki SG-210 009502 Leviatan/ D.Rect, które są niezgodne z wymaganiem SIWZ. Zaoferowane nożyczki nie posiadają bowiem rękojeści w czarnym kolorze. Rękojeść nożyczek o symbolu SG-210 jest czerwono-czarna. Pomimo tego, że na rynku występują nożyczki wymagane przez Zamawiającego z rękojeścią czarną, Wykonawca nie zaoferował produktu zgodnego z SIWZ. W związku z tym oferta jest niezgodna z SIWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dowód: Karta produktu SG-210 009502 pochodząca z firmy Leviatan.

W poz.205 - Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia „*Pojemnik magnetyczny na spinacze, kolor części z magnezem — czarny*”. Wykonawca zaoferował pojemnik DELI 9881 ze spinaczami Leviatan/Deli, niezgodny

z wymaganiem SIWZ. Zaoferowany pojemnik nie posiada bowiem części z magnezem w kolorze czarnym. Część ta jest w kolorze niebieskim. Produkt nie spełnia zatem wymagań SIWZ. Podkreślić ponadto należy, że w ofercie Wykonawca nie wskazał, jaki kolor oferuje, a na tym etapie nie jest dopuszczalne dokonanie takiego uszczegółowienia oferty. W związku z tym oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dowód: Karta produktu DELI 9881 ze spinaczami pochodząca z firmy Leviatan.

W poz. 223 - Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia „*Taśma dwustronna polipropylenowa 48mm+/-2mmxmin.25m*”. Wykonawca zaoferował taśmę dwustronną 50mmx25m GRAND 130-1210, która jest niezgodna z wymaganiem SIWZ. Taśma 130-1210 to bowiem papierowa bibułka pokryta dwustronnie klejem. Papier nie jest polipropylenem, a tym samym zaoferowany produkt jest niezgodny z SIWZ. W związku z tym oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dowód: Korespondencja e-mail z firmy KW Trade Sp. z o.o., wyłącznego dystrybutora taśm GRAND.

Odwołujący zauważa, że wskazane wyżej niezgodności z SIWZ zawarte w ofercie nie mogą zostać naprawione poprzez złożenie wyjaśnień przez Wykonawcę, ponieważ zaoferowane zostały konkretne identyfikowalne produkty. Każda zmiana w tym zakresie (w zakresie oferowanych produktów, ich nazwy, czy też symbolu) prowadziłaby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty Wykonawcy. Ponadto niedopuszczalne byłoby potraktowanie wskazania konkretnych symboli jako jakichkolwiek omyłek. W związku z tym oferta Wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

## 2. Oferta Partner XXI Kleks Sp.j. M. W., W. W.

W poz.120 - Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia „*Korektor w płynie, fluid na bazie rozpuszczalnika*”. Wykonawca zaoferował korektor w płynie TK420W TAURUS TRADE, który jest niezgodny z wymaganiem SIWZ. Zaoferowany korektor nie jest na bazie rozpuszczalnika. Korektor TK-420W

to korektor na bazie wody. W jego skład nie wchodzi rozpuszczalnik, to zupełnie inny rodzaj korektora. Nie można tu pomijać faktu, że Zamawiający postawił wyraźne wymaganie używając określenia „na bazie rozpuszczalnika”, a nie określenia „na bazie wody”. W związku z tym oferta Wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dowód: Karta produktów TAURUS TRADE.

W poz.167 - Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia „*Koszulka A4 poszerzana, wym. min. 220x300mm, grubość min.90 mic*”. Wykonawca zaoferował koszulki symbol 110274 Leviatan niezgodne z wymaganiem SIWZ. Zaoferowane koszulki nie posiadają wymaganego wymiaru, nie są poszerzane. Dodatkowo koszulki te nie posiadają wymaganej grubości min. 90mic.

Koszulki 110274 Leviatan to koszulki mniejsze od wymaganych, mają format A4 (210x297mm) oraz są cieńsze od wymaganego minimum, ich grubość to 50 mic. Dla porównania Odwołujący załącza do odwołania oprócz karty produktu zaoferowanego przez Wykonawcę przykładową Kartę produktu Leviatan, który jest zgodny z SIWZ.

Dowód: Karty produktów pochodzące z firmy Leviatan.

