

Sygn. akt: KIO 2396/12
KIO 2416/12

WYROK
z dnia 22 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 13, 14 i 20 listopada 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 31 października 2012 r. przez Partner XXI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze (spr. o sygn. KIO 2396/12),
- B. w dniu 2 listopada 2012 r. przez J..... R..... J..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie (spr. o sygn. KIO 2416/12)

w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Usług Wspólnych w Warszawie

przy udziale wykonawców:

- A. J..... R..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie – zgłaszającej przystąpienie w sprawie KIO 2396/12 – po stronie zamawiającego;
- B. Konsorcjum Biuro Klub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łomiankach – zgłaszającej przystąpienie w sprawach KIO 2396/12 oraz KIO 2416/12 - po stronie zamawiającego;
- C. Partner XXI spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze - zgłaszającej przystąpienie w sprawie KIO 2416/12 - po stronie zamawiającego

orzeka:

1.

A. oddala odwołanie Partner XXI spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu (spr. o sygn. KIO 2396/12);

B. uwzględnia odwołanie J..... R..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Konsorcjum Biuro Klub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łomiankach (spr. o sygn. KIO 2416/12),

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Partner XXI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu a także zamawiającego Centrum Usług Wspólnych w Warszawie i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w łącznej wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczone przez odwołujących: Partner XXI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu a także J..... R..... J..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie, w tym po 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) od każdego z odwołujących;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych, zero groszy) przez odwołującego Partner XXI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu na rzecz zamawiającego – Centrum Usług Wspólnych w Warszawie, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (w spr. o sygn. KIO 2396/12),
- 3) dokonać wpłaty kwoty 18 597,75 zł (słownie: osiemnastu tysięcy pięćset dziewięćdziesięciu siedmiu złotych, siedemdziesięciu pięciu groszy) przez zamawiającego – Centrum Usług Wspólnych w Warszawie na rzecz odwołującego J..... R..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika (w spr. o sygn. KIO 2416/12).

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

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 2396/12
KIO 2416/12

Uzasadnienie

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*sukcesywne dostawy akcesoriów i materiałów biurowych dla Jednostek Administracji Państwowej - część 1*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniu, zostały złożone oferty przez pięciu wykonawców:

- Partner XXI spółkę z o.o. w Zabrzu – z ceną 13.276.6060,67 zł - Zamawiający odrzucił ofertę jako niezgodną z SIWZ;
- OSAA sp. z o.o. w Bydgoszczy – z ceną 13.303.759,01 zł - Zamawiający odrzucił ofertę jako niezgodną z SIWZ;
- Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach – z ceną 13.584.945,06 zł - Zamawiający przyznał ofercie 100 pkt i dokonał wyboru tej oferty;
- Lyreco Polska SA w Komorowie – z ceną 15.712.542,06 zł - Zamawiający odrzucił ofertę jako niezgodną z SIWZ;
- J..... R..... J..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie – ceną 16.461.676,98 zł – Zamawiający przyznał ofercie 82,52 pkt.

II. W związku z takim wynikiem postępowania, dwaj wykonawcy wnieśli odwołania: Partner XXI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu (spr. o sygn. KIO 2396/12) oraz J..... R..... J..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie (spr. o sygn. KIO 2416/12).

III. Partner XXI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrzu zakwestionował odrzucenie własnej oferty oraz zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez J..... R..... J..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie oraz Konsorcjum Biuro Klub w Łomiankach, zarzucając naruszenie przez Zamawiającego art. 7, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt. 1), pkt. 3), art. 89 ust. 1 pkt. 2), art. 91-92 względem

badania

i braku oceny własnej oferty, wadliwego badania oferty wskazanej jako najkorzystniejsza oraz wskazania wadliwego wyniku postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego;
2. nakazanie powtórzenia badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem ważnych ofert w tym oferty Odwołującego;
3. wskazania wyniku postępowania tj. wyboru oferty Odwołującego;
4. odrzucenie oferty Konsorcjum Biuro Klub oraz oferty Jolimpex jako niezgodnych z SIWZ;
5. równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący podał w uzasadnieniu odwołania:

- oferta Odwołującego spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wskazanej regulacji art. 89 ust. 1 pkt. 2) odrzuceniu; oferta podlega ocenie gdyż nie jest niezgodna z ustawą a jej treść odpowiada treści specyfikacji, jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, nie zawiera rażąco niskiej ceny, jest ważna na gruncie odrębnych przepisów i nie zawiera błędu w obliczeniu ceny oferty, nie posiada oczywistych omyłek nie dających się poprawić. Odwołujący podał, że wyraża zgodę na poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej w zakresie pozycji 26 - dziurkacz oraz nieistotnej omyłki opisu przedmiotu zamówienia nie powodującej istotnej zmiany treści oferty w zakresie pozycji 120 - ofertówka.

- Zamawiający żadnymi zapisami SIWZ szczegółowo nie sprecyzował szeregu zapisów opisu przedmiotu zamówienia, i tak np.: poz. 174 oraz 175. Zamawiający w odniesieniu do tego samego produktu zastosował dwie nazwy. W poz. 174 produkt nazwano „teczka do korespondencji” natomiast w poz. 175 opis przedmiotu zamówienia wskazuje na ten sam produkt, jednak Zamawiający użył nazwy „teczka do podpisu z okienkiem” Innym przykładem może być poz. 51 - gumka recepturka. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia: „*gumka recepturka; wykonana z materiału z domieszką z kauczuku....*“;

- Materiał – jest słowem wieloznacznym. W najbardziej ogólnym sensie jest to surowiec w postaci pierwotnej lub częściowo przetworzony, z którego wytwarza się różne produkty. W języku potocznym nazwą tą określa się tkaniny. Idąc tym samym tropem co w przypadku poz. 37- gąbki magnetycznej, za co Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, niemożliwe było by złożenie ważnej oferty w poz. 51, traktując w dosłownym słowa znaczeniu pojęcia użyte przez Zamawiającego w opisach przedmiotu Zamówienia gdyż na rynku nie ma gumek recepturek wykonanych z tkaniny. Tym samym, podnoszenie po złożeniu ofert, że

opis Odwołującego jest nie odpowiedni narusza zasady udzielania zamówień publicznych;

- W instytucji odrzucenia oferty Zamawiający w pozycji 26 zarzucił brak w dziurkaczu ogranicznika na format A3. W formularzu cenowym w pozycji 26 Odwołujący wskazał prawidłowy symbol dziurkacza 417 lecz omyłkowo załączono błędną kartę katalogową - w załączeniu do odwołania załączona została właściwa karta katalogowa. Zamawiający pomimo wystosowania wyjaśnień do oferty Odwołującego w szeregu innych pozycji, względem tej pozycji tej czynności zaniechał. Błąd ten należy obligatoryjnie potraktować jako oczywistą omyłkę pisarską;

