

Sygn. akt: KIO 1269/18

KIO 1288/18

WYROK

z dnia 12 lipca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie, w dniu 9 lipca 2018 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach 26 i 29 czerwca 2018 roku przez wykonawców:

- 1) **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „PORTAL” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (sygn. akt KIO 1269/18)**
- 2) **Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach (sygn. akt KIO 1288/18),**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Sąd Apelacyjny w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „PORTAL” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1288/18

orzeka:

1. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1269/18;
2. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 1288/18 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Biuro Klub oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego Biuro Klub;

3. Kosztami postępowania obciąża:

a) w sprawie o sygn. akt KIO 1269/18 Odwołującego **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „PORTAL” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**

b) w sprawie o sygn. akt KIO 1288/18 Zamawiającego **Sąd Apelacyjny w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku**, i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wnoszących odwołania tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza:

a) w sprawie o sygn. akt KIO 1269/18 od Odwołującego **Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego „PORTAL” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** na rzecz Zamawiającego **Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku** kwotę **3 600 gr 00** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

b) w sprawie o sygn. akt KIO 1288/18 od Zamawiającego **Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku** na rzecz wykonawcy Odwołującego **Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach** kwotę **18 600 gr 00** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

Przewodniczący:

sygn. akt KIO 1269/18

KIO 1288/17

UZASADNIENIE

W dniu 26 czerwca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017r., poz. 1579 ze zm., dalej „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „PORTAL” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, dalej jako „Odwołujący Portal”.

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na „Sukcesywne dostawy materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych apelacji gdańskiej” prowadzi Zamawiający: Sąd Apelacyjny w Gdańsku. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym UE z 22.02.2018 r. pod numerem Dz.U. S3780 -179-2018-PL. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie dotyczy odrzucenia najkorzystniejszej oferty, oferty Odwołującego Portal jak i unieważnienia postępowania. Informację o unieważnieniu postępowania i o odrzuceniu oferty Odwołujący otrzymał drogą elektroniczną w dniu 19 czerwca 2018r. Odwołanie wniesiono zatem w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Kryterium oceny ofert określono w punkcie XIV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) jako :

1. Cena oferty - 60 %.
2. Jakość -30%,
3. Obsługa serwisowa -10%

Zamawiającemu zarzucono naruszenie :

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego Portal,
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania ,pomimo że treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ;
- 3) art.7 ust. 1 3 ustawy Pzp to jest zasady uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia, przejrzystości postępowania i braku dążenia do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami ustawy Pzp

Odwołujący Portal wnosił o :

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego Portal,

- 3) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 4) powtórzenia czynności oceny ofert,
- 5) wybranie oferty Odwołującego Portal jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący Portal wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przywołanych przepisów jest pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego, utracenie korzyści z zawarcia umowy, bowiem oferta wnoszącego odwołanie winna być najwyżej oceniona i wybrana jako najkorzystniejsza. Oferta Odwołującego jest szóstą w rankingu, oferty 1,2,4 (P.H.U Samfix-Papier sp. j; Partner XXI Kleks Sp. J.; Partner XXI- PIK) zostały odrzucone zgodnie z uzasadnieniem wyroku KIO 753/18, natomiast oferty 3 i 5 (Kampania Biurowa Sp. z o.o. ; Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o.) zostały odrzucone w wyniku nowych okoliczności w czasie ponownej oceny ofert w następstwie wyroku KIO 753/18.

Krajowa Izba Odwoławcza w tym orzeczeniu nie odniosła się do zarzutów dotyczących ofert wykonawców Kompania biurowa Sp. z o.o. i PHU Portal Sp. z o.o. (Odwołujący), podniesionych jedynie w uzasadnieniu odwołania, z ostrożności procesowej, dla wzmocnienia argumentacji o braku zachowania przez Zamawiającego należytej staranności podczas badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu podniesiono, że Zamawiający zawiadomił Odwołującego Portal o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp na skutek uznania, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

W treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, że:

- poz.: 93,94,96,99,114,198 - w kolumnie nr 7 opisu tzn. symbol lub model producenta lub importera/dystrybutora, brak jest kodów umożliwiających identyfikację produktów, co wskazuje że oferta może być wariantowa, a Zamawiający nie jest w stanie określić czy Wykonawca zaproponował towar zgodny z SIWZ. Złożone w toku wyjaśnień oświadczenie producenta, że nie stosuje symboli - produkt dedykowany dla konkretnego odbiorcy, nie zmienia faktu, że Zamawiający nie ma możliwości jednoznacznej identyfikacji produktu w celu potwierdzenia jego zgodności z opisem, a uzupełnienie oferty na etapie składanych wyjaśnień o symbol katalogowy nadany przez Wykonawcę wprowadzałoby nowe treści, nie zawarte uprzednio w ofercie, nie zapewniając zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców (art.7 ust. 1 i 3 Pzp) - analogia do uzasadnienia wyroku KIO 753/18-str. 22

W załączniku nr 2 do oferty „Opis przedmiotu zamówienia - formularz cenowy”, Zamawiający na pierwszej stronie, w lewym górnym rogu, wymagał:

„1. Wykonawca w kolumnie nr 6, 7 i 8 wpisuje informacje jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację.

2. W przypadku, gdy oferowany produkt nie posiada danych wymaganych w kolumnie 6, 7 i 8 proszę wpisać – brak”.

Zamawiający w dniu 06.06.2018r. wezwał Odwołującego Portal do złożenia wyjaśnień odnośnie poz. 93,94,96,97,99,114,198. Czy zaoferowany produkt spełnia parametry podane w opisie przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi Odwołujący Portal oświadczył: *„(...) że zaoferował produkty, które spełniają parametry podane w opisie przedmiotu zamówienia”.* W wyjaśnieniu nie ma nic na temat uzupełniania symboli, nie ma żadnych nowych treści, które by rozszerzały ofertę. Natomiast wpisanie w kolumnie 7(symbol) słowa „brak” jest zgodne z treścią SIWZ.

Odnośnie twierdzenia Zamawiającego w treści uzasadnienia odrzucenia oferty, że nie ma możliwości jednoznacznej identyfikacji produktu w celu potwierdzenia jego zgodności z opisem Odwołujący Portal zwrócił uwagę na fakt, że w treści SIWZ nie ma żadnej wzmianki, że informacje podane w kolumnie nr 6, 7 i 8 służyć będą w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego.