W poz.199 - Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia blok do flipchartu o wymiarze 100 x 65cm. Wykonawca zaoferował bloki Interdruk FL150 niezgodne z wymaganiem SIWZ. Zaoferowane bloki nie posiadają wymaganego wymiaru, są mniejsze od wymaganych. Informację tę Wykonawca wprost zamieszcza w formularzu cenowym w kolumnie nr 6 „BLOK INTERDRUK DO FLIPCHARTA 64x100/50k GL”. Zamawiający nie dopuszczał żadnej tolerancji odnośnie wymiaru +/- , wymagał konkretnie wymiarów 100x65cm. Nie odrzucenie oferty Wykonawcy z powodu takiej niezgodności z SIWZ stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i świadczy o nienależytej staranności podczas badania i oceny oferty.

Dowód: Cennik 2018 (strona 6) producenta INTERDRUK

Przedstawione niezgodności oferty z SIWZ w ocenie Odwołującego skutkują obowiązkiem Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie mogą zostać bowiem naprawione np. poprzez złożenie

wyjaśnień przez Wykonawcę, ponieważ zaoferowane zostały konkretne identyfikowalne produkty. Każda zmiana w tym zakresie (w zakresie oferowanych produktów, ich nazwy, czy też symbolu) prowadziłaby do niedopuszczalnej zmiany oferty Wykonawcy. Ponadto niedopuszczalne byłoby potraktowanie wskazania przez Wykonawcę w ofercie konkretnych symboli jako jakichkolwiek omyłek.

### 3. Oferta Partner XXI PIK Sp. z o.o.

W poz.68 - Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia *„Teczka A4 na akta osobowe, szeroki grzbiet 3cm, pozwalający na gromadzenie dużej ilości dodatkowych dokumentacji, w środku klasyczny mechanizm z wąsem i listewką dociskową, wpięty wkład A, B, C do prawidłowego gromadzenia informacji, na grzbiecie umieszczona kieszeń z wyjmowaną etykietą do zapisania danych personalnych”*. Wykonawca zaoferował teczkę do akt osobowych 0309-0013Panta Plast. Zaoferowana teczka nie posiada wymaganej etykiety. Umieszczona kieszeń na grzbiecie teczki jest bez etykiety.

Do oferty zgodnie z wymaganiem SIWZ Rozdział VI pkt. 1, ppkt.1.3 była wymagana próbka. Zgodnie z zapisami SIWZ *„W przypadku braku złożenia którejkolwiek z wymaganych próbek lub złożenia próbki nie spełniającej wymogów określonych w Załączniku nr 2 do Oferty, oferta Wykonawcy będzie podlegać odrzuceniu, bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia.”*

W ocenie Odwołującego złożona próbka nie posiada wymaganej etykiety w kieszonce na grzbiecie i w związku z tym oferta jako niezgodna z SIWZ powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Informację potwierdza katalog producenta PantaPlast oraz karta katalogowa wystawiona przez Panta Plast. Dokument wskazuje, że standardowa teczka na akta osobowe 0309-0013 w ofercie producenta ma kieszonkę do opisu, natomiast brak w niej etykiety.

Dodatkowo należy zaznaczyć, że Wykonawca w formularzu cenowym w kolumnie nr 6 opisał *„Teczka A4 na akta osobowe, grzbiet 3 cm , kieszonka na grzbiecie, 3szt. wewnętrznych listew z zapięciami skoroszytowymi, 3szt. przekładek personalnych ABC (według wzoru kodeksu pracy)”*. Opis nie wskazuje, że teczka ma etykietę w kieszonce.

Dowód: Katalog producenta PantaPlast oraz karta produktu wystawiona przez Panta Plast

W poz.102 - Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia „*Grafit HB,Hi-Polymer (grafit mocniejszy od standardowych, o podwyższonej twardości)*”

Wykonawca zaoferował grafity 160-1125 KW TRADE, niezgodne z wymaganiem SIWZ. Zaoferowane grafity nie są bowiem wysoko-polimerowe Hi-Polymer. Są to zwykłe grafity, o standardowej trwałości. Wykonawca w formularzu cenowym w kolumnie nr 6 „nazwa handlowa” wskazał w opisach produktu, że oferuje „*grafit HB, do ołówka automat. 0,5mm, Polymerowe (...)*” Zaoferowany produkt nie spełnia zatem wymagań SIWZ i w związku z tym skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dowód: Karta produktu pochodząca z firmy KW Trade.

W poz. 219 - Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia „*Pudło do ekspediowania akt, wymiar zew. długość 280x wysokość 400x szerokość 350mm lub długość 338x wysokość 312x szerokość 628mm(+20mm na każdym wymiarze)*”. Wykonawca zaoferował pudła 7205301L FELLOWES niezgodne z wymaganiem SIWZ. Zaoferowane pudła nie posiadają wymaganego wymiaru. Pudła są mniejsze od wymaganych przez Zamawiającego w zakresie szerokości, ponieważ pudła Fellowes 7205301L mają szerokość 428mm.