- W pozycji 37 Zamawiający uznaje, że oferowana gąbka jest nieodpowiednia względem zapisów SIWZ, który stanowił: gąbka magnetyczna do tablic suchocieralnych; plastikowa obudowa o właściwościach magnetycznych: spód wykończony filcem; ergonomiczny kształt; kolor biały lub żółty. Zaoferowana gąbka Donau 7638001PL spełnia wymagania Zamawiającego. W opisie przedmiotu zamówienia jest zapis, że gąbka ma posiadać obudowę z plastiku. Plastik według definicji z encyklopedii, to potoczna nazwa tworzywa sztucznego. Tworzywo sztuczne występuje w wielu postaciach, zalicza się do nich również tworzywo EVA, z którego jest wykonana gąbka Donau, co zostało wyjaśnione pismem z dnia 12.10.2012 roku z informacją od producenta. Ponadto Zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył nazwy „gąbka” i podał min. kolor żółty, co wskazuje konkretnie na produkt, który zaoferowano;

- Produkty zaproponowane przez wskazanego Konsorcjum Biuro Klub, Jolimpex, służące do wycierania tablic, wykonane z twardego białego tworzywa, noszą nazwę „wycierak” i nie są ewidentnie gąbką, nie przypominającą jej ani kształtem ani strukturą. Za tą nieodpowiedniość w treści oferty Zamawiający nie odrzucił oferty wskazanej, czym naruszył dyspozycję art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc powyższe pod uwagę, zaoferowana przez Odwołującą gąbka do tablic Donau spełnia opis przedmiotu zamówienia;

- W pozycji 120 Zamawiający uznał, że oferowana ofertówka jest nieodpowiednia względem zapisów siwz co do rodzaju folii. Zapis stanowił: ofertówka A4; format A4; wykonana ze sztywnej folii PP; otwierana od góry oraz z prawej strony, w kształcie litery L; posiadająca wcięcie na palec oraz zaokrąglone narożniki; folia przezroczysta o grubości min. 150 mic; bezbarwne; opakowanie: min. 25szt. Zaoferowana ofertówka Cezab spełnia opis przedmiotu zamówienia. Jest wykonana ze sztywnej folii PP. W formularzu cenowym wskazano prawidłowe oznaczenie produktu OBW-3000, jednak do oferty dołączono omyłkowo niewłaściwą kartę katalogową. W załączeniu do odwołania załączono właściwe dokumenty. Zamawiający pomimo wystosowania wyjaśnień do oferty Odwołującego w szeregu innych pozycji, względem tej pozycji tej czynności zaniechał;

- te trzy pozycje należy obowiązkowo potraktować jako omyłkę pisarską i inną omyłkę

polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty - na którą Odwołujący wyraża zgodę. Jeżeli nawet są to błędy, to są one poprawialne instytucją art. 87 ust. 2 pkt. 1, pkt. 3 ustawy - czego zaniechał Zamawiający. Zdaniem Odwołującej, zaoferowany został cały zakres wymaganej dostawy oraz poprawnie wyceniony, zgodnie z wymogami zapisów siwz. Tym samym brak jest podstaw faktycznych do odrzucenia oferty. Jeżeli Zamawiający miał tu wątpliwość w zakresie danych pozycji, to powinien skorzystać z regulacji art. 87 ust. 2 ustawy – mógł skorzystać z instytucji omyłek - zamiast odrzucać ofertę. Zastosowanie regulacji odrzucenia oferty, zgodnie z komentarzem Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Prezesa UZP T. Czajkowskiego z 2006r, ma miejsce w odniesieniu li tylko do przedmiotu zamówienia: *„Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ gdy została sporządzona niezgodnie z postanowieniami specyfikacji. Nie pozostaje w takiej niezgodności oferta wariantowa w zakresie, w jakim przedstawia odpowiadający istocie tej oferty, odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia (patrz komentarz do art. 82) Zważywszy, że rozważany przepis dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a contrario należy przyjąć, że nie może on stanowić podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności formy oferty z postanowieniami specyfikacji”*.

- względem oferty wskazanej jako najkorzystniejsza, Zamawiający nie był tak rygorystyczny i „mierzył ją inną miarą”. Za podobne i większe uchybienia niż w ofercie Odwołującego, nie dokonał jej wyjaśnień i ją przyjął zamiast odrzucić. Poz. 18 Zamawiający wymagał brystolu w formacie A1. Wykonawca wskazany zaoferował brystol producenta Typograf, który nie posiada w swojej ofercie takiego formatu. Dostępne formaty to B1 i B2. Produkt jest więc niezgodny z SIWZ. Odwołujący wskazał na szereg pozycji w Formularzu asortymentowo – ilościowym Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach, które w Jego ocenie są niezgodne z SIWZ, lub co do których nie podano typu/modelu.

- Oferta firmy Jolimpex również jest niezgodna z zapisami SIWZ: w poz. 26 Zamawiający wymagał dziurkacza dostępnego w różnych kolorach. Wykonawca zaoferował dziurkacz Novus B256, który dostępny jest tylko w jednym kolorze. Poz. 205 Zamawiający wymagał zszywacza dostępnego w' różnych kolorach. Firma Jolimpex zaoferowała zszywacz Novus B15, który również występuje tylko w jednym kolorze. Wykonawca dołączył do oferty kartę katalogową, gdzie jest wskazane, że zszywacz B15 występuje tylko w jednym kolorze szaro-czarnym;

- końcowo Odwołujący wskazał na aspekt ekonomiczny czynności Zamawiającego, których konsekwencją jest wybór oferty o 308 338.39 zł droższej od oferty Odwołującego.

VI. J..... R..... J..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex

w Warszawie zakwestionowała czynność oceny ofert i uznanie oferty Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. jako zgodnej z treścią SIWZ i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, czynność przeprowadzonych przez Zamawiającego wyjaśnień z KBK w wyniku, których doszło do zmiany treści oferty KBK, zaniechanie Zamawiającego polegające na niewybraniu oferty Jolimpex jako oferty najkorzystniejszej i zgodnej z treścią SIWZ, zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty KBK jako niezgodnej z treścią SIWZ, zaniechanie Zamawiającego polegające na pominięciu wskazania jako podstawy odrzucenia oferty OSAA Sp. z o.o. dodatkowych niezgodności tej oferty z treścią SIWZ, zaniechanie Zamawiającego polegające na pominięciu wskazania jako podstawy odrzucenia oferty Partner XXI Sp. z o.o. dodatkowych niezgodności tej oferty z treścią SIWZ, oraz zaniechanie polegające na pominięciu wskazania jako podstawy odrzucenia oferty Lyreco Polska S.A. dodatkowych niezgodności tej oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy w zakresie naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron,
- 2) art. 7 ust. 3 ustawy, poprzez udzielenie zamówienia przez Zamawiającego wykonawcy KBK, który został wybrany z rażącym naruszeniem przepisów PZP,
- 3) art. 82 ust. 3 ustawy, poprzez uznanie iż oferta KBK odpowiada treści SIWZ, gdy w rzeczywistości oferta ta była niezgodna z treścią SIWZ,
- 4) art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez niedozwoloną zmianę w treści oferty KBK dokonaną w wyniku złożonych wyjaśnień przez KBK w toku postępowania,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, poprzez nieodrzućenie oferty KBK jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ,
- 6) art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy, poprzez nieuwzględnienie w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia ofert Partner, OSAA oraz Lyreco dodatkowych niezgodności w treści tych ofert z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty KBK jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania odrzucenia oferty KBK na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy oraz ewentualnego wskazania nowych podstaw niezgodności z treścią SIWZ ofert OSAA, Lyreco oraz Partner,
3. wyboru oferty Jolimpex jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał:

