

Sygn. akt: KIO 979/15

**WYROK**

**z dnia 26 maja 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk**

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2015 r. przez wykonawcę **Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów, 05-806 Komorów** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Partner XXI Sp. z o.o., ul. Korczoka 14, 41-806 Zabrze**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu, tj. Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 i dokonanie w tej części zamówienia ponownej czynności badania i oceny ofert i odrzucenia oferty wykonawcy Partner XXI Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu z powodu jej sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie poz. nr 413 załącznika nr 1a do specyfikacji, a pozostałym zakresie zarzuty i żądania odwołania uznaje za niezasadne;**
2. kosztami postępowania obciąża **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę

**Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów, 05-806 Komorów** tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od **Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów, 05-806 Komorów** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Polska Agencja Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę artykułów biurowych, kopert i papieru z nadrukiem firmowym oraz papieru do druku na systemach poligraficznych dla Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej”. Zamówienie to zostało podzielone na trzy zadania z dopuszczeniem możliwości składania ofert częściowych. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 31 stycznia 2015 r. pod nr 2015/S 022-035422.

W postępowaniu tym wykonawca Lyreco Polska S.A. z siedzibą w Sokołowie, poczta Komorów (dalej: „Odwołujący”) w dniu 11 maja 2015 r. (10 maja 2015 r. – niedziela) złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy części pierwszej zamówienia („Sukcesywna dostawa artykułów biurowych do PAŻP”). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Zarzuty odwołania dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, o której to czynności Zamawiający poinformował Odwołującego w dniu 30 maja 2015 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 12 maja 2015 r. W dniu 14 maja 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, złożone przez wykonawcę Partner XXI Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (dalej: „Przystępujący”). Kopie zgłoszenia przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 25 maja 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący w swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo tego, że elementy przedmiotu zamówienia oferowane w pozycjach: 38 (długopis żelowy metaliczne kolory), 169 (koszulka groszkowa rozszerzana), 249 (papier uniwersalny 80 g/m klasa A, A3 biały) oraz 413 (wskaźnik laserowy) nie spełniają wymogów opisu przedmiotu zamówienia podanego przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”)
2. art. 91 ust 1 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, która to oferta powinna zostać odrzucona i jednocześnie zaniechanie wyboru w części nr 1 zamówienia oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej pod względem określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert;
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez niezgodny z przepisami ustawy wybór oferty najkorzystniejszej;
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
5. innych przywołanych w treści odwołania

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
4. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, którą jest oferta Odwołującego.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podkreślił, że po zapoznaniu się z treścią oferty Przystępującego stwierdził, że oferta ta jest niezgodna z wymaganiami SIWZ postawionymi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, co winno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a jej wybór jako oferty najkorzystniejszej stanowi naruszenie zarówno art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, jak również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący zakwestionował cztery pozycje w formularzu cenowym, które – w jego ocenie - nie spełniają wymagań Zamawiającego.

Co do poz. nr 38: długopis żelowy - metaliczne kolory Odwołujący podkreślił, że Przystępujący zaoferował długopisy żelowe producenta Pentel: K 118 M. Zgodnie z wiedzą

Odwołującego pod numerem katalogowym K 118 M u producenta Pentel dostępne są długopisy żelowe jedynie w 3 kolorach, w tym jedynie dwa są metaliczne, a nie pięć - jak wymagał tego Zamawiający w pozycji 38 Załącznika nr 1a do SIWZ. Podkreślił, że w pozycji tej jednoznacznie wskazano parametry, jakie mają spełniać oferowane materiały i z opisu wynika, iż Zamawiający żąda: długopisu żelowego o grubości końcówki 0,7 - 0,8 mm z wymiennym wkładem. W przezroczystej obudowie z gumowym uchwytem. Tusz światło i wodoodporny z pigmentem nadającym kolorom intensywność w przynajmniej 5 metalicznych kolorach. Odwołujący podkreślił, że mając na względzie fakt, że producent Pentel nie ma w swojej ofercie pod pozycją K 118 M długopisów z pigmentem nadającym intensywność w przynajmniej 5 metalicznych kolorach - oferta Przystępującego jest niezgodna z SIWZ w tym zakresie. W jego ocenie nie ma jednocześnie możliwości, aby oferta została w tym zakresie poprawiona, albowiem wiązałoby się to z koniecznością zaoferowania innego przedmiotu zamówienia, co jest niedopuszczalne.

Co do poz. nr 169: koszulka groszkowa rozszerzana, Odwołujący podkreślił, że w tym zakresie Zamawiający w SIWZ zażądał zaoferowania koszulki groszkowej rozszerzanej posiadającej parametry opisane parametry. Wskazał, że istotą tego elementu przedmiotu zamówienia jest materiał z jakiego jest wykonana koszulka. Zamawiający określił, iż wymaga struktury groszkowej koszulki (niejednolitej), a nie krystalicznej - czyli gładkiej, co było – zdaniem Odwołującego - jednoznacznie rozróżnione, o czym świadczy fakt, iż w pozycji 170 zażądał on zaoferowania koszulek krystalicznych. Przystępujący tymczasem zaoferował w ofercie w pozycji 169 formularza cenowego koszulkę producenta Cezab, nr katalogowy OR 090A. Pod tą pozycją w katalogu producenta znajdują się koszulki z folii PCV wysoko przezroczystej, a więc - w jego ocenie - niezgodnej postawionymi przez Zamawiającego wymogami.

