

**WYROK**  
z dnia 14 czerwca 2018 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2018 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2018 r. przez wykonawcę **"MAK" Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej** przy udziale wykonawców **M. R. i J. Ź.** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **JM Data M. R. J. Ź. s.c. w Warszawie,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1) oddala odwołanie;
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Warszawie.**

**Przewodniczący: .....**

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek, faksów i kserokopiarek”.

W dniu 18 maja 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawcę "MAK" Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (dalej: „Odwołujący”) o odrzuceniu złożonej przez niego oferty oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę JM Data M. R. J. Ż. s.c. w Warszawie (dalej: „Przystępujący”).

Na powyższą czynność Zamawiającego, Odwołujący w dniu 28 maja 2018 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez nierówne traktowanie wykonawców, przejawiające się w bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego oferującego najniższą cenę, co naruszyło zasady uczciwej konkurencji, oraz poprzez działania polegające na tym, iż Zamawiający po otrzymaniu dokładnie takich wyjaśnień jakich oczekiwał uznał je za niedozwoloną modyfikację treści oferty, co narusza w sposób rażący uregulowania art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż poczynione w dobrej wierze przez Odwołującego czynności, dokonane na żądanie Zamawiającego i zgodnie z treścią jego żądania Zamawiający wykorzystał w celu niezgodnego z przepisami prawa odrzucenia oferty Odwołującego;

2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia w ofercie innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, czyli omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, co nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo braku podstaw prawnych do tego;

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z artykułem 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, poprzez nie odrzucenie oferty wykonawców JM DATA s.c. J. Ż. i M. R. oraz NIVER sp. z o.o. mimo, iż istniały podstawy do odrzucenia tych ofert z uwagi na to, iż wykonawcy ci w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów poprzez działanie polegające na wskazaniu, iż oferują oryginalne produkty, w sytuacji gdy produkty te nie są dostępne na rynku i zostały wycofane z obrotu.

W związku z tak przedstawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego, oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego,
3. przeprowadzenie czynności wskazanych w art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez poprawienie w ofercie Odwołującego innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, czyli omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, co nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty,
4. odrzucenie ofert wykonawców JM DATA s.c. J. Ż. i M. R. oraz NIVER SP. z o. o. i wykluczenie ich z udziału w postępowaniu, po ewentualnym przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego wskazanego w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.
5. obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając odwołanie wskazał, iż:

Zamawiający pismem z dnia 9 maja 2018r. wezwał go do złożenia wyjaśnień, czy materiały wskazane w ofercie wykonawcy w pozycjach 46, 49, 51, 108 i 110 kosztorysu spełniają określony w pkt 3.7.3 SIWZ warunek równoważności, albowiem przedłożony kosztorys w w/w pozycjach nie zawierał wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji, czyli podania nazwy producenta/dystrybutora produktów.

Odwołujący w dniu 10 maja 2018r. złożył wymagane wyjaśnienia, wskazując kto jest producentem i dystrybutorem produktów wskazanych w tych pozycjach. Tym samym, Zamawiający uzyskał wszelkie informacje niezbędne, zgodnie z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień, które potrzebne mu były do stwierdzenia, czy materiały spełniają określony w pkt 3.7.3 SIWZ warunek równoważności. Zwrócił uwagę, iż złożył wyjaśnienia dokładnie w takim zakresie w jakim żądał Zamawiający, czyli przedłożył dokładnie takie informacje, jakie były Zamawiającemu potrzebne i jakich oczekiwał.

Odwołujący wskazał ponadto, iż Zamawiający samodzielnie zwrócił się do wskazanego producenta/dystrybutora pismem z dnia 14 maja 2018 r. z następującymi zapytaniami:

1. Czy Allper SP. z o.o. sp. k. jest producentem ww. materiałów eksploatacyjnych o wskazanych symbolach?
2. Czy rzeczywiście zaoferowane przez Wykonawcę zamienniki spełniają wymagania materiału równoważnego dla wskazanych urządzeń określonych przez Zamawiającego?