- odwołujący na podstawie zawartości kart katalogowych oferowanych przez Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach wywodzi o niezgodności oferty tego wykonawcy;
- oferta Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ w zakresie: zaoferowanego przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ, w tym w szczególności w wyniku zaoferowania produktu nieistniejącego w poz. 216, niewskazania w ofercie typu lub modelu oferowanego asortymentu, zaoferowania produktów różnych producentów dla tego jednej pozycji formularza asortymentowo-cenowego;
- Zamawiający w Formularzu asortymentowo-cenowym wskazał dokładne opisy poszczególnych artykułów, jakie miały zostać zaoferowane w niniejszym postępowaniu. Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach w wymienionych szczegółowo w odwołaniu pozycjach zaoferował produkty niezgodne z treścią SIWZ;
- wykonawca Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach każdorazowo w ofercie wskazując, iż dany produkt pochodzi z oferty niestandardowej wskazywał w kolumnie 4 lub 5 sformułowanie „na zamówienie” wskazujące, iż produkt taki będzie wykonany pod ten kontrakt np. poz. 69 kołnotatnik A 4 80 kartkowy. W kolumnie 4 w poz. 22 brak jest takiego zastrzeżenia, w związku z powyższym należy uznać, iż produkt oferowany przez Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach jest produktem standardowym (niezgodnym z SIWZ) a oświadczenie Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach zawarte w wyjaśnieniach miało na celu jedynie wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co do rzeczywistych parametrów oferowanego produktu;
- w ofercie Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach nie wskazano modelu/typu wielu produktów. Zamawiający wymagając wskazania w ofercie typu lub modelu oferowanego produktu umożliwił sobie dokonanie: porównania ofert, ustalenia czy oferowany produkt jest zgodny z treścią SIWZ, ustalenia, iż w przypadku kilku produktów będących w ofercie danego producenta, tylko jeden dokładnie opisany w formularzu ofertowym będzie zaoferowany przez wykonawcę. W związku z tym, Zamawiający nie dopuszczał złożenia oferty zawierającej świadczenie przemienne lub oferty alternatywnej, której nie przewidują przepisy ustawy. Zamawiający wymagał, aby oferta jednoznacznie wskazywała jakie produkty oferowane są przez wykonawcę;

- Odwołujący podniósł zarzut zaoferowania produktów różnych producentów dla jednej pozycji formularza asortymentowo- cenowego, uzasadniając, że w Rozdziale II punkt 15 SIWZ Zamawiający jednoznacznie określił, iż wskazanie różnych kolorów lub rozmiarów w opisie przedmiotu zamówienia należy rozumieć jako kolory i rozmiary dostępne na rynku u danego producenta wskazanego przez wykonawcę w poszczególnych pozycjach formularza ofertowego;

- odwołujący wskazał także dodatkowe podstawy odrzucenia ofert złożonych przez Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze, OSAA oraz Lyreco, powołując się w odniesieniu do konkretnych pozycji Formularza asortymentowo – ilościowego na cechy materiałów biurowych z oferty ich producentów.

Odwołania wymienionych wykonawców zostały połączone do łącznego rozpatrzenia.

Do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem Partner XXI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze przystąpienia złożyli wykonawcy: J..... R..... J..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie Konsorcjum Biuro Klub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łomiankach - po stronie zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem J..... R..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie przystąpienia złożyli wykonawcy: Konsorcjum Biuro Klub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łomiankach oraz Partner XXI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze - po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Ustalono następnie, że nie zostało wykazane w odniesieniu do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu złożonym przez Odwołującego Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze, iż wykonawca ten legitymuje się przesłankami materialnoprawnymi – że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta tego wykonawcy jest najkorzystniejszą,

zatem wykonawca ten nie posiada interesu ani możliwości poniesienia szkody, w kwestionowaniu ofert niżej sklasyfikowanych. Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Należy zwrócić uwagę, iż w świetle brzmienia tego przepisu, odwołujący ma wykazać już posiadanie nie interesu prawnego (jak to było na gruncie przepisów przed nowelizacją) - ale interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, z jednoczesną możliwością poniesienia szkody. Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia (wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu). Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wyraz takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, iż (...) *przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji*

postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.). W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia” i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy - z różnych powodów - widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.), gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.”

Wskazany interes oraz możliwość poniesienia szkody – w zakresie zarzutu podnoszonego w odniesieniu do drugiego kwestionowanego w odwołaniu zachowania Zamawiającego – tj. zaniechania odrzucenia oferty J..... R..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie oraz Konsorcjum Biuro Klub spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łomiankach nie występuje. Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności zarzutów kierowanych wobec ofert tych wykonawców, w okolicznościach sprawy, że oferta Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze, jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu, interes tego wykonawcy realizuje się poprzez posiadanie, względnie utrzymanie statusu wykonawcy, którego oferta jest ważna i nie podlegająca odrzuceniu. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty niżej ocenione (droższe, przy jedynym kryterium oceny ofert stanowiącym cenę) nie rzutują bowiem na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób, który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu

tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody. Innymi słowy, odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, których oferty okazały się droższe od oferty Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze pozostaje neutralne dla pozycji tego wykonawcy w tym postępowaniu.

Odwołujący w zakresie wskazywanego zaniechania odrzucenia oferty obu Przystępujących nie wykazał, by poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Przed wszystkim należy zauważyć, iż ani w kodeksie cywilnym ani w ustawie Prawo zamówień publicznych, pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Jednak trafny wydaje się pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Jak można wywieść z wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt V CSK 18/08, Lex nr 424431) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

W świetle powyższego, Odwołujący Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach oraz J..... R..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie wykazał co najwyżej szkodę ewentualną, która na gruncie prawa cywilnego, jest prawnie obojętna. Szkoda ewentualna oznacza, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie lub niemożliwe do ustalenia.

Rzeczą wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie opisanych w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanek. Oznacza to konieczność wykazania wpływu podnoszonych zarzutów na sytuację wykonawcy,

wyrażającego się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę, w następstwie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób pozwalający na uchwycenie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem po stronie wykonawcy. Odwołujący Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze nie sprostął temu obowiązkowi.

Zarzuty podniesione w odwołaniu Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze wobec ofert Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach oraz J..... R..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie nie podlegały zatem rozpatrzeniu.