Zamawiający podczas oceny ofert w sposób nieuprawniony rozszerzył treść pkt 1 z załącznika nr 2 do oferty nadając mu dodatkową treść: „w celu potwierdzenia jego zgodności z opisem”. Zamawiający może owszem korzystać z podanych informacji, ale nie może zarzucać, że w przypadku jej braku oferta nie spełnia wymagań i jest niezgodna z treścią SIWZ, bo przecież dopuścił możliwość wpisania słowa „brak”. Zamawiający na etapie przygotowywania postępowania dobrze wiedział, że część produktów jest produkowana pod konkretne potrzeby odbiorcy. W oparciu o treść SIWZ i w oparciu o brak występujących rozwiązań równoważnych (w opisie przedmiotu zamówienia nie ma wskazań na produkt np. marka, producent...), zdaniem Odwołującego Portal informacje w kolumnach 6, 7 i 8 są neutralne dla prowadzonego postępowania, mogą służyć jako informacje pomocnicze do identyfikacji towaru podczas realizacji dostaw.

Zdaniem Odwołującego Portal Zamawiający rozszerzył w sposób nieuprawniony treść SIWZ podczas oceny ofert, bowiem podał:

- poz. 102 „grafit HB do ołówka automat. Hi-Polimer..” - dostarczone wyjaśnienie dot. zwiększonej odporności zaoferowanego produktu KF01547 Q-CONNECT PBS nie ma odzwierciedlenia w karcie katalogowej oferowanego produktu.”

W ocenie Odwołującego Portal zaoferowany produkt KF01547 spełnia wymagania Zamawiającego. W OPZ nie ma nic na temat „odporności” (Zamawiającemu chyba chodziło o wytrzymałość) i nic na temat wytrzymałości, jak i nie ma informacji w jakim przedziale ma być wielkość takiego parametru. W piśmie wzywającym do wyjaśnienia, w którym Zamawiający twierdzi, że grafity KF01547 Q-Connect PBS odbiegają wytrzymałością od

podanych w opisie Hi-polimer, jest rozszerzającą interpretacją opisu przedmiotu zamówienia. Na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp to na Zamawiającym ciąży obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dla Odwołującego opis przedmiotu zamówienia był zrozumiały, określenie „Hi-polimer” ma oznaczać, że grafity mają być wytworzone na bazie polimeru z jego zaakcentowaniem a nie innego minerału, np. z odmian alotropowych węgla.

Odwołujący Portal złożył wyjaśnienie, w którym informuje Zamawiającego, że w poz. 102 Formularza cenowego, w opisie przedmiotu zamówienia nie ma nic na temat wytrzymałości i jej wielkościach. O jaką odporność czy też o jaką wytrzymałość chodzi Zamawiającemu? Czy to ma być wytrzymałość mierzona np. w jednostkach N/mm², Rm MPa. Czy chodzi o wytrzymałość na rozciąganie, czy na zginanie (PN-82/H-83109), czy na ściskanie (PN-57/H-04320, PN-80/H-83119) itp. W wyjaśnieniu Odwołujący poinformował Zamawiającego, że: *„Oznaczenie „ Hi – polimer” jest określeniem nie identyfikowanym, w żadnym słowniku nie ma informacji co oznacza. W istocie przez pojęcie to należy rozumieć parametr towaru, z podkreśleniem, naciskiem - z jakiego materiału ma być wytworzony czyli z polimeru. Na potwierdzenie swoich twierdzeń wykonawca dokona analizy tego określenia i tak:*

Hi - z jęz. angielskiego - oznacza wykrzyknik. np. „Hi, Tony” tłumaczenie, w jęz. polskim oznacza „ Cześć. Antek”.

Natomiast biorąc pod uwagę, że przedmiotowe określenie stosuje firma Pentel na swoich produktach (jest to firma japońska), „Hi” jest dwudziestym siódmym znakiem japońskich sylabariuszy hiragana i katakana (japońskie systemy pisma sylabicznego kana). Katakana powstała w IX wieku, w okresie Heian i jest używana do zapisywania np. podkreśleń, nacisków, gdzie w języku polskim w tym celu używamy czcionki pochylej albo wytłuszczenia. Polimer - substancja chemiczna o bardzo dużej masie cząsteczkowej, które składają się z wielokrotnie powtórzonych jednostek zwanych merami. Monomery to proste cząsteczki tego samego związku chemicznego, z których w wyniku polimeryzacji powstaje polimer. Grafity KF01547 Q-CONNECT PBS są polimerowe”.

Z powyższego wynika, że Odwołujący Portal taką treścią wyjaśnienia nie zmienił treści oferty o nowe elementy, złożył tylko wyjaśnienie dlaczego zaoferowany produkt jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia, a co za tym należy stwierdzić, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący wystąpił z wnioskiem o udostępnienie dokumentów podanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty takich jak :

1. wyjaśnienia dot. zwiększonej odporności produktu KF01547 Q- CONNECT PBS do poz. 102 (Uzasadnienie odrzucenia oferty firmy PORTAL - zdanie ostatnie);

2. Oświadczenie producenta, że nie stosuje symboli (szósta linijka uzasadnienia odrzucenia oferty firmy PORTAL do poz. 93,94,96,99,114,198). Zamawiający nie udostępnił przedmiotowych dokumentów, stwierdzając, że podstawa prawna i uzasadnienie unieważnienia postępowania zostało przedstawione w piśmie z dnia 19 czerwca 2018.

Odnośnie naruszenia art. 7 ustawy Pzp, zgodnie z orzecznictwem do stwierdzenia faktu naruszenia zasad, o których mowa w przepisie, nie jest wymagane wykazanie faktycznego naruszenia tych zasad, tj. udowodnienie i wskazanie okoliczności faktycznych wynikających z nieuprawnionego działania zamawiającego. Wystarczy samo uprawdopodobnienie, że dane działanie mogło na tę konkurencyjność wpłynąć poprzez jej ograniczenie. Takie podejście - także prezentowane przez Naczelną Sąd Administracyjny, koresponduje z zapisami ustawy Pzp, z których wynika jasno, że obowiązek zachowania zasad zamówień publicznych funkcjonuje od momentu przygotowania postępowania do jego zakończenia - tj. zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z powyższym do stwierdzenia, iż doszło do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wystarczy wykazanie, że działanie Zamawiającego mogło spowodować ograniczenie uczciwej konkurencyjności w postępowaniu.