Producent/dystrybutor udzielił z dniem 14 maja 2018. odpowiedzi potwierdzającej. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający był uprawniony do takiego działania, a wręcz

zobligowany, co znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 3 listopada 2016r. KIO 2006/16. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający pomimo otrzymania jednoznacznego potwierdzenia spełniania przez Odwołującego warunku równoważności oferowanych produktów wskazanych w pozycjach 46, 49, 51, 108 i 110 kosztorysu, i to zarówno wskutek udzielenia przez Odwołującego precyzyjnej i dokładnie takiej jakiej żądał Zamawiający odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, oraz odpowiedzi od producenta tych produktów, odrzucił jego ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Z uzasadnienia odrzucenia jego oferty wynika, iż zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 10 maja 2018 r. do oferty wprowadził nową treść, która w istocie prowadziła do zmiany treści złożonej oferty.

Odwołujący odnosząc się do powyższego wskazywał, iż dokonanie poprawek przez Zamawiającego, nie spowodowałoby w żaden sposób zmiany ceny, albowiem nie tego dotyczyła (pozorna) niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie miał tu zastosowania. Wyjaśnienia wykonawcy nie spowodowały też jakiegokolwiek zmiany zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie - wykonawca oferował ten sam przedmiot, jedynie uzupełnił jego opis, zatem art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie miał tu zastosowania. Ponadto udzielone wyjaśnienia nie spowodowały zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie (a tak naprawdę nie zmieniły jej w żadnym zakresie), zatem nie miały tu miejsca żadne negocjacje co do treści oferty, zatem Zamawiający winien poprawić inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, czyli zastosować art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, czego nie uczynił.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wiedział, w jaki sposób należałoby dokonać poprawki kosztorysu, na podstawie bowiem własnego zapytania do ALLPER sp. z o.o., sp. k. i na podstawie wyjaśnień wykonawcy posiadał wiedzę co do tego, kto jest producentem/dystrybutorem, jakiej powszechnie używanej marki pod jaką jest dostępny na rynku używa producent, a numer katalogowy już posiadał w treści samej oferty. Dlatego też zarzut Zamawiającego, iż nie mógł on dokonać jednoznacznej identyfikacji zaofertowanego produktu równoważnego jest w opinii Odwołującego niezasadny, a Zamawiający winien poprawić inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, czyli zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, czego nie uczynił.

Następnie Odwołujący uzasadniając zarzut nr 4 odwołania, wskazał, iż produkty wskazane w pozycjach 46, 49, 51, 104, 108 i 110 kosztorysu cenowego zostały wycofane z

produkcji i są niedostępne na rynku. Dlatego też Odwołujący się prosił o wykreślenie poz. 46,49, 51, 104, 108 oraz 110 z Formularza Cenowego.

Tymczasem w ofertach Wykonawców JM DATA s.c. J. Ż. i M. R. oraz NIVER sp. z o.o. w pozycjach 46,49, 51, 104, 108, 110 Formularza Cenowego wskazane zostało, iż oferują oni oryginalne produkty HP, tymczasem, tonery te zostały wycofane z rynku, przy czym dwa z nich w roku 2018, dwa z nich w roku 2016, a jeden w roku 2013.

Na potwierdzenie powyższego, Odwołujący przedłożył pismo HP Inc polska sp. z o.o. z dnia 24 maja 2018 r., z którego wynikało, iż „produkcja wkładów drukujących o symbolach 92298A, C3903A, Q1339A, SV433A, SV445A została zakończona. Tym samym zamówienia na przedmiotowe wkłady nie są realizowane”.

Oczywistym jest więc zdaniem Odwołującego, iż Zamawiający był poinformowany, iż nie jest możliwe obecnie oferowanie oryginalnych wkładów drukujących wskazanych przez ww. wykonawców w pozycjach 46,49, 51, 104, 108, 110 z Formularza Cenowego. Mimo to Zamawiający zaniechał badania przedmiotowej sprawy, i wedle wiedzy Odwołującego się nie wezwał w tej kwestii do złożenia wyjaśnień wykonawców JM DATA s.c. J. Ż. i M. R. oraz NIVER sp. z o.o., oraz bez należytej staranności przyjął za prawdziwe ich oświadczenia, iż będą w stanie zaoferować oryginalne wkłady drukujące 46,49, 51, 104, 108, 110 z Formularza Cenowego, oraz odpowiednio do tego dokonał oceny punktowej oferty, oraz przyjął, iż spełnia ona warunki udziału w postępowaniu. Tym samym, uzasadnione jest twierdzenie, iż Wykonawcy JM DATA s.c. J. Ż. i M. R. oraz NIVER sp. z o.o. złożyli w postępowaniu nieprawdziwe oświadczenia, i w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów poprzez działanie polegające na wskazaniu, iż oferują oryginalne produkty, w sytuacji gdy produkty te nie są dostępne na rynku i zostały wycofane z obrotu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 czerwca 2018 r. wniósł o jego oddalenie.