III. Rozpatrzeniu podlegały jedynie zarzuty podniesione w odpowiednich odwołaniach. Nie mogły być brane pod uwagę te zastrzeżenia, które zostały podniesione na rozprawie przez Przystępującego Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach, zgodnie z którymi także w ofercie J..... R..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie w pozycjach 150, 170, 13-17 nie podano typu lub modelu oferowanych wyrobów. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Wobec powyższego, na gruncie analizowanej sprawy, ocenie podlegały zakwestionowane w odwołaniach czynności Zamawiającego. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W zakresie wykraczającym poza brzmienie postawionych w odwołaniu zarzutów, uwzględniając wyrażone w art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych ograniczenie orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą jedynie do zarzutów podniesionych w odwołaniu, nie mogły podlegać rozpatrzeniu podnoszone na rozprawie przez Przystępującego zastrzeżenia.

Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem organem powołanym do ogólnej kontroli działalności zamawiającego, nie działa także z urzędu, zaś zakres jej orzekania jest określony brzmieniem postawionych w konkretnej sytuacji zarzutów w odwołaniu.

Tak wyznaczony zakres odwołań był wiążący w postępowaniu odwoławczym. Poza zakresem zainteresowania i analizy pozostawały zatem wszelkie inne zagadnienia, które nie

mieszczą się w zakresie czynności oraz zaniechań w odwołaniach. Także wynikający z art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek uwzględnienia przy wydaniu wyroku stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania, nie oznacza rozszerzenia kognicji Krajowej Izby Odwoławczej o okoliczności, które nie zostały zakwestionowane w odwołaniu i które nie odnoszą się do zarzutów w tym odwołaniu podniesionych.

Powyższe zastrzeżenia, jako pozostające poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej pozostawiono zatem do oceny Zamawiającego.

IV. Nie podlegały rozpatrzeniu zarzuty cofnięte na rozprawie, w szczególności zarzuty Odwołującego J..... R..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie wobec ofert definitywnie uznanych za odrzucone (oferty OSAA sp. z o.o. w Bydgoszczy i Lyreco Poska SA w Komorowie); zarzut dotyczący poz. 25 w ofercie Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach.

V. Spór w zakresie każdego z odwołań sprowadza się do oceny zgodności z SIWZ ofert złożonych w postępowaniu, zasad i podstaw dokonywania tej oceny.

Na wstępie zasygnalizowania wymagają zasadnicze uwagi w zakresie sposobu dokonywania tej oceny na gruncie przedmiotowego postępowania.

1. Po pierwsze, dla ceny zasadności podniesionych zarzutów nie mogą mieć znaczenia przedkładane przez strony liczne oświadczenia producentów oraz inne materiały pochodzące od producentów czy dostawców, które nie były wymagane w postępowaniu i których walor, dla wykazania treści oferty składanej w postępowaniu jest ograniczony. Odwołujący a także Przystępujący na rozprawie złożyli liczne oświadczenia pochodzące od producentów materiałów biurowych, mające prezentować ich asortyment (a wcześniej – wobec zamawiającego – liczne próbki oferowanych przez konkurencyjnych wykonawców wyrobów). W konsekwencji, postępowanie odwoławcze, a wcześniej - czynność badania i oceny ofert przez Zamawiającego stały się ekspozycją walorów i właściwości materiałów biurowych, prezentacją oświadczeń producentów, dystrybutorów lub importerów dotyczących materiałów, a także samych materiałów biurowych, składanych w opozycji do oświadczeń o charakterze zobowiązaniowym zawartych w ofertach odpowiednich wykonawców.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami. Nie jest rzeczą postępowania odwoławczego analiza asortymentu materiałów biurowych oferowanych na rynku, badanie i ogląd materiałów biurowych, które odpowiednie

strony – nie przesądzając, czy trafnie - zidentyfikowały jako te, które zostały zaofertowane w postępowaniu przez konkurencyjnych wykonawców i które mają być przedmiotem dostawy, lecz ocena czy zamawiający prawidłowo, na podstawie przyjętych w tym postępowaniu kryteriów i zasad dokonywania oceny ofert, dokonał oceny poszczególnych ofert w zakresie ich zgodności z SIWZ. Tego rodzaju oświadczenia, jak przedkładane na rozprawie, nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie czynności zamawiającego, której dokonywać należy w świetle opisanych w SIWZ zasad. Odwołujący, kwestionując za pomocą takich oświadczeń zgodność konkurencyjnych ofert z SIWZ nie postawili przy tym zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, opartego na tezie zaofertowania nieistniejącego przedmiotu, czy też dokładniej – niemożliwego do dostarczenia Zamawiającemu na etapie dostawy.

2. Po drugie, nie jest trafnym wniosek, sprowadzający się do tezy – do czego zmierzał Odwołujący J..... R..... J..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie - iż niemożliwe jest zaofertowanie przez odpowiednich wykonawców materiałów odbiegających od standardowej oferty danego producenta, a które będą czyniły zadość wymaganiom stawianym przez Zamawiającego. Opierając przekonanie o zaofertowaniu materiałów niezgodnych z SIWZ przez konkurencyjnych wykonawców o fakt, że konkretny producent w swojej ofercie nie posiada danego produktu, albo że jest on w standardowej sprzedaży wyposażony w konkretne cechy i właściwości, Odwołujący wykazywali, że zaofertowane w odpowiednich pozycjach ofert wykonawców konkurencyjnych materiały nie odpowiadają SIWZ. W powyższym zakresie dostrzeżenia jednak wymaga, iż nie można wyłączyć sytuacji, że zaofertowane w niniejszym postępowaniu materiały będą wytworzone, lub zmodyfikowane w stosunku do standardowej oferty producenta w sposób odpowiadający wymaganiom postawionym przez Zamawiającego. Przedmiotowe zamówienie ma relatywnie duży zakres ilościowy, zatem nie można w sposób definitywny wyłączyć możliwości, że na zgłaszany popyt wytwórcy spornych materiałów dostarczą je wykonawcom z takimi modyfikacjami wobec standardowej oferty, że oferowane materiały będą odpowiadać wymaganiom postawionym przez Zamawiającego. Stąd nie sposób wnioskować na podstawie standardowej oferty danego producenta o niemożliwości zaofertowania produktu spełniającego wymagania stawiane w postępowaniu. Powyższe stanowi w istocie spekulację co do treści oferty i oferowanego przedmiotu.

Nie przekonuje również w powyższym zakresie argumentacja, zgodnie z którą, jeśli oferowane przez wykonawców przedmioty mają posiadać modyfikacje wobec standardowej oferty danego producenta, to powinno to zostać zaznaczone przy odpowiednich pozycjach asortymentowych. Fakt, że wykonawcy w niektórych pozycjach wskazywali na powyższe, sygnalizując, że dany produkt będzie na specjalne zamówienie, że będzie posiadał

odstępstwa od standardowej oferty nie oznacza jeszcze, że w pozostałych pozycjach zaoferowano wyroby niezgodne z SIWZ, pomimo ich opisu wskazującego na zgodność z SIWZ, a niekiedy także pomimo złożenia kart katalogowych zawierających opis wskazujący na zgodność oferowanego przedmiotu z SIWZ.

Oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia – tu: dostawy określonego, spełniającego postawione przez Zamawiającego wymagania przedmiotu – w przyszłości. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Rozważanie złożonej przez wykonawcę deklaracji, wbrew jej treści wyrażonej w Formularzu asortymentowo – ilościowym, w istocie sprowadza się do odgadywania intencji wykonawcy zaoferowania przedmiotu niegodnego z SIWZ na podstawie nie wyartykułowanych w ofercie okoliczności. Przypomnienia wymaga, że w sprawie mamy do czynienia z ofertą kierowaną w konkretnym postępowaniu, zaś samo oświadczenie o oferowanym przedmiocie ma znaczenie oświadczenia o charakterze zobowiązaniowym, składanym w warunkach konsekwencji wynikających z umowy, w tym kar umownych czy nawet odstąpienia od umowy. Poszczególni wykonawcy składając tego rodzaju oświadczenia, czynić to muszą z uwzględnieniem konsekwencji o charakterze umownym, w tym dolegliwości związanych z nienależytym wykonaniem umowy. Niezgodność dostarczonego przedmiotu z SIWZ, dostrzeżona na etapie wykonania umowy musi skutkować nałożeniem przewidzianych w SIWZ oraz przepisach prawa cywilnego sankcji.

Przez ten pryzmat muszą być także rozpatrywane oświadczenia w ofercie. Postępowanie o zamówienie publiczne stanowi bowiem mechanizm służący wyborowi wykonawcy, z którym zawarta zostanie umowa, co z perspektywy Zamawiającego sprowadza się do analizy oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonania zamówienia w sposób zaprezentowany w postępowaniu. Zatem to oświadczenie, wyrażone w odpowiednim formularzu (zwyczajowo stosowane formularze cenowe, asortymentowe), dopełnione – w sytuacjach gdy Zamawiający tego wymagał o karty katalogowe oraz próbki - ma kluczowe znaczenie dla oceny oferty. Uznanie, wbrew temu oświadczeniu, że inny przedmiot jest zaoferowany, że nie spełnia on wymagań stawianych treścią SIWZ, wymaga uzyskania co do tego całkowitej pewności; nie może opierać się na dedukcji czy domysłach. Stąd, przykładowo twierdzenia, że konkretny producent nie posiada w swojej ofercie zszywek o konkretnym rozmiarze, czy tuszu olejowego, flamastrów ze skuwką w kolorze tuszu, kalkulatora z plastikową obudową należało uznać za niewystarczające dla wykazania, że takie produkty nie zostaną dostarczone. W analizowanej sprawie, w zakresie wyznaczonym treścią postawionych zarzutów Odwołujący J..... R..... J..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie, obowiązkowi wykazania powyższych okoliczności nie sprostał.

Nie potwierdziły się zatem zarzuty postawione w odwołaniu J..... R..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie, wobec oferty Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach, wynikające z dedukcji co do cech i właściwości oferowanego przedmiotu (a w konsekwencji – jego niezgodności z SIWZ), które oparte zostały na składanych oświadczeniach producentów, katalogach, przeciw oświadczeniom złożonym przez tego wykonawcę w Formularzu asortymentowo – ilościowym.

3. Po trzecie, podkreślenia wymaga, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia stawia określone wymagania wobec oferowanego przedmiotu oraz wskazuje 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, świadectwa zgodności, certyfikaty) a także próbek, może także poprzestać na oświadczeniach wykonawców, zdając wtedy na własną znajomość przedmiotu czy nawet posiłkując się pomocą biegłego. Każdy z wymienionych środków jest pełnowartościowym sposobem prezentacji oferty, miarodajnym dla zbadania jej zgodności z SIWZ.

W analizowanej sprawie zamawiający postawił wymaganie, aby złożona oferta opatrzona została Formularzem asortymentowo – ilościowym (załącznik nr 2 do SIWZ), ponadto w odniesieniu do wybranych pozycji Zamawiający wymagał dodatkowo załączenia kart katalogowych oraz próbek. W rozdziale V, pkt II ust. 2 SIWZ Zamawiający postanowił bowiem, iż wykonawca obowiązany jest złożyć jako dokumenty potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego: *wypełniony i podpisany Formularz asortymentowo – ilościowy (załącznik nr 2 do SIWZ), zawierający informacje na temat **producenta i nazwy oferowanego materiału biurowego**, ceny jednostkowe netto i brutto (...); próbki (po jednej sztuce) wraz z kartami katalogowymi materiałów biurowych (opisem producenta, importera) dla części 1 zamówienia dla określonych pozycji Formularza asortymentowo – ilościowego; karty katalogowe dla określonych pozycji Formularza asortymentowo – ilościowego.*

Z powyższego wynika, że Formularz asortymentowo – ilościowy został przewidziany w postępowaniu jako element mechanizmu, służącego zbadaniu zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego – na podstawie informacji o oferowanym przedmiocie, zawartych w tym Formularzu (a także - w przypadkach gdy Zamawiający wymagał karty katalogowej lub próbki – na podstawie tych materiałów), miało nastąpić badanie oferowanego przedmiotu z wymaganiami Zamawiającego. Zatem te trzy źródła informacji o oferowanym przedmiocie miały w analizowanym postępowaniu stanowić podstawę oceny ofert w aspekcie ich zgodności z SIWZ. W odniesieniu do materiałów biurowych, co do których Zamawiający nie wymagał złożenia próbek lub kart katalogowych, oświadczenia wykonawcy zawarte w Formularzu asortymentowo – ilościowym, stanowią pełnowartościową i zasadniczą podstawę oceny ofert.

Nie sposób w tym miejscu podzielić argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego, a za nim przez Przystępującego Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach, zmierzającej do wykazania, że podanie w Formularzu asortymentowo – ilościowym informacji dotyczących typu i modelu oferowanego materiału nie miało znaczenia dla oceny oferty, i że wystarczające było podanie producenta materiału oraz jego cech.

Bezspornie Formularz wymaga podania danych dotyczących modelu i typu – w kolumnie 4 tytułowanej: „nazwa oferowanego materiału biurowego, typ/model”. Zamawiający także dokonując oceny ofert, samodzielnie sprawdzał, przykładowo za pomocą zawartości stron internetowych producentów, czy sięgając do własnej wiedzy, zgodność oferowanych przedmiotów z postawionymi wymaganiami. Powyższe oznacza, że w sytuacjach, gdy Zamawiający nie wymagał próbki lub karty katalogowej, zawartość Formularza asortymentowo – ilościowego (kolumnie 4), w tym podanie nazwy przedmiotu –

jego typu i modelu miała służyć do konkretyzacji oferowanego przedmiotu, w celu zbadania jego rzeczywistych cech.