Reasumując Odwołujący Portal podkreślił, że:

- złożył ofertę, której treść jest zgodna z treścią SIWZ,
- Zamawiający dopuścił wpisanie w kolumnach 6, 7 i 8 słowa: „brak”,
- Zamawiający nie jest uprawniony do rozszerzającej interpretacji opisu przedmiotu zamówienia,
- Zamawiający nie jest uprawniony do rozszerzającej interpretacji treści SIWZ (identyfikacja w celu potwierdzenia jego zgodności z opisem);
- Odwołujący wypełnił formularz cenowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego,
- Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z naruszeniem przepisów Pzp,
- Zamawiający unieważnił postępowanie z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący jest przekonany, że Zamawiający w sposób rażący naruszył przepisy ustawy Pzp, naruszył ustawowe zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Odwołujący Portal wnosil jak na wstępie.

sygn. akt KIO 1288/18

W dniu 29 czerwca 2018 roku w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie złożył także wykonawca **Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach**, dalej jako „Odwołujący 2” lub „Odwołujący Biuro”.

Odwołujący Biuro wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wadliwie ocenił jego ofertę pod kątem zgodności z treścią SIWZ, następnie dokonał jej bezpodstawnego odrzucenia - a wobec braku innych ofert niepodlegających odrzuceniu - unieważnił postępowanie. Gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny oferty Odwołującego Biuro oraz złożonych przez niego wyjaśnień treści oferty, nie odrzuciłby jej i nie unieważnił postępowania. W takim przypadku Odwołujący Biuro uzyskałby zamówienie, bowiem spośród wszystkich złożonych w postępowaniu ofert - tylko jego oferta była zgodna z treścią SIWZ a jej wartość nie przekraczała wartości jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący 2 informację o odrzuceniu oferty oraz unieważnieniu postępowania otrzymał w dniu 19 czerwca 2018 roku. Odwołanie wniesiono zatem z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący 2 uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący 2 zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- I. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego 2 z uwagi na jej niezgodność w zakresie pozycji nr 4, 96, 97, 99, 128, 211 i 218 Formularza cenowego z treścią SIWZ, mimo że Odwołujący we wspomnianych pozycjach zaoferował przedmiot zamówienia w pełni odpowiadający wymogom postawionym przez Zamawiającego;
- II. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp- poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, podczas gdy oferta Odwołującego 2 nie podlegała odrzuceniu, bowiem była w pełni zgodna z treścią SIWZ i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;
- III. art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców i dążenie do wyeliminowania oferty Odwołującego, mimo że brak było ku temu podstaw w okolicznościach postępowania.

Odwołujący 2 wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2 ;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego 2;
- wyboru oferty Odwołującego 2.

W uzasadnieniu odwołania podano, że dnia 28.03.2018 r. oferty w postępowaniu złożyli m.in. Odwołujący 2 oraz następujący wykonawcy:

- PHU „Samfix-Papier” G. B., D. B. Sp.j.;
- Partner XXI Kleks Sp. j. M. W. W. W.;
- Partner XXI-PIK Sp. z o.o.

Tego samego dnia Zamawiający poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 2 717 000,00 zł brutto. Wartość oferty Odwołującego 2 wynosiła 1 859 176,50 zł brutto.

Dnia 10.04.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. W kryteriach oceny ofert najwięcej punktów zyskała oferta wykonawcy PHU „Samfix- Papier” G. B., D. B. Sp.j. (98,09 pkt). Na kolejnych miejscach sklasyfikowane były oferty wykonawców Partner XXI Kleks Sp. j. M. W., W. W. (97,80 pkt), Partner XXI-PIK Sp. z o.o. (96,22 pkt) oraz Odwołującego 2 (95,68 pkt).

Dnia 20.04.2018 r. Odwołujący 2 wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący Biuro w ramach podniesionych zarzutów zakwestionował prawidłowość przeprowadzonego przez Zamawiającego procesu badania i oceny ofert wszystkich wykonawców, których oferty uzyskały większą niż oferta Odwołującego liczbę punktów w kryteriach oceny ofert.

Wyrokiem z dnia 25.05.2018 r., sygn. akt KIO 753/18 KIO uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ofert wykonawców PHU „Samfix-Papier” G. B., D. B. Sp.j., Partner XXI Kleks Sp. j. M. W., W. W. oraz Partner XXI-PIK Sp. z o.o.;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W wyroku Izba wskazała, że Zamawiający w toku postępowania dokonał poprawienia ofert wspomnianych wykonawców z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp, w szczególności z uwagi na fakt, że poprawiane w ofertach omyłki nie miały charakteru omyłek oczywistych, do ich poprawienia doszło dopiero po złożeniu przez wykonawców, w ramach wyjaśnień treści oferty, dodatkowych oświadczeń woli, nieznajdujących się pierwotnie w złożonych ofertach.

Zamawiający przystąpił ponownie do procesu badania i oceny ofert.

Dnia 13.06.2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego 2 w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty. Wezwanie dotyczyło następujących pozycji Formularza cenowego - załącznika nr 2 do oferty:

- pozycje nr 1,4,12-16,24-60,96,97,99,209,211,218 - w tym zakresie Zamawiający wskazał, że Odwołujący w Formularzu cenowym w kolumnie nr 7 pn. „symbol lub model

producenta lub importera/dystrybutora” nie podał kodów umożliwiających identyfikację produktów, przez co Zamawiający nie był w stanie określić czy Wykonawca zaproponował towar zgodny z SIWZ;

- pozycja nr 128 - w tym zakresie Zamawiający wskazał, że Odwołujący zaoferował w Formularzu cenowym zszywacz ISAXBSM-01 Boxer mini, który nie spełnia wymagań SIWZ, bowiem nie posiada na obudowie: 1. oznaczenia producenta - ICO International - oraz 2. informacji o modelu obsługiwanych zszywek.

Dnia 16.06.2018 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że wszystkie zaoferowane przez niego materiały biurowe spełniają wymogi określone w SIWZ.

Co do pozycji nr 1,4,12-16,24-60,96,97,99,209,211,218 - przedłożył karty katalogowe na potwierdzenie 100% zgodności z SIWZ. Dodatkowo - co do pozycji nr 96,97 i 99 Odwołujący 2 złożył korespondencję z producentem, z której wynikało, że producent ten nie stosuje symboli dla zaoferowanych przez Odwołującego produktów.