Podkreślił, że treści oferty nie można w żaden sposób uzupełniać, można ją jedynie wyjaśniać lub poprawiać w jej treści omyłki, ale tak, aby nie prowadziło to do zmiany treści oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku, gdy poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty, może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Wyjaśnienia mogą dotyczyć wszystkich elementów oferty zarówno jej wartości merytorycznej, jak i warunków wykonania zamówienia. Zakazane jest prowadzenie z wykonawcą negocjacji co do treści

oferty i dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian czy uzupełnień, poza czynnościami określonymi w art. 87 ust. 1a i 2 Pzp. Wprowadzanie niedozwolonych zmian w trakcie prowadzonych wyjaśnień może polegać np. na wprowadzaniu do oferty nowej treści, takiej, która pierwotnie się tam nie znajdowała. Prowadziłoby to bowiem do wprowadzenia do oferty nowego elementu zobowiązania, nieznajdującego się w niej pierwotnie.

Zamawiający wyjaśnił, że w formularzu cenowym, Odwołujący nie spełnił wymagań SIWZ poprzez nie określenie producenta, dystrybutora lub marki zaproponowanego produktu równoważnego, co zostało określone w postanowieniach SIWZ, jako obowiązkowe. Jeśli określenie producenta, dystrybutora lub marki zaproponowanego produktu równoważnego nie wynikało z pozostałych informacji zawartych w ofercie, np. jeśli z podanego w formularzu cenowym w pkt 5 dotyczącym oferowanego materiału eksploatacyjnego, symbolu czy numeru katalogowego nie wynika, kto jest producentem tego materiału, wyjaśnienia Odwołującego dnia 10 maja 2018 r. w istocie prowadziły do zmiany treści oferty. W ofercie tego wykonawcy dokonano bowiem uzupełnienia elementów zamówienia, których zabrakło w pierwotnym oświadczeniu, a stanowiło to istotny element zobowiązania.

Zdaniem Zamawiającego, powyższe braki w ofercie Odwołującego nie mogły by również być poprawiane w trybie art. 87 ust 1 pkt 2 Pzp. O niedopuszczalności uzupełniania brakujących elementów oferty, w trybie wyjaśniania pomyłek orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 października 2012 r. KIO 2146/12. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, iż brak wymaganego przez Zamawiającego określenia producenta, dystrybutora lub marki produktu równoważnego stanowił o niezgodności oferty Odwołującego, polegającej na sporządzeniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ. Ponadto zauważył, iż biorąc pod uwagę art. 87 ust. 1 Pzp, należy dojść do wniosku, że wyjaśniać można to, co w ofercie już się znajduje, nie zaś to, czego w ofercie nie ma.

Odnosząc się natomiast do kwestii nieodrzczenia ofert Przystępującego oraz wykonawcy NIVER sp. z o. o. i niewykluczenia ich z postępowania, Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje, lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Co do zasady w orzecznictwie i doktrynie uznaje się, że z informacją nieprawdziwą mamy do czynienia wówczas, kiedy występuje oczywista i jednoznaczna rozbieżność pomiędzy danymi odzwierciedlonymi przez wykonawcę w treści złożonych wraz z ofertą dokumentów lub oświadczeń a rzeczywistym stanem faktycznym. Rozbieżność ta nigdy nie może być domniemana, musi nie pozostawiać wątpliwości. W wyroku z 11 kwietnia 2013 r. (XIX Ga 179/13), powyższe potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach, który podkreślił, że dla oceny

podstaw wykluczenia, istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja stanowiąca podstawę wykluczenia musi być obiektywnie niezgodna z rzeczywistością w sposób niebudzący wątpliwości, a zamawiający musi być w stanie dokonać jej jednoznacznego stwierdzenia w sposób niebudzący wątpliwości. Odnosząc się do kwestii wystąpienia przedmiotowego zagadnienia w prowadzonym postępowaniu zauważył, że nie można wykluczyć, że przedmiotowe produkty pomimo rzeczywistego wycofania z produkcji mogą być dostępne na rynku.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 11 czerwca 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie jest niezasadne i podlegało oddaleniu.**

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

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę - M. R. i J. Ź. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą JM Data M. R. J. Ź. s.c. w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Izba ustaliła:**

I. Zgodnie z punktem 3.7. SIWZ Zamawiający wymagał, aby oferowane materiały eksploatacyjne były oryginalne, produkowane jako fabrycznie nowe, zgodne z wymogami i atestami jakościowymi oraz normami w zakresie oznakowania wyrobów, wolne od wad technicznych i prawnych, dopuszczone do obrotu oraz w I gatunku. Zamawiający, zgodnie z art. 30 ust. 4 ustawy, dopuszcza zaoferowanie przez wykonawcę materiałów równoważnych w stosunku do wskazanych w FC materiałów oryginalnych, o ile spełniają one wymogi określone w pkt 3.7.3. SIWZ.