Potwierdza powyższe z jednej strony treść SIWZ, w tym zwłaszcza Formularza asortymentowo – ilościowego, jak i sama praktyka Zamawiającego, który badał oferty na podstawie opisów dokonanych w tym Formularzu. Gdyby było tak, jak podawał Zamawiający, że wykonawcy mieli podać jedynie producenta materiałów biurowych, a nie dotyczyło to już typu i modelu, to i jakkolwiek weryfikacja ofert byłaby niemożliwą, sprowadzałaby się do odgadywania, co wykonawca zaoferował, jaki produkty kryją się w poszczególnych pozycjach, oraz czy są one zgodne z SIWZ. Zamawiający zresztą w odniesieniu do niektórych materiałów biurowych, co do których wykonawca Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. nie podał typu i modelu, wykazywał, iż zidentyfikował odpowiedni produkt na podstawie samego producenta, analizując jego ofertę pod kątem postawionych wobec danego wyrobu wymagań i z tej oferty tylko jeden produkt odpowiadał wymaganiom. Tak przeprowadzona ocena jest iluzoryczną, w istocie oznacza odgadywanie, co zostało zaoferowane, na podstawie nie wyartykułowanych w ofercie okoliczności. Brak jest przy tym podstaw do przesądzenia, że poza standardowo prezentowaną przez producenta czy dystrybutora ofertą, nie istnieją inne materiały spełniające wymagania Zamawiającego.

Przypomnienia przy tym wymaga, że zasadą jest, że zamawiający w postępowaniu o zamówienie publiczne wymaga tylko informacji i dokumentów, jakie są niezbędne w tym postępowaniu. Każde wymaganie powinno mieć racjonalne uzasadnienie w potrzebie posiadania pewnych informacji, niezbędnych dla oceny oferty. Zgodnie z treścią art. 25 ust. 1, zd. pierwsze ustawy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Jeśli zatem Zamawiający wymagał podania w Formularzu asortymentowo – ilościowym oświadczenia dotyczącego nazwy oferowanego materiału biurowego, typu/modelu i nadał temu Formularzowi charakter dokumentu potwierdzającego, że oferowane materiały spełniają postawione wymagania, to należy uznać, że informacje te powinny zostać przez wykonawców podane. Brak takich informacji skutkuje niemożnością oceny przez Zamawiającego, jaki przedmiot został zaoferowany, a w konsekwencji – czy spełnia on postawione wymagania. Przyjęta przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu praktyka, polegająca 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 asortymentowo – ilościowym), jakkolwiek świadczy o życzliwej postawie Zamawiającego, wyrażającej się w istocie wyłączeniem wykonawcy w konkretyzacji oferowanego przedmiotu, to obarczona jest ryzykiem niemiarodajnej oceny i błędnej identyfikacji takich materiałów. Nie

sposób bowiem z całą pewnością samodzielnie ustalić, jaki materiał biurowy został zaoferowany w danej pozycji, jeśli podano jedynie jego producenta. Wnioskowanie na podstawie standardowej oferty, dostępnej przykładowo w internecie stanowi w istocie spekulację co do zaoferowanego przedmiotu, tę wiedzę ma bowiem wyłącznie wykonawca, on bowiem składa oświadczenie woli w zakresie oferowanego przez siebie przedmiotu. Nie bez znaczenia jest przy tym, że możliwe jest zaoferowanie przedmiotu o cechach niestandardowych, wykraczających poza typowe, katalogowe pozycje. To rzeczą i wyłączną gestią wykonawcy była konkretyzacja oferowanego przedmiotu, zaś Zamawiający ma ograniczoną rolę w rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy w tym przedmiocie. Odczytanie tego oświadczenia woli powinno odbyć się w oparciu o treść oferty.

W warunkach, kiedy w ofercie wykonawcy nie zostały podane nazwy oferowanego materiału biurowego, jego typ/model (przez co należy rozumieć zwykle używaną, podawaną w obrocie nazwę własną dla danego wyrobu, stosowane przez producenta oznakowanie, bowiem oznakowanie produktu – jego nazwa, typ lub model jest w znacznej mierze kwestią umowną), Zamawiający został pozbawiony możliwości oceny oferowanego przedmiotu, zaś sam przedmiot – nie został określony. Powyższe, w okolicznościach analizowanej sprawy, nie może zostać naprawione w toku postępowania. 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 (tak: wyroki KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r. w spr. KIO 556/12, 9 listopada 2012 r. w spr. KIO 2343/12, 2346/12), to kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje 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, iż 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.

Przepis art. 87 ust. 1 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 ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie w takim wypadku zawiadamiając 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). Opisane 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.

W sprawie mamy do czynienia z sytuacją, gdy wykonawca Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach nie skonkretyzował oferowanych materiałów biurowych w stopniu pozwalającym na ocenę, co zostało zaoferowane. Wnioskowanie, a dokładniej odgadywanie, że dany producent posiada w swojej ofercie materiały o opisie odpowiadającym postawionemu w SIWZ wymaganiu, nie stanowi ustalenia treści oferty, jeśli wykonawca zaniedbał podania wystarczających informacji. Informacje te nie mogą zostać uzupełnione w wyniku wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, powyższe stanowiłoby bowiem uzupełnienie treści oferty w zakresie nieznajdującym choćby punktu zaczepienia w jej treści, prowadzące się do negocjowania treści oferty. Powyższe determinuje wniosek o niezgodności treści oferty z SIWZ, która nie podlega także sanowaniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy.

Powyższe determinowało wniosek, iż ilekroć wykonawcy zaniedbali konkretyzacji oferowanego przedmiotu – poprzez podanie jego nazwy, typu lub modelu, a nie jest ona możliwa na podstawie wymaganych przez Zamawiającego i złożonych dla danego materiału biurowego dokumentów (kart katalogowych, próbek), ofertę należy uznać za niezgodną w powyższym zakresie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Z tego względu uwzględniono zarzuty podniesione w odwołaniu złożonym przez J..... R..... J..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie, wskazujące na niezgodność oferty Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wynikającą z niepodlegającego uzupełnieniu oraz poprawieniu niewskazania w ofercie w odniesieniu do wymienionych w odwołaniu materiałów ich typu lub modelu. Oferta nie zawierająca tego rodzaju informacji podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe skutkowało nakazaniem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum Biuro Klub spółki z ograniczoną

odpowiedzialnością w Łomiankach, bowiem potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie.