Co do pozycji nr 128 wskazał, że zaoferowany zszywacz jest zgodny z SIWZ oraz że zszywacz dedykowany do przedmiotowego postępowania jest standardowym zszywaczem, który posiada trwale naniesiony na obudowie dodatkowy opis informacyjny obejmujący - zgodnie z SIWZ - oznaczenia: producenta, modelu i obsługiwanych zszywek. Odwołujący dodał, że opis informacyjny wykonany jest za zgodą z dnia 16.11.2017 r. wyłącznego dystrybutora zszywaczy ICO International, tj. firmy PBS Connect Polska Sp. z o.o., która to zgoda wydana była na długo przed terminem składania ofert w postępowaniu i otrzymana została na zapytanie Odwołującego w związku z toczącymi się tożsamymi postępowaniami przetargowymi. Odwołujący załączył pismo firmy PBS Connect Polska Sp. z o.o. oraz zdjęcia zszywacza z oznaczeniami zgodnymi z wymogami SIWZ.

Dnia 19.06.2018 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał w odniesieniu do poszczególnych pozycji Formularza cenowego:

- pozycje nr 4, 96, 97, 99, 211 i 218 - Zamawiający wskazał, że w kolumnie nr 7 Formularza ofertowego brak było kodów umożliwiających identyfikację produktów, co w ocenie Zamawiającego mogło oznaczać, że oferta miała charakter oferty wariantowej. Dalej Zamawiający wskazał, że bez znaczenia było oświadczenie producenta materiałów biurowych z pozycji nr 96, 97 i 99, że nie stosuje on symboli dla oznaczenia tychże produktów. Zamawiający wskazał, że uniemożliwiło mu to weryfikację zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający wskazał, że podanie numeru katalogowego w ramach wyjaśnień, którego uprzednio nie było w Formularzu cenowym - stanowiłoby zmianę oferty. Powołał fragment orzeczenia w sprawie KIO 753/18, co do niedopuszczalności zmiany oferty na etapie składania wyjaśnień przez wykonawcę.

- pozycja nr 128 - Zamawiający wskazał, że zsywacz nie spełniał wymagań SIWZ - nie posiadała wymaganych oznaczeń. Zamawiający wskazał, że bez znaczenia pozostawało, że dystrybutor wyraził zgodę na naniesienie takich oznaczeń. W ocenie Zamawiającego powołanie przez Odwołującego takiej okoliczności w ofercie stanowiło zmianę oferty, bowiem w Formularzu cenowym nie zamieścił on wzmianki o zgodzie dystrybutora.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność w zakresie pozycji nr 4, 96, 97, 99, 128, 211 i 218 Formularza cenowego z treścią SIWZ oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców i dążenie do wyeliminowania oferty Odwołującego, mimo że brak było ku temu podstaw w okolicznościach postępowania:

1. Pozycje nr 4, 96,97,99, 211, 218 Formularza ofertowego:

Zamawiający jako podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego 2 wskazał, że w Formularzu cenowym - w zakresie przedmiotowych pozycji - nie podał on w kolumnie nr 7 pn. „symbol lub model producenta lub importera/dystrybutora” symbolu stosowanego przez producenta dla oznaczenia oferowanego produktu.

Rzeczywiście Odwołujący 2 w zakresie przedmiotowych pozycji nie podał symboli producenta. **Podał natomiast oznaczenia modeli stosowane przez producentów.** W ocenie Odwołującego 2 taki sposób wypełnienia Formularza ofertowego nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Treść Formularza cenowego w zakresie kolumny nr 7 była sformułowana przez Zamawiającego w taki sposób, że wykonawcy mogli podać:

- tylko symbol producenta lub importera/dystrybutora lub
- tylko model producenta lub importera/dystrybutora lub
- zarówno symbol i model producenta lub dystrybutora

Na dopuszczalność podania przez wykonawców samego „modelu producenta lub importera/dystrybutora” wskazuje wprost posłużenie się przez Zamawiającego w tytule kolumny nr 7 Formularza ofertowego zwrotem „lub”.

Założyć należy, że tytuł kolumny nr 7 Formularza cenowego nie był dziełem przypadku, lecz wynikał ze świadomości Zamawiającego, że nie każdy produkt oferowany na rynku materiałów biurowych oznaczany jest „symbolem” przez producenta. Z nazwy kolumny nr 7 wynika, że Zamawiający musiał zdawać sobie sprawę z okoliczności, że niektórzy producenci materiałów biurowych posługują się wyłącznie „modelami”, np. w przypadku produktów przygotowywanych pod konkretne zamówienia, czy z uwagi na model i skalę prowadzonej działalności. Ponadto - Zamawiający nie wymagał, aby w ramach podania modelu produktu określać jakiegokolwiek kody identyfikujące produkt.

Gdyby Zamawiający dopuścił składanie ofert obejmujących wyłącznie produkty oznaczone symbolami, to dokonałby ograniczenia konkurencji na rynku. Spowodowałby to, że chociażby Odwołujący nie mógłby złożyć oferty w postępowaniu. Do przypadków, gdy produkt oznaczony jest przez producenta modelem należą materiały biurowe zaoferowane przez Odwołującego 2 w spornych pozycjach Formularza cenowego. Nie mają one symboli producenta, lecz określane są przez producentów właśnie modelami.

W przypadku materiałów biurowych zaoferowanych przez Odwołującego 2 w pozycjach nr 4, 211 i 218, ich producentem jest sam Odwołujący 2. Dla oznaczenia swoich produktów nie stosuje on symboli, lecz właśnie modele, które są oferowane pod konkretne zamówienie i nie znajdują się w obecnym katalogu Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. Co istotne - znalazło to potwierdzenie w treści kart katalogowych złożonych w ramach wyjaśnień z dnia 13.06.2018 r., jako że zawierały one dokładnie te same oznaczenia modeli, które Odwołujący podał pierwotnie w treści Formularza ofertowego.

Podobnie sytuacja ma się w przypadku pozycji nr 96, 97 i 99 Formularza ofertowego. Odwołujący 2 zaoferował w nich materiały biurowe producenta FPI Udziałowiec Sp. z o.o. Również ten producent nie stosuje symboli, lecz oznaczenia modelu oferowanego pod konkretne zamówienie. Znalazło to potwierdzenie w treści korespondencji między Odwołującym a producentem załączonej do wyjaśnień z dnia 13.06.2018 r.