Zamawiający wymagał pudła o szerokości 628mm, dopuszczając większą szerokość poprzez zapis +20mm na każdym wymiarze. Minimalny dopuszczalny parametr szerokości to zatem 628mm, natomiast max 628mm+20mm. Zaoferowany produkt nie spełnia więc wymagań SIWZ i w związku z tym skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dowód: Karty produktów pochodzące z firmy Fellowes.

W poz. 220 - Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia „*Pudło do ekspediowania akt sądowych wymiary zew. długość 280 x wysokość 200 x szerokość 350 mm lub długość 338 x wysokość 312 x szerokość 428 mm (+20 mm na każdym wymiarze)*”. Wykonawca zaoferował pudła 7205401L FELLOWES niezgodne z wymaganiem SIWZ. Zaoferowane pudła nie posiadają wymaganego wymiaru. Pudła są większe od dopuszczalnych wymiarów podanych przez Zamawiającego w zakresie szerokości, ponieważ pudła Fellowes 7205401L mają zew. szerokość 628mm.

Zamawiający wymagał pudła o szerokości 428mm (+20mm na każdym wymiarze) dopuszczając większą szerokość poprzez zapis +20mm. Zatem maksymalny dopuszczalny parametr szerokości to  $428\text{mm}+20\text{mm}=448\text{mm}$ , Zaoferowany produkt nie spełnia więc wymagań SIWZ i w związku z tym skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazane przez Odwołującego niezgodności oferty Wykonawcy z SIWZ w ocenie Odwołującego skutkują obowiązkiem Zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie mogą zostać naprawione poprzez złożenie wyjaśnień przez Wykonawcę, albowiem zaoferowane zostały konkretne identyfikowalne produkty. Każda zmiana w tym zakresie (w zakresie oferowanych produktów, ich nazwy, czy też symbolu) prowadziłaby do niedopuszczalnej zmiany oferty Wykonawcy. Ponadto niedopuszczalne jest traktowanie wskazania konkretnych symboli jako jakichkolwiek omyłek.

Niezależnie od powyższego z tzw. ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie dochował należytej staranności podczas badania i oceny ofert Wykonawców znajdujących się na pozycjach 5 i 6 (tj. na pozycjach dalszych niż Odwołujący). Z uwagi na to, że ich treść jest niezgodna z treścią SIWZ powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym zakresie Odwołujący wskazuje, co następuje:

1. Odnośnie oferty Kompania Biurowa Sp. z o.o.

W poz.1 - Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia „*Papier kserograficzny A3, gramatura 80 (+/-3) g/m<sup>2</sup>, białość CIE 161 +/-2; wilgotność 4,5 +1/1,5%, nieprzezroczystość nie mniej niż 91%, gładkość 180 +70/- 50 cm<sup>3</sup>/min, kolor biały*”. Wykonawca zaoferował papier HP Printing CHP220. Według uzyskanej przez Odwołującego wiedzy papier ten nie jest już produkowany, nie jest dostępny. Zamawiający w celu prawidłowej oceny oferty powinien zweryfikować w szczególności w drodze wyjaśnień dostępność papieru CHP220 do realizacji przedmiotowego postępowania.

Odwołujący pragnie zauważyć, że zgodnie z postawionym przez Zamawiającego wymaganiem w Załączniku nr 2 do oferty Wykaz asortymentowo-cenowy pkt. 1 „Wykonawca w kolumnie nr 6,7 i wpisuje informacje jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację”.

Wykonawca w poz. 96 złożonego formularza asortymentowo-cenowego nie zastosował się do wymagania SIWZ. W formularzu Załącznik nr 2 w kolumnie nr 6 Wykonawca wpisał wyłącznie określenie: *KALENDARZ TRÓJDZIELNY Z GŁÓWKĄ NA OSTRO CIĘTĄ*, które również powielił w kolumnie nr 7. Podany opis nie określa, jakie dokładnie parametry posiada zaoferowany kalendarz, czy ma wymagany 4-kolorowy zadruk, czy ma zrywane karty miesięczne łączone za pomocą spirali, czy ma pasek z okienkiem i czy dedykowany jest na rok 2019, a w konsekwencji czy jest zgodny z wymaganiem SIWZ.