Skutkiem powyższego jest także naruszenie przez Zamawiającego ogólnej zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy). W analizowanej sprawie Zamawiający w odmienny sposób potraktował oferty różnych wykonawców: w oparciu o informacje dotyczące producenta oraz modelu gąbki opisanej w poz. 37 ocenił ofertę złożoną przez Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze, uznając ją finalnie za niezgodną z SIWZ, podczas gdy przy braku tego rodzaju informacji w ofercie Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach (tj. dotyczących typu/modelu innych pozycji asortymentowych) dokonał jej pozytywnej oceny na podstawie tego, co nie zostało w niej wyartykułowane. Ocena ofert powinna być dokonywana wobec wszystkich wykonawców w jednakowy sposób, według tych samych zasad. Identyczne uchybienia w ofertach powinny skutkować takim samym rezultatem. Tylko bowiem obiektywna ocena ofert, dokonana na podstawie zasad opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przeprowadzona wobec każdego z wykonawców w ten sam sposób, stanowi o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nie potwierdził się natomiast stawiany w odwołaniu złożonym przez J..... R..... J..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie zarzut wskazujący na niezgodność oferty Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach oparty na tezie, iż wykonawca zaoferował dla jednej pozycji dwa równe materiały biurowe, dwóch różnych producentów. Ustalono, że Zamawiający nie ograniczył możliwości oferowania produktów różnych producentów w jednej pozycji. Nie stanowi – wbrew stanowisku prezentowanemu przez Odwołującego – takiej podstawy informacja zawarta w SIWZ, zgodnie z którą wskazanie różnych kolorów lub rozmiarów w opisie przedmiotu zamówienia należy rozumieć jako kolory i rozmiary dostępne na rynku u danego producenta wskazanego przez wykonawcę w poszczególnych pozycjach formularza ofertowego.

VI. Uwzględnieniu może podlegać odwołanie, co do którego stwierdzone zostanie naruszenie przepisów mających wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W odniesieniu do odwołania złożonego przez Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze powyższe oznacza konieczność potwierdzenia się zarzutów kierowanych wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

bowiem jedynie w takim wypadku Odwołujący uzyska zamówienie, skoro jego oferta jest najtańszą spośród wszystkich ofert, przy jedynym kryterium stanowiącym cenę. Zarzuty kierowane wobec innych wykonawców (J..... R..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie oraz Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach), ze wskazanych wcześniej powodów, nie są objęte intereselem tego Odwołującego w tym postępowaniu, podnoszone naruszenia przepisów nie mogą również wywołać szkody po stronie Odwołującego; ich potwierdzenie lub nie w odniesieniu do Partner XXI sp. z o.o. pozostaje także wobec tego wykonawcy bez wpływu na wynik postępowania.

VII. Poddając analizie zarzuty skierowane wobec bezpodstawnego odrzucenia oferty Partner XXI sp. z o.o. w Zabrzu wskazania wymaga, iż Zamawiający odrzucił ofertę Partner XXI sp. z o.o. w Zabrzu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy uznając, że w trzech punktach jest ona niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Spośród wskazanych przez zamawiającego podstaw takiej oceny, potwierdzenie znalazła jedna.

I tak, znalazły potwierdzenie zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie poz. 26 i 120 Formularza asortymentowo - ilościowego.

Zamawiający uznał, że wskazany w poz. 26 Formularza asortymentowo – ilościowego dziurkacz D.Rect No 417 jest niezgodny z SIWZ w zakresie braku ogranicznika formatu A 3. Podstawą tej oceny był brak wskazania w załączonej do oferty karcie katalogowej możliwości dziurkowania w tym formacie. Na rozprawie strony: Zamawiający i Przystępujący po jego stronie okazywali dziurkacze marki i modelu zaoferowanego przez odwołującego, celem wykazania jego niezgodności z SIWZ; Odwołujący okazywał dziurkacz wyposażony w listwę z wymaganym formatem, twierdząc, że oferowany przez niego dziurkacz będzie wyposażony w odpowiedni format w stosunku do wersji standardowej. Poddając analizie podniesiony zarzut, dostrzeżenia wymaga, iż w powyższym zakresie nie można wyłączyć dostarczenia produktu o cechach niestandardowych w stosunku do podstawowego modelu produktu, w tym wytworzenia przez producenta na bazie standardowego produktu, na potrzeby tego postępowania dziurkacza spełniającego wymagania Zamawiającego. W załączonej do oferty karcie katalogowej wymieniono różne formaty, jakie można osiągnąć i istotnie, nie został wśród nich wymieniony format A 3. Samo nieujęcie w treści karty katalogowej wspomnianego formatu nie pozwala przyjąć ponad wszelką wątpliwość, że taki dziurkacz nie zostanie dostarczony, skoro wykonawca w ofercie zadeklarował taki przedmiot. Karta katalogowa nie musi przy tym opisywać wszystkich właściwości oferowanego przedmiotu, w szczególności, gdy zaoferowano przedmiot niestandardowy, dostosowany do konkretnych potrzeb. Oświadczenie o tym, że oferowany dziurkacz dziurkuje w takim formacie zawarte zostało

w treści formularza asortymentowo – ilościowego. Istotne jest przy tym, że Zamawiający nie wyjaśnił tej kwestii, w sposób pozwalający z całą pewnością przesądzić, że dziurkacz nie będzie posiadał listwy umożliwiającej dziurkowanie w formacie A 3. Odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ, to jest na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinno zostać poprzedzone czynnościami zmierzającymi do ustalenia w sposób niezbity tej niezgodności – orzecznictwo wskazuje, iż czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych winno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy (tak: wyroki KIO z 7 czerwca 2010 r. w spr. KIO 1002/10, z 17 lutego 2011 r. w spr. KIO 218/11, z 22 listopada 2011 r. w spr. KIO 2428/11). Powyższe czyni powyższy powód odrzucenia oferty Odwołującego niewykazany przez zamawiającego.

Podobnie należało ocenić drugi powód uznania oferty Odwołującego za niezgodną z SIWZ: w zakresie podanej w poz. 120 ofertówki (ofertówka OBW-3000 firmy Cezab). Zamawiający dokonał powyższej oceny na podstawie karty katalogowej w której podano, że ofertówka została wykonana z folii PCV a nie ze sztywnej folii PP, jak brzmiało wymaganie. Karta katalogowa nie wskazywała jednak typu i modelu, który podany został w opisie pozycji 120 wykazu asortymentowo - ilościowego. Powyższe uprawdopodobnia tezę o załączeniu niewłaściwej karty katalogowej. Dokumenty tego rodzaju (art. 25 ust. 1 ustawy) podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, zarówno wtedy gdy ich nie złożono, jak i w razie złożenia wadliwego dokumentu. W tym przypadku wykonawca opisał oferowany produkt, podał nazwę producenta oraz typ i model ofertówki, a jedynie karta katalogowa nie odpowiadała temu opisowi, i – co istotne – nie wskazywała w ogóle typu i modelu, co pozwalało brać pod uwagę możliwość, że wykonawca załączył omyłkowo niewłaściwą kartę katalogową. Odwołujący złożył kartę katalogową wskazującą ten sam typ i model, jaki podany został w Formularzu asortymentowo – ilościowym, wskazującą przy tym jako materiał folię PP. Nie jest właściwym wnioskowanie na podstawie ogólnego asortymentu posiadanego przez producenta ofertówki, w tym tego, że produkuje produkty z folii PCV, iż na potrzeby tego postępowania nie zostanie wytworzony produkt z innego tworzywa. Przedmiotowe postępowanie ma relatywnie duży zakres i nie sposób ponad wszelką wątpliwość wykluczyć, że w odpowiedzi na zgłaszany popyt na tego rodzaju produkt, zostanie on wytworzony. Stąd należało uznać, że Zamawiający nie wykazał w powyższym zakresie podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