W punkcie 3.7.3. SIWZ Zamawiający wyjaśnił, iż pod pojęciem „równoważnych” materiałów eksploatacyjnych rozumie się materiały fabrycznie nowe, kompatybilne z urządzeniem, do którego są zamawiane, o parametrach takich samych lub lepszych (pojemność tuszu/tonera, wydajność i jakość wydruku) w stosunku do oryginału produkowanego lub zalecanego do stosowania przez producenta urządzenia. Oferowane materiały równoważne nie mogą powodować ograniczeń funkcji i możliwości urządzeń oraz zaniżać jakości wydruku oferowanych w warunkach technicznych producenta urządzenia (pełna kompatybilność z oprogramowaniem sprzętu: informowanie o liczbie wydrukowanych stron, poziomie zużycia tonera, tuszu, głowicy, itp.). W przypadku gdy oryginalny materiał eksploatacyjny posiada wbudowany układ scalony, który monitoruje proces druku i zużycie tonera, materiał eksploatacyjny równoważny musi posiadać analogiczny element.

Ponadto Zamawiający w punkcie 3.12. SIWZ wymagał, aby w załączniku nr 2 do SIWZ Wykonawca:

1) w kolumnie nr 5 „Oznaczenie oferowanego materiału eksploatacyjnego”, obowiązany jest opisać oferowany materiał eksploatacyjny w sposób pozwalający na jego jednoznaczną identyfikację, tj. poprzez wskazanie producenta danego materiału eksploatacyjnego lub jego dystrybutora, lub powszechnie używanej marki pod jaką jest dostępny na rynku a także jego symbolu lub numeru katalogowego;

2) jednoznacznie zadeklarować czy oferuje materiał eksploatacyjny oryginalny (tj. wyprodukowany lub zalecany do stosowania przez producenta urządzeń), czy równoważny – wpisując przy każdym z oferowanych materiałów eksploatacyjnych odpowiednio O - dla materiałów eksploatacyjnych oryginalnych lub R - dla materiałów eksploatacyjnych równoważnych.

Ponadto Zamawiający podkreślił, iż dopuszcza niewypełnienie kolumny nr 5 FC dla tych pozycji, dla których wykonawca w kolumnie nr 6 jednoznacznie zadeklaruje, iż oferuje materiał eksploatacyjny oryginalny.

II. Odwołujący w Formularzu cenowym w kolumnie numer 6 w pozycjach 51, 108 oraz 110 wpisał „R”.

W kolumnie numer 5 w pozycji 51 wpisał – KHL-39A, w pozycji 108 – KSL-2250, natomiast w pozycji 110 – KSL-3050X.

III. Zamawiający pismem z dnia 9 maja 2018 r. na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał, iż w ofercie złożonej przez Odwołującego, zapisy w pozycjach 46, 49, 51, 108 i 110 w kolumnie 5 FC, nie zawierają wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji, tym samym nie pozwalają Zamawiającemu na jednoznaczną ocenę, czy materiały w nich wskazane, spełniają określony w pkt 3.7.3. SIWZ warunek równoważności.



IV. Odwołujący w odpowiedzi z dnia 10 maja 2018 r. wyjaśnił, że producentem i dystrybutorem zaoferowanych w pozycjach 46, 49, 51, 108 i 110 jest firma ALLPER sp. z o.o., sp. k.

**Izba zważyła:**

Odnosząc się do zarzutów odwołania, rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej wymagała kwestia, czy oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na brak wskazania w pozycjach 51, 108 i 110 nazwy producenta i dystrybutora oferowanych materiałów eksploatacyjnych o charakterze równoważnym, czy też brak wskazania tych informacji podlegał uzupełnieniu w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, 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 rozpoznawanej sprawie, nie zachodziła żadna z przesłanek wymienionych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie można bowiem uznać, że niepodanie przez Odwołującego w wymaganych pozycjach kolumny numer 5 Formularza cenowego, tj. w pozycji 51, 108 oraz 110 informacji wymaganych przez Zamawiającego, wyraźnie wskazanych postanowieniami SIWZ, nosiło walor omyłki.

Zdaniem Izby podanie przez Odwołującego w ww. pozycjach oznaczenia odpowiednio KHL 39A, KSL-2250 oraz KSL-3050x, bez podania producenta/dystrybutora oferowanych przez Odwołującego materiałów równoważnych nie tylko uniemożliwiało Zamawiającemu weryfikację treści oferty pod względem zgodności z wymaganiami SIWZ, ale przede wszystkim uniemożliwiało Zamawiającemu identyfikację zaoferowanych produktów, co z kolei uniemożliwiało mu ocenę, czy zaoferowane przez Odwołującego w tych pozycjach produkty spełniały wymóg równoważności. Powyższe więc w ocenie składu orzekającego stanowiło nieusuwalny w żadnym trybie dopuszczonym ustawą Pzp - brak oferty i wystarczającą podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy.

Powyższe braki w ofercie nie mogły również zostać potraktowane jako omyłka z tego względu, iż z omyłką mamy do czynienia w sytuacji, gdy Zamawiający może dokonać jej poprawienia samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Istotne jest, aby przy ocenie omyłkowej treści oferty nie ulegało żadnej wątpliwości, że faktycznie treść ta stanowi omyłkę (a więc zawarcie określonej treści nie było zamiarem wykonawcy). Ponadto istotne jest, aby nie ulegało wątpliwości jaka treść - w miejsce treści omyłkowej - powinna znaleźć się w ofercie.

Z treści oferty powinien wynikać zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnej z wymaganiami specyfikacji, a jednocześnie Zamawiający powinien posiadać wszelkie dane niezbędne do dokonania poprawienia omyłki w sposób jednoznacznie zgodny z intencją wykonawcy składającego ofertę. W niniejszej sprawie taka sytuacja natomiast nie wystąpiła. Zamawiający nie miał żadnej możliwości ustalenia na podstawie wpisanych przez Odwołującego symboli, kto jest producentem i dystrybutorem lub jakiej marki jest oferowany materiał eksploatacyjny. Powyższe nie wynikało również w żaden sposób ze złożonej przez Odwołującego oferty, co znalazło potwierdzenie w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach, w których dopiero wtedy Odwołujący podał, iż producentem zaoferowanych materiałów eksploatacyjnych w poz. 51, 108 i 110 jest firma Allper sp. z o.o., sp. k.

Zdaniem Izby, okoliczność, iż Zamawiający na skutek udzielonych mu przez Odwołującego wyjaśnień zdobył wiedzę odnośnie tego, kto jest producentem i dystrybutorem tych materiałów, a w konsekwencji dowiedział się w jaki sposób powinien tę omyłkę poprawić, nie zmienia w ocenie Izby tego, że Odwołujący dokonał zmiany treści oferty po otwarciu ofert. Ponadto wyjaśnianie treści oferty nie może skutkować wprowadzaniem przez Zamawiającego do oferty nowych, zmienionych danych, które mają wpływ na ocenę ofert. Treść oferty musi być jednoznacznie i w całości sprecyzowana, w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z treścią SIWZ. Izba stoi na stanowisku, iż dopuszczalne jest poprawianie i wyjaśnianie znajdujących się w ofercie omyłek tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy dane te są wskazane w ofercie, jednakże doszło do pewnych błędów w ich pisowni, we wskazaniu ilości bądź np. sformułowania zawarte w ofercie są niejasne lub budzą wątpliwości Zamawiającego. Niedopuszczalne jest natomiast poprawianie, lub uzupełnianie elementów oferty, których w ogóle w ofercie – do terminu składania ofert – nie zamieszczono.

Izby uznała również, że wbrew stanowisku Odwołującego, informacje, których w jego ofercie zabrakło miały istotny wpływ na wynik postępowania. Dokonanie jakiegokolwiek zmiany w tym zakresie przez Zamawiającego miałyby bardzo istotny wpływ na treść oferty, bowiem decydowałyby o dalszym pozostawianiu przez wykonawcę w postępowaniu, a więc o możliwości uzyskania przez wykonawcę zamówienia.

Ponadto wskazać należy, iż w odróżnieniu od omyłki pisarskiej, omyłka wskazana w punkcie 3 art. 87 ust. 2 Pzp, nie musi mieć charakteru oczywistego, może zostać wyinterpretowana z treści samej oferty lub SIWZ, a nawet stwierdzona po przeprowadzeniu wyjaśnień treści oferty. W związku z powyższym zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których mowa w ust. 1 zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty, czy ewentualnych zmian w jej treści. Sam Zamawiający wyjaśnił, iż wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp bowiem określenie producenta, dystrybutora lub marki zaproponowanego produktu

równoważnego mogło wynikać z pozostałych informacji zawartych w ofercie. Jednakże złożone przez Odwołującego wyjaśnienia z dnia 10 maja 2018 r. potwierdziły, iż informacji tych zabrakło w ofercie. Wskazanie więc przez Odwołującego nazwy producenta i dystrybutora materiałów w istocie prowadziło do zmiany treści oferty.

Z tych względów, Izba uznała, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dniu 10 maja 2018 r., iż producentem i dystrybutorem produktów zaoferowanych w pozycjach 51, 108 oraz 110 jest firma Allper sp. z o.o., sp. k. – stanowiły niedozwolone uzupełnienie treści oferty po terminie składania ofert, w związku z czym prawidłowo nie zostały przez Zamawiającego wzięte pod uwagę.

Wskazać należy, iż zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, wymagań technicznych, warunków realizacji, ceny i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Postanowienia SIWZ były obowiązujące dla wykonawców, jak i Zamawiającego, który nie może od nich odstępować w trakcie oceny ofert. Izba natomiast weryfikuje czynności Zamawiającego w oparciu o warunki ustalone w przetargu i specyfikację udostępnioną wykonawcom.

W rozpoznawanym przez Izbę przypadku - niezgodność treści oferty polegała na braku podania wymaganych postanowieniami SIWZ nazwy producenta/dystrybutora lub marki oferowanych materiałów eksploatacyjnych.

Z tych względów Izba uznała, iż Zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucając ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ, oraz że oferta Odwołującego nie podlegała poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Ponadto wskazać należy, że niezgodność oferty z treścią SIWZ była na tyle oczywista, że przyjęcie uprzednich wyjaśnień udzielonych w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy, w wyniku których Odwołujący wskazał iż producentem/dystrybutorem zaoferowanych materiałów eksploatacyjnych w poz. 51, 108 oraz 110 jest firma Allper sp. z o.o., sp. k. prowadziłoby do niedozwolonego dookreślenia treści oferty - po upływie terminu jej złożenia, czego wymieniony przepis nie dozwala.

Odnosząc się następnie do zarzutów odwołania dotyczących oferty Przystępującego oraz wykonawcy Niver sp. z o.o. Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu należy rozumieć z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie sprostował ciężarowi dowodu, nie wykazał bowiem, iż zaoferowane przez Przystępującego oraz wykonawcę Niver sp. z o.o. produkty wskazane w pozycjach 46, 49, 51, 104, 108 i 110 kosztorysu cenowego zostały wycofane i są niedostępne na rynku, w konsekwencji czego nie udowodnił, iż wykonawcy ci wprowadzili w błąd Zamawiającego a ich oferty powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz, że wykonawcy ci powinni zostać wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy.

Zauważyć w tym miejscu należy, iż na rozprawie Odwołujący twierdził jedynie, że mało prawdopodobne jest uzyskanie tych materiałów przez ww. wykonawców, co zdaniem Izby nie przesądza, iż pozyskanie tych materiałów jest niemożliwe. Również z przedłożonego przez Odwołującego pisma firmy HP Inc Polska sp. z o.o. z dnia 24 maja 2018 r. wynika

jedynie, iż materiały te nie są obecnie produkowane, nie wynika z nich natomiast, iż niemożliwe jest ich pozyskanie na rynku. Co więcej, Przystępujący na rozprawie przedłożył oświadczenia dwóch firm, tj. firmy Rafcom z dnia 4 czerwca 2018 r. oraz firmy Print Mater z dnia 6 czerwca 2018r., z których wynika, iż posiadają one na stanie, zaoferowane przez Przystępującego materiały eksploatacyjne i w razie konieczności sprzedadzą te materiały Przystępującemu.

Z powyższego zdaniem Izby wynika, iż Przystępujący i wykonawca Niver sp. z o.o. zaoferowali Zamawiającemu materiały, które są w stanie pozyskać, w związku z czym nie wprowadzili oni Zamawiającego w błąd, a ich oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący nie zdołał natomiast wykazać, iż powyższe twierdzenia Przystępującego są nieprawdziwe.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy. Skoro odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć Odwołującego.

Przewodniczący: .....