Z uwagi na powyższe jest dla Odwołującego niezrozumiałe, dlaczego Zamawiający uznał, że jego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie pozycji 4, 96, 97, 99, 211, 218. Odwołujący podał w kolumnie nr 7 Formularza cenowego oznaczenie modelu producenta - co wprost zostało dopuszczone przez Zamawiającego.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że złożenie przez Odwołującego 2 wyjaśnień stanowiło zmianę treści oferty co pozycji nr 4, 96, 97, 99, 211, 218 Formularza cenowego. Nie znajduje to w ogóle potwierdzenia w treści złożonych wyjaśnień. Zaznaczyć należy, że w ramach wyjaśnień Odwołujący 2 nie przedstawił jakiegokolwiek nowego oświadczenia w stosunku do treści oferty ani nie zmienił dotychczasowego oświadczenia. Odwołujący przedstawił jedynie karty katalogowe, z których wynikały dokładnie te same informacje, w szczególności nazwy modeli producenta, które Odwołujący podał pierwotnie w Formularzu cenowym w kolumnie nr 7. Karty katalogowe złożone zostały jedynie po to by wykazać Zamawiającemu, że producenci oferowanych materiałów biurowych nie posługują się symbolami, lecz modelami.

Szczegółowo w odniesieniu do poszczególnych pozycji nr 4, 96, 97, 99, 211, 218 należy wskazać co następuje:

- pozycja nr 4:

Został zaoferowany papier pakowy produkcji Odwołującego 2. W wyjaśnieniach złożona została karta charakterystyki produktu, potwierdzająca wszystkie wymagane parametry papieru.

Na karcie wskazany został model produktu oferowanego: „*Model: 1050x1260mm op.1kg Papier pakowy brązowy prążkowany 1050x1260mm, gramatura 80g/m2, op.1kg*”. Jest to wyczerpująca informacja, identyfikująca jednoznacznie jedyny model papieru w ofercie Odwołującego. Podanie tej informacji umożliwiło Zamawiającemu zweryfikowanie we własnym zakresie zgodności oferowanego materiału biurowego z SIWZ.

- pozycje nr 96, 97, 99:

W wyjaśnieniach złożona została karta charakterystyki produktu, potwierdzająca wszystkie wymagane parametry oferowanych kalendarzy. Dodatkowo jako dowód została załączona korespondencja email z dnia 9.03.2018 r. z producentem FPI Udziałowiec Sp. z o.o., prowadzona na etapie przygotowywania oferty, w której sam producent wskazał modele kalendarzy odpowiadających opisowi przedmiotu zamówienia, a nie symbol.

Kalendarze są wykonywane na zamówienie specjalne, to niestandardowe produkty, dlatego też nie posiadają symboli (co m. in. odnośnie pozycji nr 96 zaznaczył producent „*Jest to kalendarz niestandardowy, nie ma symbolu*”). Informacja „*produkt na zamówienie specjalne, brak kodu*” została wpisana przez Odwołującego w Formularzu cenowym, w kolumnie nr 7.

- pozycja nr 211:

Została zaoferowana fastykuła produkcji Odwołującego 2.

W wyjaśnieniach złożona została karta charakterystyki produktu, potwierdzająca wszystkie wymagane parametry. Na karcie wskazany został model produktu oferowanego: „*Fastykuła A4, dwie tekturowe okładki do archiwizowania dokumentów, z otworami na tasiemki bawełniane, format 31,5 x 23 cm; tektura bezkwasowa o pH 8-9; grubość tektury: 1300 g/m2; tasiemka bawełniana dołączona do okładek. Długość tasiemki 1,2 m, szerokość tasiemki 10mr*”. Jest to wyczerpująca informacja, wskazująca wyłącznie na jeden jedyny model fastykuły w ofercie Odwołującego 2. Podanie tej informacji umożliwiło Zamawiającemu zweryfikowanie we własnym zakresie zgodności oferowanego materiału biurowego z SIWZ.

- pozycja nr 218:

Został zaoferowany papier kserograficzny produkcji Odwołującego 2, marka JUST (własna marka Odwołującego 2). W wyjaśnieniach złożona została karta charakterystyki produktu, potwierdzająca wszystkie wymagane parametry papieru. Na karcie wskazany został model produktu oferowanego: „*Papier kserograficzny A5 biały 80g/m2(+/-3), białość CIE 146(-h/-3), op. 500 ark JUST*”. Jest to wyczerpująca informacja, wskazująca wyłącznie na model papieru w ofercie Odwołującego. Podanie tej informacji umożliwiło Zamawiającemu zweryfikowanie we własnym zakresie zgodności oferowanego materiału biurowego z SIWZ.

Ponadto w odniesieniu do pozycji nr 4, 96, 97, 99, 211, 218 Formularza ofertowego należy ponadto zwrócić uwagę na brak konsekwencji w działaniach Zamawiającego. Wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczyło nie tylko przedmiotowych pozycji, lecz również pozycji nr 12-16, 24-60, 209 Formularza ofertowego. W pozycjach tych - w kolumnie nr 7 Formularza cenowego - Odwołujący 2 również nie podał symbolu producenta, lecz oznaczenie modelu.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień Odwołujący 2 złożył karty charakterystyki produktu producenta AG KOPERTY, w treści których podano - tak samo jak w Formularzu ofertowym - modele oferowanych kopert a nie symbole. Zatem sytuacja w przypadku pozycji nr 12-16, 24-60, 209 Formularza ofertowego była dokładnie taka sama jak w przypadku pozycji nr 4, 96, 97, 99, 211, 218. Co ciekawe, Zamawiający nie dostrzegł w zakresie pozycji nr 12-16, 24-60, 209 Formularza cenowego sprzeczności oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Dalej w odniesieniu do pozycji nr 4, 96, 97, 99, 211, 218 Formularza ofertowego należy wskazać, że całkowicie nie rozumiały się twierdzenia Zamawiającego, że podanie przez Odwołującego modelu producenta - dopuszczone jednoznacznie w treści SIWZ - w sytuacji braku stosowania przez producenta oznaczeń w formie symbolu producenta - świadczyć mogło o złożeniu przez niego oferty wariantowej.

Twierdzenia Zamawiającego pozostają w sprzeczności z treścią kolumny nr 7 Formularza cenowego, gdzie Zamawiający wprost dopuścił możliwość podania wyłącznie modelu producenta lub dystrybutora/importera (na co wskazuje posłużenie się przez Zamawiającego zwrotem „lub”). W przypadku każdej z zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji - produkt jest zidentyfikowany poprzez określenie modelu w sposób jednoznaczny i szczegółowy - w Formularzu cenowym nie ma więcej niż jednego produktu opisanego w taki sam sposób modelem.