Zasadnie natomiast zamawiający uznał ofertę Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze za niezgodną z SIWZ w zakresie opisanej w poz. 37 gąbki magnetycznej do tablic suchościeralnych. Zamawiający uczynił powodem odrzucenia oferty fakt, że gąbka nie

posiadała plastikowej obudowy, mimo takiego wymagania postawionego w SIWZ: „zamawiający wymagał, by gąbka miała plastikową obudowę o właściwościach magnetycznych. Wykonawca zaoferował gąbkę 7638001PL Donau, która nie ma plastikowej obudowy. W wyjaśnieniach z dnia 12 października br. Wykonawca poinformował Zamawiającego, iż „(...) plastik według definicji z encyklopedii, to potoczna nazwa tworzywa sztucznego. Tworzywo sztuczne występuje w wielu postaciach, zalicza się do nich również tworzywo EVA, z którego wykonana jest gąbka Donau””. Zamawiający określił rodzaj tworzywa sztucznego tj. wskazał, iż gąbka ma mieć plastikową obudowę.” (pismo Zamawiającego z 28 października 2012 r. WZP/844/12). Odwołujący wraz z wyjaśnieniem złożył kartę katalogową, która opisuje oferowaną gąbkę a także prezentuje ją wizualnie; konkurencyjni wykonawcy dodatkowo złożyli wobec zamawiającego oferowany przedmiot, który okazywany był również na rozprawie. Zarówno z karty katalogowej jak i prezentacji wspomnianej gąbki wynika, że gąbka, jakkolwiek wykonana z tworzywa sztucznego (nie poddając bardziej szczegółowej analizie rodzaju tego tworzywa – to bowiem nie było podstawą odrzucenia oferty Odwołującego), nie posiada plastikowej obudowy. Wbrew argumentacji prezentowanej przez Odwołującego, krytyczną dla oceny zgodności oferowanego przedmiotu z SIWZ była kwestia nieposiadania przez gąbkę plastikowej obudowy, a nie materiał z którego jest ona wykonana jako całość. Stąd złożona przez Odwołującego opinia prywatna – *Analiza IR gąbki i wycieraka*, sporządzona w Instytucie Inżynierii Materiałów Polimerowych i Barwników, dotycząca określenia, z jakich materiałów polimerowych zostały wykonane wyroby, pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia kwestii spornej w niniejszym postępowaniu. Ze złożonych wobec Zamawiającego dokumentów (karty katalogowej dotyczącej tej gąbki) a także oglądu gąbki jednoznacznie wynika, że nie posiada ona wymaganej przez Zamawiającego plastikowej obudowy, w tym przede wszystkim jakiegokolwiek obudowy. Nie ulega wątpliwości, że powyższe było powodem odrzucenia oferty Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze i znalazło wyraz w decyzji o odrzuceniu oferty z 28 października 2012 r. Skoro zatem powyższa podstawa odrzucenia oferty Odwołującego Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze znalazła potwierdzenie, czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należało uznać za prawidłową, zaś odwołanie - za podlegające oddaleniu.

W konsekwencji bowiem potwierdzenia tej podstawy odrzucenia, dalsze zarzuty, tak dotyczące własnej oferty Odwołującego jak i innych wykonawców pozostają bez wpływu na wynik postępowania, rozumiany jako wybór oferty Odwołującego (art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

VIII. Wobec potwierdzenia zasadności odrzucenia oferty wykonawcy Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze, podniesione wobec oferty tego wykonawcy zarzuty w odwołaniu J..... R..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie pozostają bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy. Niezależnie od tego, dostrzeżenia wymaga, że zarzuty oparte na domniemaniu cech i właściwości oferowanych wyrobów, wbrew oświadczeniom wykonawcy zawartym w Formularzu asortymentowo – ilościowym nie przekonują o zaoferowaniu przedmiotu niezgodnego z SIWZ: Odwołujący nie wykazał, że przedmiot, którego dostarczenie zaoferował wykonawca Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze nie będzie miał deklarowanych cech i właściwości. Ze wskazanych wcześniej względów, nie można wyłączyć dostarczenia przedmiotu zgodnego z tą deklaracją, np. dostosowanego do potrzeb Zamawiającego stawianych w tym postępowaniu. W powyższym zakresie aktualność znajduje argumentacja dotycząca analogicznych zarzutów wobec wykonawcy Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach. Zarzut dotyczący ujętego w poz. 21 długopisu z możliwością ustawienia w pionie i poziomie nie znalazł potwierdzenia – okazany przez Odwołującego długopis, którego zaoferowanie potwierdził wykonawca Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze posiada możliwość ustawienia zarówno w pionie jak i poziomie, po odpowiednim przestawieniu elementu jego podstawki.

Reasumując, spośród wszystkich stawianych w obu odwołaniach zarzutów, potwierdził się zarzut wskazujący na brak podstawy do odrzucenia oferty Partner XXI sp. z o.o. w Zabrze w zakresie pozycji 26 i 120 Formularza asortymentowo – ilościowego (co jednak pozostawało bez wpływu na wynik postępowania) a także zarzut J..... R..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie, kierowany wobec oferty Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. w Łomiankach, odnoszący się do niepodania w odniesieniu do niektórych pozycji Formularza asortymentowo – ilościowego typu lub modelu oferowanych materiałów, co stanowiło o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – co miało wpływ na wynik postępowania. Uwzględniono zatem odwołanie J..... R..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie, nakazując – stosownie do postawionego wniosku - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Konsorcjum Biuro Klub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łomiankach. Uwzględniając odwołanie nie uwzględniono wniosku o nakazanie wyboru oferty Odwołującego, jako że powyższe uzależnione jest od dalszych czynności Zamawiającego podejmowanych w ramach nakazanego badania i oceny ofert, nadto pozostaje bez bezpośredniego związku z zarzutami odwołania a odnosi się raczej do

naturalnej konsekwencji działań Zamawiającego wynikających z celu prowadzonego postępowania i zamawiającemu zostało pozostawione.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Nie zasądzono kosztów postępowania z tytułu zastępstwa Przystępującego J..... R..... J..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Jolimpex w Warszawie przez pełnomocnika w spr. o sygn. KIO 2396/12. Ustawodawca nie przewidział bowiem możliwości przyznania Przystępującemu kosztów zastępstwa procesowego w innej sytuacji, aniżeli w razie uwzględnienia przez zamawiającego wszystkich zarzutów odwołania, gdy wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego złożył sprzeciw wobec tego uwzględnienia a odwołanie zostało oddalone. Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego przez pełnomocnika w sprawie KIO 2416/12, a także Zamawiającego w sprawie KIO 2396/12, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie złożonego rachunku.

Skład orzekający