Na podstawie opisu Wykonawcy Zamawiający nie ma możliwości sprawdzenia zgodności zaoferowanego produktu z wymaganiem. Firma Darrieus to producent kalendarzy, w związku z tym, w jego ofercie mogą występować różne modele kalendarzu o różnych wymiarach, różnej ilości kolorów zadruku, różnej formie łączenia kartek (klej lub spirala), pasek z okienkiem lub bez, z różnymi datami obowiązywania.

Oferta Wykonawcy jest wariantową, daje możliwość dopasowania kilka modeli kalendarza z oferty jednego producenta. Tymczasem zgodnie z wymaganiem SIWZ to Wykonawca składając ofertę miał obowiązek jednoznacznie wskazać produkt jaki oferuje. W tym przypadku warunek nie został spełniony. W związku z tym oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W poz.102 - Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia „Grafit HB, Hi- Polymer. („Hi-Polymer” czyli grafit mocniejszy od standardowych, wyjątkowo trwałe, o podwyższonej wytrzymałości)”. Wykonawca zaoferował grafity KF01547 QCONNECT PBS, niezgodne z wymaganiem SIWZ. Zaoferowane grafity nie są Hi-Polymer, produkt nie spełnia wymagań SIWZ. Są to zwykłe grafity, o niskiej wytrzymałości. Parametr wytrzymałości określany w jednostce miary gram (g) nie jest potwierdzony przez PBS Connect Polska na karcie produktu.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia przez określenie Hi-Polymer wymagał otrzymania od Wykonawców oferty na produkt dostępny na rynku, o podwyższonej wytrzymałości tj. Hi-Polymer, dla której wytrzymałość to określona siła nacisku. Grafit nie pęka, nie łamie się.

Podkreślić należy, że na rynku w ofertach producentów występują dwa rodzaje grafitów: polimerowe oraz Hi-Polymerowe. Producenci, którzy mają w ofercie grafity Hi-Polymer umieszczają tę informację na kartach z parametrami szczegółowymi.



Zgodnie z wymaganiem SIWZ na Wykonawcy spoczywa obowiązek jednoznacznego wskazania i udowodnienia zgodności parametrów oferowanych z wymaganymi w SIWZ, czego Wykonawca zaniechał, a Zamawiający nie dołożył należytej staranności przy weryfikacji oferty.

Dowód:

- 1) Karta produktu pochodząca z firmy PBS Connect Polska Sp. z o.o.
- 2) Karta producenta PENTEL potwierdzająca parametr Hi-Polymer
- 3) Karta grafitów producenta FORPUS, z uwzględnioną informacją o Hi-Polymer.
- 4) Karta grafitów producenta TAURUS TRADE dotycząca zwykłych grafitów.

2. Odnośnie oferty PHU Portal Sp. z o.o.

Zgodnie z postawionym przez Zamawiającego wymaganiem Załącznik nr 2 do oferty Wykaz asortymentowo-cenowy pkt 1 *„Wykonawca w kolumnie nr 6,7 wpisuje informacje jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację”*.

Wykonawca w większości pozycji złożonego formularza asortymentowo-cenowego nie zastosował się do wymagania SIWZ. W formularzu Załącznik nr 2 w kolumnie nr 6 Wykonawca wpisał wyłącznie nazwy producentów, które również określił w kolumnie nr 8. Opis ten nie określa jednoznacznie, jaki produkt jest oferowany.

Na podstawie takiego opisu Zamawiający nie ma możliwości sprawdzenia zgodności zaoferowanego produktu z wymaganym, ponieważ nie jest wiadome co zostało zaoferowane.

Odwołujący zwraca uwagę, że w poz. np. 93, 94, 96 99, 114, 198, Wykonawca wpisał wyłącznie nazwy producentów, w których ofercie występuje więcej niż jeden produkt. Oferta Wykonawcy wskazuje na kilka dostępnych produktów u jednego producenta, a nie jak wymagał Zamawiający - na konkretny produkt oferowany na potrzeby SIWZ. Zgodnie z wymaganiem SIWZ to Wykonawca składając ofertę miał obowiązek jednoznacznie wskazać produkt jaki oferuje. W tym przypadku warunek nie został spełniony. Zamawiający na tej podstawie nie jest więc w stanie ustalić przedmiotu oferty Wykonawcy w tym zakresie. Zamawiający nie dopuszczał też w SIWZ możliwości składania propozycji wariantowych. Oferta powinna w związku z tym podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W poz.102 - Zamawiający wymagał zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia *„Grafit HB, Hi- Polymer. („Hi-Polymer” czyli grafit mocniejszy od standardowych, wyjątkowo trwały, o podwyższonej wytrzymałości)”. Wykonawca zaoferował grafity KF01547*