W przypadku zakwestionowanych pozycji - model jest tak szczegółowo opisany, że nie ma możliwości uznania, że nie został on dostatecznie zidentyfikowany. Przykładowo - w oznaczeniu modelu pozycji papier pakowy wskazano kolor, rodzaj, format, gramaturę, sposób pakowania. Gdyby produkt był opisany tylko jako papier pakowy brązowy można byłoby dywagować, że istnieją produkty o różnej gramaturze, różnym formacie itd.

Po drugie wskazać należy, że złożenie oferty wariantowej polega na zaoferowaniu odmiennego od określonego w SIWZ sposobu realizacji zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym taka sytuacja nie zachodzi - Odwołujący 2 zaoferował asortyment w zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycjach w pełni zgodny z wymaganiami SIWZ. Odwołujący 2 nie przedstawił żadnych alternatywnych propozycji wykonania zamówienia. Zamawiający zakwestionował jedynie sposób oznaczenia asortymentu we wskazanych pozycjach - symbol/model - a nie zgodność przedmiotowego asortymentu

z wymaganiami SIWZ. Nie może być więc mowy o złożeniu przez Odwołującego oferty wariantowej.

Dodatkowo - podstawą do odrzucenia oferty mogą być jedynie stanowcze twierdzenia Zamawiającego dotyczące niezgodności oferty z treścią SIWZ - tymczasem twierdzenia Zamawiającego sformułowane w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego 2 dotyczące możliwości złożenia oferty wariantowej mają charakter hipotetyczny.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego 2 w zakresie pozycji 4, 96, 97, 99, 211, 218 jest również wadliwe z tego z tego powodu, że oferta Odwołującego 2 - w której podano oznaczenie modeli dla wskazanych pozycji - została odrzucona z powodu niepodania „kodów umożliwiających identyfikację produktów”, podczas gdy Zamawiający nie określił wymagania, aby w ramach podania modelu produktu określać jakiegokolwiek kody identyfikujące produkt. Należy wskazać, że w SIWZ nie określono wymagań w zakresie kodów. Warto zaznaczyć, że w przypadku oferowanych art. równoważnych również nie są wymagane kody, a wyłącznie opisy - parametry techniczne i jakościowe (str. 8 SIWZ pkt.4.2.3).

2. Pozycja nr 128 Formularza cenowego:

Co do pozycji dotyczącej zszywacza należy wskazać, że Zamawiający określił następujące wymogi: *„Zszywacz zszywający do 10 kartek włącznie, na zszywki 10, wbudowany metalowy rozszywacz, głębokość zszywania 47~50mm, na obudowie oznaczenie producenta, modelu i obsługiwanych zszywek”*.

Odwołujący 2 zaoferował zszywacz - ISAXBSM-01 Boxer Mini dystrybutora PBS Connect Polska Sp. z o.o. - w 100% zgodny z wymogami określonymi przez Zamawiającego, w tym w zakresie oznaczenia producenta, modelu i obsługiwanych zszywek. Zaoferowany zszywacz, którego producentem jest firma ICO International, a dystrybutorem firma PBS Connect Polska Sp. z o.o. jest standardowym zszywaczem, posiadającym trwale naniesiony dodatkowy opis informacyjny - zgodny z wymogami SIWZ.

W ramach wyjaśnień z dnia 13.06.2018 r. Odwołujący złożył kartę charakterystyki produktu oraz pismo dystrybutora potwierdzające wszystkie wymagane parametry zszywacza. W szczególności złożone zostało zdjęcie zszywacza, będącego w posiadaniu Odwołującego, z którego wynikało potwierdzenie zgodności zszywacza z wymogami SIWZ w zakresie oznaczeń.

W odniesieniu do wyjaśnień Odwołującego 2 Zamawiający wskazał w uzasadnieniu do odrzucenia oferty, że stanowiły one niedopuszczalną zmianę treści oferty.

Zamawiający wskazał w tej mierze, że w wyjaśnieniach Odwołujący 2 podał okoliczność, że dystrybutor produktu wyraził zgodę na naniesienie nań oznaczeń

wymaganych SIWZ. Jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, że nie wynikało to treści Formularza cenowego złożonego przez Odwołującego.

Odnosząc się do powyższego należy w pierwszej kolejności wskazać, że Odwołujący dysponował zarówno odpowiednim zszywaczem jak i zgodą dystrybutora na nanoszenie oznaczeń na oferowany zszywacz już na długo przed terminem składania ofert w postępowaniu. Pozyskanie zgody dystrybutora związane było z koniecznością oferowania przez Odwołującego 2 zszywacza w innych tożsamych postępowaniach prowadzonych w 2018 r. (Sądy apelacji białostockiej, nr sprawy G-241-1/18, Sądy apelacji rzeszowskiej, nr sprawy F-271-4/2018, Sądy apelacji poznańskiej, nr sprawy ZP-373-13/17) - postępowania zakończone wyborem oferty Odwołującego 2. W rezultacie Odwołujący 2 zaoferował zszywacz zgodny ze wszystkimi wymaganiami SIWZ, w tym dotyczącym posiadania na obudowie oznaczenia producenta, modelu i obsługiwanych zszywek.

Natomiast - w Formularzu cenowym Zamawiający nie ustanowił wymagania dotyczącego podania wzmianki o zgodzie dystrybutora na naniesienie na oferowany zszywacz wymaganych w SIWZ oznaczeń. To Zamawiający ukształtował w określony sposób treść SIWZ, w tym Formularza cenowego, w którym w kolumnie nr 7 należało podać jedynie symbol lub model producenta lub importera/dystrybutora. Ponadto Zamawiający nie zawarł w Formularzu cenowym pola na uwagi wykonawców. Po terminie składania ofert Zamawiający nie może egzekwować od wykonawców obowiązków niewyartykułowanych w treści SIWZ.