Co do poz. nr 249: papier uniwersalny 80 g/m<sup>2</sup> klasa A. A3 biały, Odwołujący podkreślił, że zgodnie z żądaniem Zamawiającego papier zaoferowany przez wykonawców miał mieć średnią białość w skali białości CIE na poziomie co najmniej 166. Podkreślił, że skala białości papieru ma zasadnicze znaczenie dla jakości i widoczności druku wykonywanego na tym papierze, a im wyższy wskaźnik CIE tym papier jest bielszy, a tym samym wyższa jest cena papieru. Podkreślił, że Przystępujący zaoferował w pozycji 249 formularza ofertowego papier Producenta IP Kwidzyn: Poljet A3/80g. Zgodnie z charakterystyką produktu papier ten posiada białość 166 według skali CIE z możliwą różnicą +/- 2, co jego zdaniem oznacza, że granice białości papieru wahają się w skali od 164 do 168 CIE i nie spełniają wymogów postawionych przez Zamawiającego. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 15 września 2011 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1871/11, w którym w analogicznej sytuacji co do granic błędu w oferowanym

przedmiocie zamówienia Izba wskazała, iż jeżeli w procesie produkcji nie jest możliwe uzyskanie i zagwarantowanie stałych parametrów, ale ich fluktuacje rzędu +/- 10% są przy stosowanych technologiach nieodzowne; to producent/wykonawca winien zaoferować nawierzchnię o parametrach odpowiednio wyższych, tak, aby ich dolna granica zakładanych 10% obniżen w stosunku do wielkości deklarowanej przebiegała również ponad minimalnymi wymaganiami zamawiającego. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 5 marca 2015 r. - pytanie nr 18 - jednoznacznie wskazał, iż nie dopuszcza odchylen od podanej przez niego białości papieru. Jednocześnie też według Odwołującego Zamawiający na etapie oceny ofert obniżył pierwotnie postawione wymagania, do czego nie był uprawniony, a przez takie działania Zamawiającego dochodzi do sytuacji, w której jeden wykonawca składa ofertę z papierem słabej jakości, o niewystarczającym poziomie białości i przez to ma tańszą ofertę, natomiast drugi wykonawca sięga po papier spełniający wymagania białości, ale droższy, przez co pozbawiony jest realnej możliwości konkurencyjności w postępowaniu.

Co do poz. nr 413: wskaźnik laserowy, Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w tym zakresie zażądał zaoferowania wskaźnika laserowego wydzielającego zielone światło, do prezentacji w jasnych pomieszczeniach lub na zewnątrz. Zasięg min. 300 m, zasilanego bateriami 2 x AAA 1,5 V. W swojej ofercie Przystępujący zaoferował wskaźnik laserowy ze sklepu internetowego Cyfronika: Laser 14 - R03P, a wskaźnik ten nie spełnia podstawowych parametrów żądanych przez Zamawiającego, bowiem ma zasięg poniżej 300 m, jak również nie jest przeznaczony do jasnych pomieszczeń i do prezentacji na zewnątrz.

Mając na względzie wskazane zarzuty Odwołujący podniósł, że oferta Przystępującego nie spełnia wymogów SIWZ i jako taka winna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Jego zdaniem Zamawiający, określając swoje wymagania w SIWZ powinien się ich trzymać w przeciwnym wypadku wykonawca - w tym przypadku Przystępujący, może zaoferować mu produkty niższej jakości i uniemożliwia walkę w ramach kryterium cenowego i zaburza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Na poparcie swojego stanowiska powołał się także na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 26 kwietnia 2010 r. w sprawie KIO/UZP 614/10 i wyrok z dnia 21 czerwca 2010 r. w sprawie KIO 1013/10).

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał w całości odwołanie, wnosząc o jego uwzględnienie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł na podstawie faktury VAT przedłożonej do akt sprawy. W toku rozprawy złożył także dowody w sprawie, tj.:

- co do produktu z pozycji 38 - oświadczenie producenta długopisów żelowych firmy Pentel Poland Sp. z o.o. z dnia 8 kwietnia 2015 r., wskazujące na to, że od 2 stycznia 2015 r. z rynku polskiego zostały wycofane długopisy w określonych kolorach

- metalicznych, z czego wywodzi, iż Przystępujący nie mógł zaoferować długopisów żelowych tej firmy w przynajmniej 5 różnych metalicznych kolorach;
- co do produktu z pozycji 16 - kartę katalogową produktu oferowanego przez Przystępującego, tj. koszulki OR 090A, wskazując, iż jest to koszulka krystaliczna, a nie groszkowa oraz korespondencję mailową z producentem produktu firmą Cezab, z której wywodzi, iż producent zastrzega, iż ewentualny jego produkt o innych parametrach, tj. wykonana z folii groszkowej koszulka, posiadałaby inny symbol oraz pełną korespondencję prowadzoną z właścicielem firmy Cezab w dniu 1 kwietnia i 8 maja 2015 r.;
  - co do produktu z pozycji 249 - kartę katalogową papieru oferowanego przez Przystępującego producenta International Paper Kwidzyn Sp. z o.o., gdzie parametr białości jest określony na poziomie 166 +/- 2 oraz karty katalogowe 4 innych papierów różnych producentów (Grupa Portucel SAoporcel, Igepa, Upm, papier Maestro), wykazując, iż są papiery z różnymi parametrami białości na poziomie wyższej jakości tego parametru, które spełniają wymogi SIWZ;
  - co do produktu z pozycji 413 - kartę katalogową tego produktu, wykazując, iż nie spełnia on wymogów dotyczących długości zasięgu wskaźnika laserowego na poziomie 300 m, ponieważ zasięg ten jest możliwy wyłącznie do ok. 100 m, a tym samym potwierdza niespełnienie też wymogu dotyczącego przeznaczenia tego produktu na zewnątrz. Podkreślił też, że w ofercie Przystępującego nie wskazano producenta tego wskaźnika, gdyż - jak wynika z korespondencji mailowej z dystrybutorem tego wskaźnika, którą to korespondencję również przedłożył jako dowód w sprawie – producentem tym jest producent chiński, którego nazwy Przystępujący prawdopodobnie także nie zna, dlatego Przystępujący wskazał tylko określenie dystrybutora produktu, zaś w kolumnie 5 przekopiował opis wymagań SIWZ, a tymczasem - jak wynika z przedłożonej korespondencji mailowej i karty katalogowej oferowanego przez Przystępującego lasera - nie spełnia on wymagań SIWZ. Podkreślił także, że jeśli chodzi o zasięg lasera na poziomie 100 i 300 m, różnica cenowa kształtuje się na poziomie 4 krotności.

Zamawiający w toku posiedzenia z udziałem stron postępowania oraz jego uczestników złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania stwierdził co następuje.

Co do produktu z poz. 38 podkreślił, że oferowany przez Przystępującego produkt spełniał wymogi SIWZ. Wyjaśnił też Odwołujący w toku czynności badania i oceny ofert złożył Zamawiającemu informację w tym zakresie na wezwanie Zamawiający, z której

wynikało, że długopis Pentel K 118M nie występuje w wymaganych 5 metalicznych kolorach i że jest on obecnie dostępny w 3 kolorach, z czego tylko 2 są metaliczne, na co Odwołujący także przedłożył oświadczenie producenta Pentel Poland Sp. z o.o. z dnia 8 kwietnia 2015 r., z której wynikało, że długopis żelowy K118M (metallic) w kolorach metalicznych: czerwonym, niebieskim, zielonym, brązowym, różowym i fioletowym zostały wycofane z rynku polskiego z dniem 2 stycznia 2015 r. Na skutek tej informacji Zamawiający wystąpił do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień co do treści oferty w wyniku czego uzyskał od Przystępującego potwierdzenie spełniania wymogów SIWZ. Zamawiający podkreślił, że w niniejszym postępowaniu nie żądał przedłożenia przez wykonawców żadnych dokumentów przedmiotowych, które miałyby potwierdzać spełnianie wymogów SIWZ i w związku z tym wiążąca jest tu treść oferty. Wskazał też, że o dostępności na rynku danego produktu nie decyduje jedynie jego dostępność u producenta i nie zawsze wycofanie z rynku danego produktu oznacza jego niedostępność na rynku, a wiele produktów jest dostępnych na rynku przez wiele miesięcy od czasu ich wycofania z powodu posiadania przez wykonawców zapasów takich produktów. Wskazał na specyfikę rynku artykułów biurowych, która pozwala na taką ocenę sytuacji. Wskazał czym jest treść oferty wykonawcy i podkreślił, że stwierdzenie wbrew oświadczeniu zawartemu w ofercie wykonawcy, że przedmiot oferty nie spełnia wymagań SIWZ wymagałoby całkowitej pewności po stronie Zamawiającego, a nie domysłów, skoro Zamawiający nie wymagał w tym zakresie przedłożenia przez wykonawców dokumentów przedmiotowych. Na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO (KIO/UZP 606/09, KIO 1365/14).

Co do produktu z poz. 169 podkreślił, że oferowany przez Przystępującego produkt spełniał wymogi SIWZ. Wyjaśnił też, że zgłoszone przez Odwołującego na etapie badania i oceny ofert zastrzeżenia w tym zakresie zostały uwzględnione przez Zamawiającego, podobnie jak co do długopisów żelowych, poprzez skierowanie wezwania do Przystępującego o wyjaśnienie treści oferty. Przystępujący natomiast potwierdził spełnianie przez zaoferowaną przez niego koszulkę Cezab PR090A wymogów SIWZ (jest to koszulka groszkowa). Odnosząc się do argumentu Odwołującego i przedłożonej przez niego karty katalogowej produktu powołał się na orzecznictwo KIO (KIO 1033/13, KIO 590/11, KIO 1173/13), wskazując, że wydruki ze stron internetowych nie są wiarygodnym i jedynym źródłem informacji.

Co do produktu z poz. 249 podkreślił, że zaoferowany przez Przystępującego papier spełnia wymogi SIWZ. W związku z zastrzeżeniami Odwołującego (jak wyżej) Zamawiający również w tym względzie zwrócił się do Przystępującego i wyjaśnienie treści oferty i w odpowiedzi na powyższe uzyskał potwierdzenie, że oferowany przez Przystępującego papier charakteryzuje się średnią białością przynajmniej 166 CIE. Zwrócił też uwagę



na możliwość zaoferowania przez wykonawcę produktu, który będzie wyprodukowany (dostarczony) dla niego na indywidualne zlecenie w celu zrealizowania konkretnego zamówienia, gdyż poza ofertą katalogową występują w obrocie oferty indywidualne, specjalne i w tym zakresie Zamawiający nie ma uprawnień do badania relacji pomiędzy wykonawcą, a jego kontrahentem. Podtrzymał także w tym względzie swoje stanowisko, że karty katalogowe publikowane na stronach internetowych nie mogą stanowić przesądzającego dowodu w sprawie, tym bardziej, że nie były wymaganymi przez Zamawiającego w postępowaniu dokumentami. Zamawiający podkreślił także okoliczność, iż w opisie przedmiotu zamówienia była mowa o średniej białości papieru, co oznacza, że nie da się określić ram, w jakich musi się mieścić produkt w tym względzie. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO (KIO/UZP 289/10, KIO/UZP 1648/09, KIO 1467/11).

Co do produktu z poz. 414 wskazał, że zaoferowany przez Przystępującego wskaźnik laserowy spełnia wymagania SIWZ. Podkreślił, że - podobnie jak w przypadku poprzednich zarzutów - na skutek informacji od Odwołującego zwrócił się o wyjaśnienia w tym zakresie do Przystępującego. Przystępujący udzielając ich Zamawiającemu potwierdził parametry zaoferowanego produktu zgodnie z wymogami SIWZ, tj., iż wskaźnik jest przeznaczony do prezentacji w jasnych pomieszczeniach lub na zewnątrz oraz posiada zasięg minimum 300 m. W tym zakresie także zwrócił uwagę na to, że Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodowemu zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp i powołał się na orzecznictwo KIO (KIO 866/13, KIO 877/13).

Tym samym Zamawiający podkreślił, że nie dopuścił się też naruszenia w kontekście wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zaś co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podkreślił, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał zasadności tych zarzutów.

W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia poparł Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Wniósł też do akt sprawy pisemne stanowisko w sprawie (pismo z dnia 22 maja 2015 r.), w którym odniósł się do poszczególnych zarzutów odwołania.

Co do zarzutu odnoszącego się do długopisu żelowego (poz. 38) podkreślił, że oferowany przez niego długopis spełnia wymagania SIWZ i występuje w pięciu kolorach metalicznych (czerwony, zielony, różowy, fioletowy, niebieski).

Co do zarzutu odnoszącego się do koszulki groszkowej (poz. 169) podkreślił, że zaoferowana przez niego koszulka odpowiada wymogom SIWZ, a producent tego produktu – firma Cezab nie wydaje żadnego katalogu, a jedynie swoim produktom nadaje oznaczenia identyfikujące. Podkreślił, że oznaczenie tego produktu nie odnosi się do rodzaju struktury koszuli, tj. pod tym oznaczeniem producent wprowadza na rynek zarówno koszuli gładkie, jak i groszkowe, zaś w celu złożenia zamówienia u tego producenta, oprócz wskazania tego kodu, konieczne jest opisanie przedmiotu zamówienia, czyli wskazanie, że przedmiotem zamówienia są koszulki o strukturze groszkowej. Wskazał, że takie właśnie zamówienie zostanie przez Przystępującego złożone u producenta i takie też koszulki zgodnie z opisem zamieszczonym w ofercie zostaną dostarczone Zamawiającemu.

Co do zarzutu odnoszącego się do papieru uniwersalnego (poz. 249) podkreślił, że wymóg SIWZ, aby papier ten był średniej białości na poziomie przynajmniej 166 nie oznacza, iż każda karta papieru ma mieć min. 166 CIE, lecz by przeciętnie białość była na poziomie 166 CIE. Wskazał, że w praktyce odchylenia rzędu +/- 2 w stosunku do średniej białości na poziomie 166 są niezauważalne. W jego ocenie oferowany przez Przystępującego papier odpowiada wymogom SIWZ. Podkreślił też, że przywołany przez Odwołującego wyrok KIO 1871/11 jest nieadekwatny do warunków niniejszego postępowania, odnosi się bowiem do parametrów oferty na poziomie minimalnym. Co do kwestii odpowiedzi na pytania do SIWZ z 5 marca 2015 r. wskazał, że Zamawiający jedynie podtrzymał postanowienia SIWZ co do tego wymogu i nie wprowadzał żadnej zmiany, której domagał się zadający pytanie. Z tych też względów - w jego ocenie - argument Odwołującego o tańszych i droższych produktach nie ma znaczenia, a jedynie na marginesie wskazał, że różnica dla tej pozycji w ofertach Odwołującego i Przystępującego wynosi zaledwie 172,50 zł przy zamówieniu na 250 opakowań papieru, a papier zaoferowany przez Przystępującego jest powszechnie używany i ma dobre opinie.

Co do zarzutu dotyczącego wskaźnika laserowego (poz. 413) podkreślił, że wskaźnika zaoferowany przez Przystępującego spełnia wszystkie wymagania, w szczególności w zakresie zasięgu na poziomie min. 300 m oraz przeznaczenia do jasnych pomieszczeń oraz prezentacji na zewnątrz.

Przystępujący, odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podkreślił, że zarzut ten nie został właściwie skonstruowany, samo bowiem przytoczenie przepisów bez odniesienia ich do okoliczności faktycznych postępowania i bez wskazania, w jaki sposób przepisy zostały naruszone, nie może być postrzegane jako prawidłowe postawienie zarzutu.

W toku rozprawy poparł Zamawiającego i podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Dodatkowo przedłożył dowody w sprawie:

- korespondencję mailową z firmy Pentel z 23 kwietnia br. oraz oświadczenie pisemne z tej firmy z dnia 14 maja 2015 r. wraz z załącznikami jako dowód potwierdzający, iż Przystępujący oferuje Zamawiającemu długopis żelowy z pozycji 38 w przynajmniej 5 różnych kolorach metalicznych, wskazując, że faktycznie firma Pentel Poland wycofała ze swojej stałej oferty konkretne długopisy żelowe, w określonych kolorach, wskazanych w piśmie, jednakże z oświadczenia tego wynika też, iż firma ta w przypadku zainteresowania ze strony klientów, może sprowadzić do Polski wskazane produkty na wskazane zamówienie. Przystępujący podkreślił także, iż wskazane produkty, są także dostępne w różnych hurtowniach. W tym zakresie Przystępujący przedłożył też wydruk ze strony internetowej firmy Pentel, potwierdzającej dostępność oferowanych produktów.
- oświadczenie pisemne firmy Cezab koszulki z pozycji 169, wskazujące na to, iż produkt oferowany pod symbolem OR 090A, to zarówno koszulki produkowane z folii groszkowej, jak i gładkiej, zaś oznaczenie to odnosi się do sposobu pakowania koszulek niezależnie od folii, z której są produkowane.
- korespondencja mailowa z przedstawicielem firmy Cyfronika z 13 maja br. co do produktu wskaźnika laserowego na okoliczność potwierdzenia, że iż produkt ten spełnia wymogi SIWZ. Przystępujący przedłożył także wydruk ze strony internetowej, wskazując, iż wydruk ten nie potwierdza twierdzeń Odwołującego o zasięgu wskaźnika wyłącznie do 100 m.

Przystępujący wniósł także o przeprowadzenie dowodu z oględzin próbki oferowanego lasera Danger, przedkładając wskazany produkt i oddzielnie foliowe opakowanie wraz z kartą, oświadczając jednocześnie, iż karta dotyczy przedkładanej próbki, (na karcie znajduje się oznaczenie laser 14-R03-P) - na okoliczność wykazania spełnienia przez wskaźnik laserowy parametru 300 m oraz możliwości zastosowania urządzenia w jasnych pomieszczeniach. Przystępujący oświadczył też, iż produkt ten ma oznaczenie klasy 3b wg amerykańskiej normy, co oznacza, iż produkt ma określoną klasę bezpieczeństwa, a tym samym spełnia też wymóg określonej jasności, zasięgu i mocy.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu

posiedzenia i rozprawy oraz dowody złożone przez Odwołującego i Przystępującego w toku rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

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

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wymogi formalne związane ze skutecznym wniesieniem przystąpienia do postępowania odwoławczego, wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zostały wypełnione, a tym samym Przystępujący uzyskał status uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący, stawiając zarzuty odnoszące się oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, w sytuacji gdy jego oferta pozostawała ważną i skalsyfikowana na drugiej pozycji rankingowej, wykazał, że ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący w wystarczający sposób wykazał się możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu niniejszego zamówienia.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono uwzględnieniu z racji potwierdzenia się jednego z zarzutów.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez opublikowanie w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 31 stycznia 2015 r. treści ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu. Dla części pierwszej zamówienia („Sukcesywna dostawa artykułów biurowych do PAŻP”). Zamawiający w tym zakresie określił wymagania dotyczące oczekiwanych przez Zamawiającego parametrów oferowanych produktów w załączniku nr 1a do SIWZ w kilkuset pozycjach. Załącznik ten odpowiednio sformatowany stanowił także formularz cenowy (złącznik nr 3a) który wykonawcy mieli złożyć wraz z ofertą.

Zamawiający nie wymagał przedłożenia dokumentów przedmiotowych na potwierdzenie spełniania określonych wymagań co do oferowanych przez wykonawców produktów.

Zamawiający ustalił dla oceny ofert składanych w niniejszym postępowaniu w zakresie części pierwszej zamówienia dwa kryteria oceny ofert: cena (80%) i termin dostawy (20%).

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 26 marca 2015 r., do Zamawiającego w zakresie części pierwszej zamówienia wpłynęły trzy oferty:

- 1) oferta Przystępującego z ceną: 1 042 063,53 zł i terminem dostawy 1 dzień roboczy
- 2) oferta Odwołującego z ceną: 1 047 798,62 zł i terminem dostawy 1 dzień roboczy
- 3) oferta wykonawcy OSAA Sp. z o.o. z ceną: 1 238 805,56 zł i terminem dostawy: 2 dni robocze.

Odwołujący w toku czynności badania i oceny ofert, pismem z dnia 8 kwietnia 2015 r. poinformował Zamawiającego o nieprawidłowościach w ofercie Przystępującego. Zamawiający pismem z dnia 23 kwietnia 2015 r. zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z prośbą o wyjaśnienie określonych wątpliwości co do produktów oferowanych przez wskazanego wykonawcę w poz. 38, 169, 249 i 413. Pismem z dnia 25 kwietnia 2015 r. Przystępujący udzielił Zamawiającemu w tym zakresie określonych informacji, w których wykonawca – według Zamawiającego - potwierdził spełnianie wymogów SIWZ.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, w zakresie części pierwszej zamówienia, tj. oferty Przystępującego.

Wskazana czynność została przez Odwołującego zaskarżona w trybie odwołania aktualnie rozpoznawanego przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego poz. 38 załącznika 1a do SIWZ, tj. długopisy żelowe metaliczne kolory, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zamawiający wymagał w SIWZ w tym zakresie zaoferowania długopisów w 5 różnych metalicznych kolorach w ilości 600 szt. Przystępujący zaoferował Zamawiającemu długopisy firmy Pentel; K118M.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący w obiektywny sposób nie był w stanie zaoferować Zamawiającemu takich długopisów, które spełniałyby wskazany wymóg SIWZ. Dowód złożony przez Odwołującego na tę okoliczność – oświadczenie firmy Pentel Poland Sp. z o.o. z dnia 8 kwietnia 2015 r. faktycznie potwierdza, że z dniem 2 stycznia 2015 r. długopisy żelowe w określonych kolorach metalicznych zostały wycofane z polskiego rynku. Dowód ten jednak nie potwierdza, że wskazane długopisy nie są dostępne na polskim rynku, czy też zostały wycofane z uwagi np. na określone zagrożenie związane z ich stosowaniem, czyli, że nie można ich w ogóle używać. Dowód ten dodatkowo został obalony przez Przystępującego także oświadczeniem firmy Pentel Poland Sp. z o.o. z dnia 14 maja 2015 r., które także potwierdza wskazaną powyżej okoliczność, jednakże dodatkowo z jego treści wynika, że wskazana firma jest w stanie, w przypadku zainteresowania ze strony klientów, sprowadzić wskazane długopisy do Polski. Powyższe potwierdza zatem, że oferta Przystępującego we wskazanym zakresie była realna i spełniająca wymagania SIWZ. Zatem naruszenie przepisów ustawy Pzp, przywoływane przez Odwołującego w tym zakresie, nie potwierdziło się

Odnosząc się do drugiego zarzutu, dotyczącego poz. 169 załącznika 1a do SIWZ, tj. koszulki z folii groszkowej, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający wymagał w SIWZ w tym zakresie zaoferowania koszulki groszkowej rozszerzanej w ilości 400 opakowań, niezależnie od koszulki krystalicznej, żądanej w poz. 170 załącznika nr 1a do SIWZ. Przystępujący zaoferował koszulki groszkowe firmy Cezab PR090A w opakowaniach po 5 sztuk.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał potwierdzenia się zarzutu dotyczącego oferowanej koszulki groszkowej. Odwołujący co prawda przedstawił w tym zakresie po pierwsze kartę katalogową wskazanego produktu, w opisie którego producent firma P.P.H. Cezab J. C. wskazuje, iż koszulka o symbolu OR 090A jest pakowana po 5 sztuk i jest z folii krystalicznej. Po drugie Odwołujący przedstawił korespondencję mailową z producentem tego produktu (Cezab), z której wynika, że wskazany produkt jest wykonany z folii PCV wysoko przezroczystej, krystalicznej. Poinformował też, że pod przywołanym symbolem produktu (OR 090A) wskazany producent nie wytwarza żadnych innych koszulek wykonanych z innego surowca, np. folii groszkowej, a w przypadku produkcji koszulek o innych parametrach zawsze nadawane są odmienne symbole produktu. Przystępujący jednak przedłożył jako dowód w sprawie oświadczenie złożone na piśmie przez wskazanego producenta oferowanego przez Przystępującego produktu (Cezab), w którym oświadcza on, że pod symbolem OR 090A produkuje koszulki rozszerzane wykonane z PCV, zarówno z folii moletowanej, zwanej potocznie groszkową, jak i gładkiej,

zaś wskazany symbol mówi o sposobie pakowania koszulek w opakowaniach 5 sztuk i nie odnosi się do tego, czy koszulka jest groszkowa, czy gładka, gdyż powyższe musi wynikać z opisu w zamówieniu.

W ocenie Izby oświadczenie producenta oferowanych przez Przystępującego koszulek skutecznie podważa dowody przedłożone przez Odwołującego. Właściciel firmy Cezab, jako producent oferowanych przez Przystępującego koszulek groszkowych, oświadcza Przystępującemu, iż oferowany przez niego produkt funkcjonujący pod określonym symbolem co nie świadczy o rodzaju folii, z której koszulki są produkowane, tylko o sposobie pakowania tychże koszulek (po 5 sztuk), zaś zamówienie na konkretne koszuli będzie realizowane w zależności od potrzeb (opisu zamówienia). Tym samym producent oferowanego przez Przystępującego produktu potwierdził spełnianie przez wskazany produkt wymogów SIWZ (koszulki z folii groszkowej). Producent określonego towaru ma uprawnienie do sprzedaży swojego produktu na zasadach przez siebie określonych, tak co do materiału, z którego jest produkt przygotowany, sposobu jego pakowania, jak i sposobu oznaczenia. Jeśli określoną praktykę postępowania co do oferowanego towaru stosuje jego producent, to trudno jest negować taki sposób procedowania. W związku z powyższym oświadczenia mailowe, złożone Odwołującemu przez właściciela firmy Cezab, mają - w ocenie Izby - mniejszą moc dowodową niż pisemne oświadczenie właściciela wskazanej firmy, w szczególności jak wskazano, że jako producent towaru posiada uprawnienie swobodnego oznaczania produkowanych przez siebie towarów. Wobec obalenia przez Przystępującego skutecznym przeciwdowodem dowodów złożonych przez Odwołującego, na którym spoczywa ciężar dowodowy, należało uznać przedstawiony w odwołaniu zarzut za nieudowodniony. Zatem naruszenie przepisów ustawy Pzp, przywoływane przez Odwołującego w tym zakresie, nie potwierdziło się

Odnosząc się do trzeciego zarzutu, dotyczącego poz. 249 załącznika 1a do SIWZ, tj. papieru uniwersalnego białego, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający wymagał w SIWZ w tym zakresie zaoferowania papieru uniwersalnego do kopiarek, drukarek i wydruków kolorowych o białości średniej przynajmniej 166 wg skali białości CIE o gramaturze 89 g/m<sup>2</sup> w opakowaniu po 500 arkuszu w ilości 250 opakowań. Przystępujący zaoferował papier firmy IP Kwidzyń, Poljet A3/80 g.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał potwierdzenia się zarzutu dotyczącego oferowanego papieru. Odwołujący wywodził, że oferowany przez Przystępującego papier posiadający poziom białości 166 +/- 2 CIE nie spełnia wymogu białości na poziomie 166 CIE, wskazując także na odpowiedź Zamawiającego na zapytanie do SIWZ w tym zakresie. Odwołujący w toku rozprawy wykazywał też stosownymi dowodami, że papier o wyższym

poziomie białości, który spełniałby wskazane wymogi SIWZ, jest droższy. Izba nie podzieliła tej argumentacji Odwołującego mając na względzie przede wszystkim treść wymogu SIWZ opisanego przez Zamawiającego w tym względzie. Izba stwierdziła, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców dostarczenia papieru o białości 166 CIE, ale na średnim poziomie. Określenie: „średnia białość przynajmniej 166 wg skali białości CIE” oznacza, że Zamawiający dopuszczał w zakresie tego parametru określone wahania. W tym zapisie wymogu SIWZ - w ocenie Izby - mieści się określenie przez producenta papieru oferowanego przez Przystępującego poziomu odstępstw „na korzyść” i „na niekorzyść” Zamawiającego co do parametru białości do dwóch punktów stopnia białości. Przywoływana przez Odwołującego odpowiedź na zapytanie nr 18 do SIWZ z dnia 5 marca 2015 r., w ocenie Izby, nie zmienia przywołanego brzmienia wymogu SIWZ. Jeden z wykonawców, składając owo zapytanie do SIWZ, zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o zmianę zapisów SIWZ co do papieru na białość CIE 166 +/- 3, Zamawiający zaś, udzielając odpowiedzi na to zapytanie wskazał tylko, że nie dokonuje modyfikacji zapisów SIWZ w tym zakresie. Powyższe oznacza tylko tyle, że Zamawiający w dalszym ciągu oczekiwał od wykonawców dostarczenia papieru o średnim poziomie białości 166 CIE. Zdaniem Izby papier o białości 166 +/- 2 spełnia przywołany wymóg SIWZ. Zatem naruszenie przepisów ustawy Pzp, przywoływane przez Odwołującego w tym zakresie, nie potwierdziło się

Odnosząc się do czwartego zarzutu, dotyczącego poz. 413 załącznika 1a do SIWZ, tj. wskaźnika laserowego, Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Zamawiający wymagał w SIWZ zaoferowania wskaźnika laserowego, który wydziela światło zielone, do prezentacji w jasnych pomieszczeniach lub na zewnątrz o zasięgu min. 300 m, który jest zasilany bateriami (2 x AAA 1,5V) w ilości 30 sztuk. Przystępujący zaoferował Zamawiającemu wskaźnik laserowy firmy Cyfronika LASER 14-R03P.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał stosownymi dowodami potwierdzenie się przywołanego zarzutu i potwierdził, że wskazane urządzenie nie spełnia wymogu zasięgu minimum 300 m, zaś Przystępujący w tym przypadku skutecznie nie obalił dowodów przedłożonych przez Odwołującego. Odwołujący po pierwsze przedłożył kartę katalogową oferowanego przez Przystępującego urządzenia (LASER 14-R03P), z której jednoznacznie wynika, że wskazany laser posiada zasięg 100 m. Po drugie Odwołujący przedłożył korespondencję mailową z firmą Cyfronika, którą Przystępujący w swojej ofercie wskazał jako producenta oferowanego urządzenia. Z korespondencji tej jednoznacznie wynika, że wskazany wskaźnik mający zastosowanie w dydaktyce nie ma zastosowania na odległościach 300 m, gdyż wówczas jego wiązka jest rozbieżna. Przedstawiciel wskazanej firmy potwierdził, że owe wskaźniki mają krótki zasięg. Dodatkowo podmiot ten



wskazywał, że wskaźniki te są importowane, zaś ich producent pochodzi z Chin. W odpowiedzi na powyższe Przystępujący przedłożył jako dowód w sprawie także korespondencję mailową z tą samą firmą. Na konkretne pytania zadane przez Przystępującego ten sam przedstawiciel firmy Cyfronika udzielił konkretnych odpowiedzi. Co do wymogu zasięgu wskaźnika na poziomie minimum 300 m Przystępujący zadał Cyfronika pytanie: „*czy jego zasięg to 300 m i więcej*” i uzyskał odpowiedź: „*w ciemności TAK ale na takiej odległości to nie jest plamka tylko PLAMA o średnicy 0,5-1 m, bo wiązka jest rozbieżna*”. Zdaniem Izby odpowiedź udzielona przez dystrybutora oferowanego przez Przystępującego wskaźnika na konkretne pytanie potwierdza, że wymóg zasięgu wskaźnika 300 m nie jest spełniony. Z odpowiedzi tej jednoznacznie wynika, że zastosowanie tego urządzenia nie będzie spełniało funkcji, której urządzenie ma służyć (ma wskazywać określone treści, czy punkty w różnego rodzaju prezentacjach multimedialnych czy też ma służyć wskazywaniu innych określonych punktów). Na dużych odległościach bowiem teoretycznie urządzenie także działa, ale nie wskazuje określonych punktów, tylko wyświetla plamę światła. Ponadto dystrybutor urządzenia wskazał, że przywołany wymóg zasięgu minimum 300 m jest realizowany – przy wskazanych ograniczeniach - w ciemności. Wymogiem SIWZ natomiast było działanie wskazanego urządzenia tak do prezentacji w jasnych pomieszczeniach, jak i na zewnątrz i wskazany wymóg zasięgu 300 m powinien być odnoszony, tak do działania urządzenia na zewnątrz, jak i w jasnych pomieszczeniach. Wypowiedź dystrybutora urządzenia na temat działania urządzenia na odległość 300 m w ciemności i to z istotnymi ograniczeniami nie pozwalającymi na właściwe wykorzystanie zamawianego urządzenia, wskazuje na brak wypełnienia przez to urządzenia wymogu SIWZ (właściwej pracy urządzenia na odległość 300 m w jasnych pomieszczeniach, jak i na zewnątrz). W ocenie Izby wskazanych wymogów SIWZ co do wskaźnika laserowego nie sposób czytać inaczej jak łączne wymogi dotyczący pracy i wykorzystania tego urządzenia. Karta katalogowa urządzenia, przedłożona przez Przystępującego, z której treści można wywieść, że urządzenie emituje wiązkę światła na dużą odległość, nie potwierdza spełnienia wskazanego wymogu i tym bardziej nie obala dowodów przedłożonych w tym zakresie przez Odwołującego. Pojęcie „*na dużą odległość*” jest pojęciem względnym i w żadnym razie nie potwierdza spełnienia wymogu SIWZ przez ofertowane urządzenie – zasięgu 300 m. Izba oddaliła w tym względzie wniosek dowodowy zgłoszony przez Przystępującego o przeprowadzenie dowodu z oględzin próbki oferowanego lasera. Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, odmówiła przeprowadzenia tego dowodu, uznając, iż w sprawie istnieją wystarczające dowody pozwalające na rozstrzygnięcie zarzutu odwołania postawionego w tym zakresie, a jednocześnie uznając, że przeprowadzenie dowodu z przedłożonego jako próbka urządzenia nie będzie wiarygodnym dowodem

w sprawie. Przystępujący przedłożył bowiem Izbie próbkę określonego urządzenia opisanego jako urządzenie Danger. Oddzielnie Przystępujący przedłożył foliowe opakowanie – jak wskazał tego urządzenia, które nie zawierało żadnych oznaczeń. Oddzielnie też przedłożył kartę z oznaczeniem laser 14-R03-P, oświadczając, iż karta ta dotyczy przedkładanej próbki. Zdaniem Izby mało wiarygodne byłoby przeprowadzenie wnioskowanego przez Przystępującego dowodu z racji tego, że na podstawie oznaczeń na samym urządzeniu nie można było stwierdzić, iż mamy do czynienia z urządzeniem zaoferowanym w postępowaniu, zaś przedkładane odrębnie: karta i opakowanie, rzekomo odnoszące się do przedkładanej próbki, nie potwierdzały, że jest to to samo urządzenie. Urządzenie nie było bowiem fabrycznie zapakowane i Izba obiektywnie nie mogła stwierdzić, że przedkładana karta dotyczy właśnie urządzenia okazywanego Izbie i jest tym samym urządzeniem, które zostało zaoferowane w treści oferty Przystępującego. Ponadto Izba nie uwzględniła argumentacji Przystępującego co do klasy zaoferowanego urządzenia, iż jest to klasa 3b wg amerykańskiej normy, co – według Przystępującego - oznacza, że produkt ma określoną klasę bezpieczeństwa, a tym samym spełnia też wymóg określonej jasności, zasięgu i mocy. Z treści karty katalogowej urządzenia przedkładanej przez samego Przystępującego wynika bowiem, że urządzenie to jest klasy 3a, co wskazuje na niespójność argumentacji Przystępującego i dodatkowo tylko potwierdza, że oferowany produkt nie spełnia wymogów SIWZ.

Zdaniem Izby brak żądania w tym zakresie przez Zamawiającego dokumentów przedmiotowych, które miałyby potwierdzać spełniania określonych, żądanych przez Zamawiającego, urządzeń i produktów, nie zwalnia Zamawiającego z weryfikacji treści oferty pod kątem spełniania określonych w SIWZ wymogów funkcjonalnych urządzeń i towarów, w sytuacji skutecznego podważenia spełniania tych wymogów w konkretnej ofercie. Tym samym zatem oferowane przez Przystępującego urządzenie - w ocenie Izby - nie spełnia przywołanych wymogów SIWZ i w tym zakresie oferta wskazanego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba w oparciu o przywołany przepis zobowiązana była także rozważyć możliwość poprawienia oferty Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ocena niniejszego stanu faktycznego pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że ewentualna poprawa oferty Przystępującego co do poz. 413 załącznika nr 1a do SIWZ prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty, bowiem wykonawca w tym zakresie musiałby w toku czynności badania i oceny ofert złożyć Zamawiającemu nową ofertę, nowego produktu, spełniającego wymogi SIWZ. Taki sposób procedowania z ofertą wykonawcy jest niedopuszczalny w świetle wskazanego przepisu ustawy Pzp, a także w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakazującego prowadzenia jakichkolwiek negocjacji przez zamawiającego

z wykonawcą co do treści złożonej oferty. W tym zakresie Izba także nie stwierdziła, aby działanie Przystępującego co do zaoferowania wskaźnika laserowego z pozycji 413 załącznika nr 1a do SIWZ miało charakter omyłkowego działania, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem naruszenie przepisów ustawy Pzp, przywoływane przez Odwołującego w tym zakresie, potwierdziło się

Co do wykazywanego w treści odwołania naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, że w tym zakresie Odwołujący nie sformułował w ogóle zarzutu w treści odwołania. Wyłącznie przywołanie rzekomo naruszonego przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie statuuje formalnie zarzutu odwołania. Odwołujący powinien w tym zakresie wskazać określone okoliczności faktyczne właściwe dla konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego związane z konkretnymi czynnościami bądź zaniechaniami Zamawiającego, które prowadzą co naruszenia określonych norm ustawy Pzp. Takie wskazanie w treści odwołania nie znalazło się

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, uznając, że stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł oraz
- stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

**Przewodniczący:** .....