Q-CONNECT PBS, niezgodne z wymaganiem SIWZ. Zaoferowane grafity nie są Hi-Polymer, produkt nie spełnia wymagań SIWZ. Są to zwykłe grafity, o niskiej wytrzymałości. Parametr wytrzymałości określany w jednostce miary gram (g) nie jest potwierdzony przez PBS Connect Polska na karcie produktu.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia przez określenie Hi-Polymer wymagał otrzymania od Wykonawców oferty na produkt dostępny na rynku, o podwyższonej wytrzymałości tj. Hi-Polymer, dla której wytrzymałość to określona siła nacisku. Grafit nie pęka, nie łamie się.

Podkreślić należy, że na rynku w ofertach producentów występują dwa rodzaje grafitów: polimerowe oraz Hi-Polymerowe. Producenci, którzy mają w ofercie grafity Hi-Polymer umieszczają tę informację na kartach z parametrami szczegółowymi. Zgodnie z wymaganiem SIWZ na Wykonawcy spoczywa obowiązek jednoznacznego wskazania i udowodnienia zgodności parametrów oferowanych z wymaganymi w SIWZ, czego Wykonawca zaniechał, a Zamawiający nie dołożył należytej staranności przy weryfikacji oferty.

Wskazane przez Odwołującego niezgodności oferty Wykonawcy z SIWZ w ocenie Odwołującego skutkują obowiązkiem Zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie mogą zostać naprawione poprzez złożenie wyjaśnień przez Wykonawcę, albowiem zaoferowane zostały konkretne identyfikowalne produkty. Każda zmiana w tym zakresie (w zakresie oferowanych produktów, ich nazwy, czy też symbolu) prowadziłaby do niedopuszczalnej zmiany oferty Wykonawcy. Ponadto niedopuszczalne jest traktowanie wskazania konkretnych symboli jako jakichkolwiek omyłek.

Z uwagi na powyższe odwołanie zasługuje w całości na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, piśmie procesowym Zamawiającego a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 kwietnia 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na rozprawie, do protokołu. Izba uwzględniła również stanowisko pisemne zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 2 maja 2018 roku Odpowiedź na odwołanie złożonym w oryginale do akt sprawy przed otwarciem posiedzenia z udziałem Stron postępowania.

### **Izba ustaliła**

W postępowaniu zostało złożonych sześć ofert:

1. Kompania biurowa Sp. z o.o. ul. Karczunkowska 19, 02-871 Warszawa, cena oferty: 1.802.205,61 zł,
2. Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. ul. K. Hugona Kołłątaja 4, 05-092 Łomianki, cena oferty: 1.859.176,50 zł,
3. PHU Sarnfix-Papier G. B., D. B. Sp.j. ul. Miałki Szlak 52 hala E6-E7, 80-717 Gdańsk, cena oferty: 1.747.963,75 zł,
4. Partner XXI Kleks Sp.j. M. W., W. W., ul. Dworcowa 7, 87-100 Toruń, cena oferty: 1.814.315,90 zł,

5. PHU Portal Sp. z o.o. ul. Strzelców Karpackich 6A/15, 80-041 Gdańsk, cena oferty: 1.927.054,38 zł,
6. Partner XXI-PIK Sp. z o.o. ul. Fordońska 246, 85-766 Bydgoszcz, cena oferty: 1.795.556,46 zł.

Pismem z dnia 5 kwietnia 2018 roku Zamawiający wystąpił do Wykonawcy P.H.U. Samfix-Papier G. B., D. B. Sp.j. o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy parametrami technicznymi podanymi w ofercie a wymaganymi w SIWZ w zakresie pozycji 113, 198, 211.

Dnia 9 kwietnia 2018 roku Wykonawca w odpowiedzi wyjaśnił, iż m.in. w pozycji 113 w formularzu cenowym przeniesiono omyłkowo komputerowo kod z pozycji 112 do pozycji 113 poprzez „przesunięcie wartości kolumny” natomiast produkty z pozycji 198 i 211 są zgodne z SIWZ.

Pismem z dnia 5 kwietnia 2018 roku Zamawiający wystąpił do Wykonawcy Partner XXI Kleks Sp.j. M. W., W. W., o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy parametrami technicznymi podanymi w ofercie a wymaganymi w SIWZ w zakresie pozycji 72, 120, 121, 127, 167, 198, 211.