Nieuprawnione są zatem twierdzenia Zamawiającego, że złożenie przez Odwołującego 2 w ramach wyjaśnień informacji, że dysponuje zgodą dystrybutora na naniesienie wymaganych w SIWZ oznaczeń stanowiło zmianę treści oferty w stosunku do Formularza cenowego. Wyjaśnienia Odwołującego 2 nie zawierały w tej mierze nowego oświadczenia ani nie modyfikowały dotychczasowego oświadczenia woli Odwołującego. Wskazać należy, że Odwołujący 2 nie miał innej możliwości przekazania Zamawiającemu informacji o zgodzie dystrybutora niż właśnie w ramach wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, podczas gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, bowiem była w pełni zgodna z treścią SIWZ i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza

Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu. Czynność ta była konsekwencją wadliwie przeprowadzonego procesu badania i oceny oferty Odwołującego 2, który doprowadził do jej odrzucenia z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jako, że czynność

unieważnienia postępowania była następstwem nieprawidłowo przeprowadzonego procesu badania i oceny oferty - także ona obarczona jest wadliwością.

Z uwagi na powyższe Odwołujący Biuro wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych i materiale dowodowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawcy wnoszący odwołania posiadają 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. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert Odwołujących, oznacza że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia każdego z Odwołujących możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołań, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1288/18 zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „PORTAL” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**. Izba potwierdziła skuteczność i prawidłowość przystąpienia.

Zamawiający w obu postępowaniach odwoławczych złożył odpowiedź na odwołanie i obu przypadkach wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Izba ustaliła, że:

Obaj Odwołujący w odwołaniach prawidłowo przytoczyli zapisy SIWZ w zakresie wymagań Zamawiającego, co do opisu asortymentowego. Prawidłowo podano informacje wynikające z ofert Wykonawców oraz oświadczenia złożone w ramach wyjaśnień, do których obaj wykonawcy dołączyli dodatkowe dokumenty, także opisane w odwołaniach.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba orzekła jak w sentencji.

Na wstępie Izba podkreśla, iż podziela rozważania natury prawnej poczynione w wyroku z dnia 2 maja 2018 roku, sygn. akt KIO 753/18, dotyczące zastosowania regulacji przepisów 87, 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Orzeczenie to zapadło w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

sygn. akt KIO 1269/18

W przypadku Odwołującego Portal o oddaleniu odwołania zadecydowała okoliczność ustalona i rozstrzygnięta przez Izbę w poprzednio przeprowadzonym postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 753/18, gdzie Izba w wydanym wyroku w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uznała, że zaoferowanie w pozycji 102 formularza ofertowego grafitu nie spełniającego przesłanki podwyższonej wytrzymałości powoduje, że treść oferty takiego Wykonawcy w kwestionowanych pozycjach, jest niezgodna z treścią SIWZ.

Powyższe orzeczenie nie zostało zakwestionowane przez żadną ze stron postępowania odwoławczego, nie została wobec takiego rozstrzygnięcia Izby wniesiona skarga w ramach kontroli instancyjnej orzeczenia, co oznacza, że ustalenia poczynione przez Izbę są dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także dla kolejnych składów Izby w przyszłych postępowaniach odwoławczych, wiążące. Jeżeli więc w orzeczeniu o sygn. akt KIO 753/18 skład orzekający Izby uznał, że „*treść w kwestionowanych w odwołaniu pozycjach, jest niezgodna z treścią SIWZ*”, zaś Odwołujący Portal zaoferował produkt, który danego parametru nie opisywał, a w złożonych wyjaśnieniach oraz na rozprawie nie potwierdzono, że produkt ten parametr spełnia, Izba w tym postępowaniu odwoławczym związana jest powagą rzeczy osądzonej i nie zajmuje innego stanowiska. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu pozostają dywagacje Odwołującego, że Zamawiający w Specyfikacji nie wskazał szczegółowych danych dla tak określonego parametru i w jaki sposób rozumie podwyższoną wytrzymałość. Odwołujący na etapie powstania zapisów SIWZ i ogłoszenia przetargu, ich nie kwestionował i nie zadał pytań odnośnie tego zagadnienia, a więc wymogi SIWZ stały się wiążące dla zainteresowanych przetargiem Wykonawców. Jeżeli zaś z oferty Odwołującego Portal nie wynikało, że zaoferował on grafit o podwyższonej wytrzymałości, kwestii tej Wykonawca nie wyjaśnił na wezwanie Zamawiającego, a z kart katalogowych oferowanego produktu wynika, że produkt nie charakteryzuje się podwyższoną wytrzymałością, a wykonany jest z polimeru, co Izba w orzeczeniu KIO 753/18 uznała za niespełniające wymagań, to oferta

Odwołującego Portal jest niezgodna z zapisami SIWZ i jako taka została prawidłowo przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucona.

W zakresie pozostałych pozycji formularza ofertowego kwestionowanych w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Portal, to zauważyć należy, iż instrukcja wypełnienia formularza nakazywała podanie informacji pozwalających na jednoznaczną identyfikację oferowanego produktu. Zamawiający wymagał podania modelu, symbolu, nazwy producenta/dystrybutora. W przypadku, gdy produkt nie posiadał wspomnianych oznaczeń należało wpisać „brak”. Odwołujący wypełnił formularz ofertowy w ten sposób, że w kolumnach „symbol lub model” wpisał „brak”. W kolumnach „nazwa handlowa” oraz „nazwa producenta” wpisał tożsame informacje, gdzie na rozprawie wskazywał, że nazwa producenta równa się nazwie handlowej. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień Odwołujący Portal ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że jego produkty spełniają wymagania SIWZ.

Izba w tym przypadku zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że Wykonawca Portal powinien w taki sposób wypełnić ofertę, aby Zamawiający nie miał problemów z identyfikacją oferowanych produktów. Ograniczenie się do wpisania słowa „brak” w kolumnie dotyczącej model, w przypadku gdzie dla danego asortymentu występuje kilka rodzajów produktów nie jest wystarczające do uznania tego opisu za prawidłowy. Dla Izby zupełnie niezrozumiałe są twierdzenia Odwołującego Portal z rozprawy, że formularz ofertowy dopiero na etapie realizacji umowy miał służyć Zamawiającemu do identyfikacji asortymentu. Nic bardziej mylnego. Po to każdy z wykonawców miał w określony sposób ten formularz wypełnić, by to na etapie oceny ofert Zamawiający mógł określić, że dany wykonawca proponuje produkty zgodne z wymogami opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest do wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert, ale także, a może przede wszystkim, oferty w pełni odpowiadającej potrzebom Zamawiającego odzwierciedlonym w opisie przedmiotu zamówienia. Jeżeli z oświadczenia woli Wykonawcy złożonego w formularzu ofertowym wynika, że nie proponuje on realizacji zamówienia w sposób zgodny z potrzebami Zamawiającego, to treść takiej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Na etapie realizacji umowy formularz ofertowy służy natomiast potwierdzeniu prawidłowości wykonywania zobowiązania umownego zgodnie ze złożoną ofertą. Jednak do zawarcia zobowiązania umownego może dojść jedynie w przypadku całkowitej zgodności proponowanego rozwiązania z potrzebami Zamawiającego. Słusznie zatem Zamawiający zauważył, że Wykonawca Portal mógł opisać oferowane produkty przez podanie ich parametrów, jeżeli producent nie stosuje oznaczenia przez model lub symbol. Takiego opisu w ofercie Odwołującego Portal zabrakło. Z oferty nie

wynikała również informacja, że producent nie stosuje oznaczenia przez określenie modelu lub symbolu dla danego produktu. Odwołujący Portal ograniczył się jedynie do wpisania nazwy handlowej producenta, domysłem Zamawiającego pozostawiając jaki konkretnie produkt z danego rodzaju oferuje.