Dnia 9 kwietnia 2018 Wykonawca w odpowiedzi wyjaśnił, iż produkty zaoferowane w pozycjach 72, 121, 127, 198, 211 są zgodne z wymaganiami SIWZ. W zakresie pozycji 120 – Wykonawca wyjaśnił, iż przy wpisywaniu symbolu producenta, błędnie wpisano zamiast symbolu TK-420 produkt o symbolu TK-420W (kod innego produktu). Zamierzeniem Wykonawcy było zaoferowanie korektora na bazie rozpuszczalnika (zgodnie z SIWZ) a nie na bazie wody (jak podano w ofercie). Wykonawca wskazał, iż pomyłkę tą należy zakwalifikować zgodnie z Pzp jako *„inną omyłkę pisarską polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty”*.

W zakresie pozycji 167 – Wykonawca wyjaśnił, iż przy wpisywaniu kodu producenta wkradł się błąd i kod produktu został błędnie skopiowany z pozycji 168.

Zamawiający nie występował do pozostałych wykonawców o wyjaśnienie treści złożonych przez nich ofert.

Dnia 10 kwietnia 2018 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Wykonawcę P.H.U. Sarnfix-Papier G. B., D. B. Sp. j.

W piśmie procesowym oraz na rozprawie Zamawiający wskazał, iż dokonał poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp – uznając je za oczywiste omyłki pisarskie (oferta P.H.U. Samfix-Papier G. B., D. B. Sp.j. poz. 113, oferta Partner XXI Kleks Sp. j. M. W., W. W. poz. 167) oraz w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – uznając je jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (oferta P.H.U. Samfix-Papier G. B., D. B. Sp.j. poz. 223, oferta Partner XXI Kleks Sp. j. M. W., W. W. poz. 199).

W zakresie pozostałych zarzutów odwołania uznał je za chybione, twierdząc iż produkty oferowane w pozostałych pozycjach są zgodnie z SIWZ. Ponadto w ofercie Wykonawcy Partner XXI PIK Sp. z o.o. nie ma niezgodności z treścią SIWZ.

### **Izba zważyła**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że treść ofert wykonawców P.H.U. Sarnfix-Papier G. B., D.B. Sp. J, Partner XXI Kleks Sp. j .M.W., W.W. oraz Partner XXI-PIK Sp. z o.o. w pozycjach wskazanych w odwołaniu jest niezgodna z treścią SIWZ. Ocenie podlega kwestia, czy niezgodności te jako omyłki popełnione przez wykonawców, kwalifikowały się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 Pzp - jak to uczynił Zamawiający, czy też kwalifikacja dokonana przez Zamawiającego była nieuprawniona.

Dokonując powyższej oceny, w pierwszej kolejności należy odwołać się do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *„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”*, i przez jego pryzmat ocenić prawidłowość czynności podjętych przez Zamawiającego. Złożenie przez Wykonawcę wyjaśnień,

które zawierają nowe informacje, niezawarte uprzednio w treści oferty – np. wskazanie innych numerów katalogowych (niż te podane w ofercie) dla oferowanych produktów, podanie innych wymiarów produktów (niż te wskazane w ofercie) - prowadzi do uzupełnienia tej oferty o nowe treści, a w konsekwencji do zmiany treści oferty. W dodatku ww. nowe informacje powodują, że oferta podlegająca w swojej pierwotnej treści odrzuceniu, po złożeniu wyjaśnień, odrzuceniu już podlegać nie będzie. Tym samym wyjaśnienia takie zawierają nowe treści powodujące zmianę, która jest istotna. Przyjęcie takich wyjaśnień należy uznać za niezgodne nie tylko z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania jakiegokolwiek zmian w treści oferty, ale także za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie można bowiem uznać, że zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości została zachowana, jeżeli Zamawiający przyjmuje wyjaśnienia Wykonawcy, w których podaje on nowe okoliczności, nie wynikające z treści oferty, a które skutkują koniecznością uznania jego oferty za zgodną z SIWZ, podczas gdy w swej pierwotnej treści oferta ta była z SIWZ niezgodna. Innymi słowy, za niedopuszczalne należy uznać zachowanie Wykonawcy, który wskazuje w swojej ofercie określone informacje, a następnie, po ujawnieniu przez Zamawiającego wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ, podaje nowe okoliczności, uzupełniające ofertę o treść pozwalającą na „dostosowanie” tej oferty do stanu zgodnego z SIWZ.

*Wskazać należy, iż „ustawa nie określa jakie omyłki uznać należy za "oczywiste omyłki pisarskie". Uznać zatem należy, że zakres tych omyłek wyczerpuje się w literalnym brzmieniu słowa "oczywiste" oraz w orzecznictwie wypracowanym na podstawie takiego zapisu w innych aktach prawnych np. art. 350 § 1 k.p.c. O oczywistości omyłek w ustawie wypowiedział się już sąd jak i Zespół Arbitrów. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 grudnia 2002 roku w sprawie V Ga 1514/02 wskazał, że oczywistą omyłką jest widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski albo rachunkowy lub inna podobna usterka w tekście. Sprostowanie oczywistej omyłki nie może prowadzić do zmiany treści oferty, w szczególności nie można polegać na zmianie określonego w ofercie rozmiaru świadczenia oferenta lub ceny” (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 2006-10-13, X Ga 375/06*

Instytucja sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej dotyczy uchybień o charakterze oczywistym, których poprawienie w żadnym wypadku nie może

prowadzić do merytorycznej zmiany oferty, muszą one natomiast być widoczne na pierwszy rzut oka, oczywiste dla każdego, bez konieczności przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń jak należy ją poprawić. O oczywistości świadczy również fakt, iż każdy kto będzie dokonywał poprawienia takiej omyłki, poprawi ją w taki sam sposób. *„Ustawodawca przewidując obowiązek zamawiającego poprawienia oczywistej omyłek pisarskich, nie wprowadził ustawowej definicji tego pojęcia, dlatego stosując ten przepis należy mieć na uwadze jego potoczne rozumienie. Tak więc omyłka pisarska to m. in. widoczne - wbrew zamierzeniom wykonawcy, niewłaściwe użycie wyrazu, mylna pisownia, błąd gramatyczny, a nawet niezamierzone opuszczenie wyrazu - pod warunkiem, że dotyczą spraw nieistotnych dla treści oferty”* (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 2006-10-13, X Ga 375/06)

Wobec powyższego, w ocenie Izby Zamawiający nieprawidłowo dokonał poprawienia omyłek kwalifikując je jako oczywiste omyłki pisarskie w ofertach Wykonawców P.H.U. Samfix-Papier G. B., D. B. Sp. J poz. 113, oferta Partner XXI Kleks Sp.j. M. W., W. W. poz. 167. Poprawienia dokonane przez Zamawiającego nie stanowią oczywistych omyłek pisarskich, nie można bowiem dokonać ich poprawienia bez konieczności niedozwolonych negocjacji z Wykonawcami. Zamawiający nie ma wiedzy w jaki sposób mógłby je poprawić, a to wyklucza oczywisty charakter omyłki.

W ocenie Izby zastosowanie przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp do ofert wykonawców P.H.U. Samfix-Papier G. B., D. B. Sp. J poz. 223, oraz Partner XXI Kleks Sp. j. M. W., W. W. poz. 199 również było działaniem nieprawidłowym, bowiem treść kwestionowanych ofert Wykonawców była niezgodna z SIWZ, co skutkuje koniecznością odrzucenia tych ofert.

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 ustawy Pzp”*. Zatem Zamawiający zobowiązany jest do zbadania oferty, z zastrzeżeniem ewentualnego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w przypadku wystąpienia niezgodności treści oferty z SIWZ - niekwalifikującej się do poprawienia w toku postępowania - Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z konstrukcji tego przepisu wnioskować również

można, to że ewentualny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - t.j. niezgodności treści oferty z SIWZ - jest zawsze zarzutem dalej idącym, wobec zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - niewłaściwego poprawienia innej omyłki. Ponadto konsekwencją niewłaściwego zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie - musi być czynność odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zwrócić należy uwagę, że czynność poprawienia innej omyłki - jest czynnością Zamawiającego - zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - na którą wykonawca może wyrazić zgodę lub nie.

W ocenie Izby błędy popełnione przez wykonawców P.H.U. Sarnfix-Papier G.B., D.B. Sp. J. oraz Partner XXI Kleks Sp. j. M.W., W.W. w złożonej ofercie nie mogą być kwalifikowane jako inne omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnej zmiany w treści oferty z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie 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.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie istniały podstawy do zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wskazano powyżej, aby można było dokonać poprawy niniejszej omyłki - na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - muszą zostać spełnione następujące przesłanki. Przede wszystkim omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, ponadto Zamawiający może dokonać poprawienia takiej omyłki tylko w sytuacji, gdy wie jak takiej poprawy dokonać. W ocenie Izby nie budziło wątpliwości, że produkty zaoferowane przez ww. stanowią niezgodność treści oferty. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, omawiana niezgodność doprowadziła do zaoferowania przez Wykonawców zupełnie innych, o innych parametrach technicznych produktów, niż wymagał Zamawiający, a zatem była zmianą istotną. Aby przepis art. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mógł znaleźć zastosowanie Zamawiający musi wiedzieć w jaki sposób ma dokonać poprawienia takiej omyłki. Decyzja Zamawiającego co



do sposobu poprawienia innej omyłki nie wynikała w żaden sposób z treści złożonej oferty, a wynikała z informacji uzyskanych przez Wykonawców w wyniku wyjaśnień treści oferty. Przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień Wykonawców i dokonanie na ich podstawie poprawienia oferty, należy ocenić jako prowadzenie nieuprawnionych negocjacji z Wykonawcami w wyniku których poprawiono istotne elementy oferty.

Powyższe w ocenie Izby potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zasadnym w tym miejscu jest powołanie się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE - posiłkowo celem dokonania właściwej wykładni przepisów ustawy Pzp. Należy pamiętać - co zostało potwierdzone orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE - że zasadą w postępowaniu jest zakaz modyfikowania oferty po terminie składania ofert (np. wyrok w sprawie o sygn. akt C -387/14 Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu). Ponadto jak wskazano w wyroku w sprawie o sygn. akt C -324/14 (Partner A. D.) Instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).

Mając powyższe na względzie, w ocenie Izby Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej i innej omyłki, gdyż zmiany dokonane w wyniku poprawienia, w sposób istotny ingerowały w treść złożonych oferty, co należy uznać za niedopuszczalne w świetle przywołanego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Gdyby w tej sprawie przyjąć argumentację Zamawiającego to można by dojść do wniosków, że każda wadliwie, omyłkowo złożona oferta podlegałaby poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp, z czym nie można się zgodzić.

Co do niezgodności oferty złożonej przez Wykonawcę Partner XXI Pik Sp z o.o. trudno zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym *„wobec złożenia przez Wykonawcę w ofercie wyraźnego oświadczenia odnośnie parametrów oferowanych artykułów biurowych, zarzut uznania przez zamawiającego na tej podstawie oferowanego towaru za zgodny z SIWZ jest bezzasadny. Odrzucenia oferty, zamawiający mógłby dokonać jedynie w sytuacji, gdy niezgodność jest oczywista w sposób nie budzący wątpliwości”*. Z treści złożonej oferty, w pozycjach wskazanych w odwołaniu wyraźnie wynika niezgodność z treścią SIWZ, która w ocenie Izby nie może zostać poprawiona

w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem w wyniku poprawienia nastąpiłaby istotna zmiana treści oferty.

W ocenie Izby, za niezgodny z SIWZ należy uznać korektor w płynie poz. 120 zaoferowany przez Wykonawców P.H.U. Sarnfix-Papier G. B., D. B. Sp. J. oraz Partner XXI Kleks Sp. j. M. W., W. W.. Zamawiający wymagał korektora w płynie, fluid na bazie rozpuszczalnika. Wykonawcy zaoferowali produkty na bazie wody (co wynika z kart katalogowych produktów, a w przypadku Wykonawcy Partner XXI Kleks Sp.j. wprost z wyjaśnień z dnia 9 kwietnia 2018 roku), a zatem niezgodnie z treścią SIWZ. Zatem zarzut należy uznać za zasadny.

W ocenie Izby potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a także dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp. Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej naruszył przepisy Pzp, w sposób nieuprawniony dokonał poprawienia oferty wykonawców P.H.U. Sarnfix-Papier G. B., D. B. Sp. J. i Partner XXI Kleks Sp. j. M. W., W. W. oraz zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Partner XXI-Pik Sp. z o.o., której treść w kwestionowanych w odwołaniu pozycjach, jest niezgodna z treścią SIWZ.

Izba nie odniosła się do zarzutów podniesionych jedynie w uzasadnieniu odwołania, (brak ich w petitum odwołania) dotyczących ofert złożonych przez Wykonawców Kompania biurowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz PHU Portal Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, bowiem jak wynika z treści uzasadnienia odwołania, zostały one podniesione z ostrożności procesowej, dla wzmocnienia argumentacji o braku zachowania przez Zamawiającego należytej staranności podczas badania i oceny ofert. Na rozprawie Odwołujący podtrzymał, iż zarzuty złożone są poza odwołaniem, jedynie z ostrożności procesowej dla wzmocnienia argumentacji zawartej w odwołaniu.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: .....