Reasumując, Izba uznała, że w takiej sytuacji decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego Portal, była właściwa.

sygn. akt KIO 1288/18

Co do oceny oferty Odwołującego Biuro, Izba nie podzieliła wątpliwości Zamawiającego odnośnie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i uznała, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający wymagał podania w ofercie jednoznacznych informacji pozwalających na identyfikację oferowanego produktu. W przypadku, gdy produkty nie posiadają oznaczeń modelu lub symbolu, można było wpisać słowo „brak”, co jednak nie zwalniało wykonawcy z takiego opisu produktu, który go identyfikował (co zauważył sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1269/18). Odwołujący Biuro przy asortymencie nie posiadającym oznaczenia symbolem lub modelem podał cechy rodzajowe danego produktu, a więc przykładowo gramaturę, kolor, wagę, itp., a także wskazał producenta lub dystrybutora. W ocenie Izby były to elementy w sposób wystarczający pozwalające Zamawiającemu na weryfikację zgodności proponowanego towaru z opisem przedmiotu zamówienia. Na podstawie postanowień SIWZ Wykonawca nie był zobowiązany do składania wraz z ofertą dokumentów o charakterze przedmiotowym, które potwierdzać miałyby posiadane przez produkt cechy. Nawet jeżeli dokumenty przedmiotowe w postaci choćby kart charakterystyk pojawiły się dopiero przy złożonych przez Odwołującego Biuro wyjaśnieniach, to w żaden sposób nie zmieniały one treści oferty. Dokumenty te potwierdzały dane wynikające ze złożonego z ofertą formularza cenowego. Nieuprawnione są więc twierdzenia Zamawiającego, że wraz ze złożeniem przez Odwołującego Biuro wyjaśnień doszło do zmiany treści oferty. Wyjaśnienia i załączone dokumenty nie uszczegółowiły treści oferty, nie podawały nowych danych (co Izba w orzeczeniu KIO 753/18 uznała za niedozwolone). Elementy te potwierdzały jedynie oświadczenie Wykonawcy znajdujące się w ofercie. Okoliczność, że informacje ze strony internetowej www Odwołującego Biuro nie potwierdzają w każdym przypadku produkowania takiego asortymentu jak opisany w ofercie jest bez znaczenia. Jak słusznie zauważył na rozprawie Odwołujący Biuro, informacje ze strony internetowej nie stanowią wyczerpującego źródła na temat oferowanych przez danego wykonawcę towarów. Na stronach znajdują się materiały o charakterze handlowym, odnoszące się do profilu

prowadzonej działalności gospodarczej, nie jest to natomiast źródło wiedzy o całokształcie działań gospodarczych wykonawcy.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego wskazanie, że oferowany jest produkt bez oznaczenia kodowego, na specjalne zamówienie, nie oznaczało także, że mamy do czynienia z ofertą równoważną. Zamawiający nie opisał bowiem przedmiotu zamówienia przez posłużenie się znakami towarowymi ale przez wskazanie określonych cech towaru. O ile oferta Odwołującego Biuro w kwestionowanych produktach opisywała w tożsamy sposób oferowany produkt, nie może być mowy o produkcie równoważnym, ale o opisie przez wskazanie charakterystycznych cech.

W ocenie Izby oferta Odwołującego Biuro w wystarczający sposób opisywała i przede wszystkim identyfikowała proponowany zasób materiałów biurowych.

W przypadku pozycji 128 (zszywacz) Izba także nie podzieliła stanowiska Zamawiającego. Przede wszystkim zauważyć należy, że już sama oferta wskazywała, że na zszywaczu znajduje się dodatkowe oznaczenie o rodzaju obsługiwanych zszywek. Wykonawca podał, że „na obudowie producenta podany model i rodzaj obsługiwanych zszywek.”. Złożone wraz z wyjaśnieniami oświadczenie dystrybutora tę informację jedynie potwierdzało. Izba nie znalazła w zapisach SIWZ podstaw, by to oświadczenie należało złożyć już z ofertą. Wykonawca Biuro w ofercie zaznaczył, że zgodnie z wymogami opisu przedmiotu zamówienia oferowany zszywacz posiada oznaczenie jaki rodzaj zszywek może być z nim używany. Zamawiający miał wątpliwości, ponieważ karta charakterystyki produktu znaleziona w Internecie nie potwierdzała posiadania takiego oznaczenia. Przez złożenie wyjaśnienia wraz z dodatkowym oświadczeniem, w ocenie składu orzekającego Izby, Odwołujący Biuro jedynie potwierdził informacje ujęte w ofercie. Wyjaśnienia nie odnoszą się do nowych kwestii, nie ujętych, nie wynikających z oferty. Poza sporem pozostają wszelkie dywagacje, czy dystrybutor upoważniony jest do nanoszenia oznaczeń o charakterze dodatkowym na produkcie, bowiem Zamawiający oceniając zgodność towaru z wymogiem OPZ nie miał co do tego wątpliwości. Co więcej, naniesienie tych oznaczeń potwierdzała załączona dokumentacja fotograficzna.

Podsumowując, oferta Odwołującego Biuro we wszystkich zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycjach formularza cenowego w pełni odpowiadała opisowi przedmiotu zamówienia, co oznacza, że decyzja o odrzuceniu tej oferty miała charakter nieprawidłowy. Z tego też powodu Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Biuro i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 oraz § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t. j. Dz. U. z 2018r., poz. 972), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając uzasadnione koszty postępowania Stronie Zamawiającej (KIO 1269/18) i Stronie Odwołującej (KIO 1288/18).

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

Przewodniczący: