

**WYROK**  
**z dnia 4 stycznia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2020 r. przez wykonawcę:

**NETPRINT S.C. J. W., B. S. z siedzibą w Oświęcimiu;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **12 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Toruniu;**

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego w części pierwszej i drugiej zamówienia oraz dokonanie powtórnej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9 345 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta czterdzieści pięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Toruniu.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

**12 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Toruniu** - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę tuszy, tonerów do faksów, drukarek atramentowych i laserowych oraz tonerów do urządzeń wielofunkcyjnych”, numer referencyjny: P/34/IW/20 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia nie przekracza równowartości kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 września 2020 r. pod numerem 591051-N-2020.

W dniu 11 grudnia 2020 r. przez wykonawcę: **NETPRINT S.C. J. W., B. S. z siedzibą w Oświęcimiu** (dalej „odwołujący” lub „NETPRINT”) zostało wniesione odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty Firmy Handlowej KOMAX 9 Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie w części pierwszej i MAK Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu w części drugiej postępowania, co było konsekwencją odrzucenia oferty odwołującego się.

Odwołujący, zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 §1 i art. 65<sup>1</sup> ustawy Kodeks cywilny (dalej „KC”) w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 83 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 7 ustawy Pzp polegające na: naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności i równego traktowania wykonawców oraz naruszenie zasad wykładni oświadczeń woli oraz wiedzy, składanych przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez nieusprawiedliwione, niezgodne z rzeczywistą treścią SIWZ i wyjaśnień zamawiającego potraktowanie zapisów oferty odwołującego w punktach: 6,7,9,12,19-23,30-33,35-39,42-47,50-52,61-64,70-78, jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), gdyż niewskazującej na oferowany produkt, a zwłaszcza w pkt.: 42-45 Części I formularza ofertowego jako oferty wariantowej, choć oferta odwołujących się nie spełniała ustawowej definicji „oferty wariantowej” i była w całości zgodna z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w SIWZ i wyjaśnieniach przedstawianych wykonawcom, rozumianych i wykładanych zgodnie z zasadami określonymi w przytoczonych wyżej normach prawnych.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu: uchylenia czynności podjętej w postępowaniu w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty w części pierwszej i drugiej zamówienia oraz uchylenia czynności odrzucenia oferty odwołującego się, a także nakazanie zamawiającemu dokonania oceny oferty, zgodnie z kryteriami przedstawionymi w SIWZ jako niepodlegającej odrzuceniu i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej dla części pierwszej i drugiej zamówienia.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zażądał w postępowaniu dostawy produktów (tuszy czy tonerów) oryginalnych lub równoważnych. W przygotowanym przez siebie formularzu ofertowym w kolumnie I wprowadził nazwę kodową (model tonera lub tuszu oznaczony kodem fabrycznym, referencyjnym używanym przez producenta w obrocie dla danego materiału), w kolumnie II podał nazwę drukarki, do której ma on być przeznaczony. Uzpełnił także kolumnę VI i VII (j.m. i ilość). Pozostałe kolumny miał uzupełnić wykonawca poprzez podanie nazwy (modelu, typu) oferowanego produktu (kolumna III), jego cenę (jednostkową i brutto dla zamawianej ilości - kol. VIII i IX), a dla produktów równoważnych także kolumny IV i V.

Co w niniejszej sprawie też istotne w zakresie poz. 42-45 formularza ofertowego jeden z oferentów zadał pytanie wskazując, że podane w formularzu ofertowym kody fabryczne tonerów oryginalnych wskazują na ich przeznaczenie na rynek Zachodniej Europy, nie Środkowo-Wschodniej, w związku z czym może być kłopot z ich dostępnością na rynku polskim, jak też mogą występować problemy z ich działaniem. W odpowiedzi z 7 października 2020 r. zamawiający wyjaśnił, że „dopuszcza możliwość oferowania produktów zarówno z rejonizacją polską, jak i zagraniczną” i równocześnie zmodyfikował zapisy SIWZ i pozycje 42-45 formularza.

W ocenie odwołującego takie działanie zamawiającego, tj. złożenie wyjaśnień oraz odpowiednie do tej treści zmodyfikowanie formularza ofertowego i SIWZ należy traktować jak złożenie oświadczenia, że dla zamawiającego nie ma znaczenia, który z oryginalnych produktów otrzyma (ten z rejonizacją polską czy zagraniczną) i że oba na równi spełniają wymagania zawarte w SIWZ. Znaczące jest też to, że oba produkty są oryginalne i przeznaczone dokładnie do tych samych urządzeń, natomiast różnią się jedynie zapisaną w chipie informacją o rejonie przeznaczenia, stąd też różne oznaczenia numerów kodowych producenta. NETPRINT w każdej pozycji formularza w kolumnie „nazwa, model, typ oferowanych materiałów” tam, gdzie oferował produkt oryginalny (tj. oznaczony w I kolumnie formularza przez zamawiającego) dokonywał zapisu słownego „oryginał”. Tak było w odniesieniu zarówno do pierwszej jak i drugiej części zamówienia. Na etapie oceny ofert

dokonanej 3 grudnia 2020 r., podobnie jak przy ocenie ofert w postępowaniu prowadzonym w roku ubiegłym (P/41/IW/19/A) nie budziło to zastrzeżeń zamawiającego, było zrozumiałe dla niego, o czym świadczy choćby dokonanie 3 grudnia 2020 r. oceny oferty NETPRINT w części drugiej zamówienia i nieodrzuconie jej. Odwołujący uczynił tak samo w pozycjach 42-45 dla zamówienia części pierwszej formularza ofertowego i posłużył się słowem „Oryginał” bez odniesienia się do tego, który z dwóch oryginałów - z dystrybucji polskiej czy zagranicznej - oferuje, wychodząc z założenia, że skoro oba produkty są oryginalne i zamawiający akceptuje na równi oba (nie traktując ich przy tym jak produktów „równoważnych” w rozumieniu ustawy, ale - raczej, co należy wnioskować po treści odpowiedzi udzielonej na pytania - jak produkty takie same), to nie ma dla niego żadnego znaczenia, który z dwóch oryginałów otrzyma i będzie akceptować każdy z nich. W dniu 3 grudnia 2020 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego i potraktował zapisy poz. 42-45 jako próbę złożenia oferty wariantowej, na gruncie SIWZ niedopuszczalnej, i odrzucił ofertę, przez co najkorzystniej przy ocenie ofert wypadła oferta FH KOMAX 9 Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie. Dokonał jednak oceny oferty NETPRINT w części drugiej zamówienia, nie odrzucając jej, choć oferta dla obu części była przygotowana tak samo. Wykonawca NETPRINT 5 grudnia 2020 r. wysłał do zamawiającego zgłoszenie zastrzeżeń co do sposobu przeprowadzenia oceny ofert w trybie art. 181 ustawy Pzp i podniósł, że jego oferta nie była ofertą wariantową, a dokonany przez niego zapis w kolumnie III formularza powinien być zrozumiały i klarowny.

Na to zamawiający 7 grudnia 2020 r. poinformował o uchyleniu swojej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonaniu ponownego wyboru i ponownym (tym razem w obu częściach) odrzuceniu oferty NETPRINT. W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie podał przyczyn odrzucenia oferty NETPRINT, ale zrobił to w odpowiedzi na wezwanie NETPRINT do usunięcia naruszeń w trybie art. 181 ustawy Pzp, złożone ponownie po uzyskaniu takiej informacji. Zamawiający wyjaśnił, że odrzuca ofertę, gdyż w każdej pozycji, gdzie NETPRINT nie zaoferował zamiennika, wpisał „Oryginał”, a zamawiający wymagał w formularzu podania nazwy, typu, modelu oferowanego produktu, więc zdaniem zamawiającego NETPRINT nie spełnił wymogów określonych przez zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że z takim działaniem zamawiającego nie sposób się zgodzić. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi być w pełni zgodna z oczekiwaniami zamawiającego, musi być jednoznaczna i precyzyjna, a ponadto powinna być opisana i skalkulowana dokładnie tak jak zażyczył sobie tego zamawiający. Nie ma jednak obowiązku, aby wykonawca posługiwał się dokładnie tym formularzem ofertowym jaki przygotował zamawiający, a ponadto przy badaniu zgodności oferty z SIWZ stosuje się art. 87 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie

NETPRINT sporządził ofertę na formularzu przygotowanym i załączonym przez zamawiającego do SIWZ, uzupełnił wszystkie rubryki, nie popełnił błędów rachunkowych ani pisarskich. Jedyne zarzut, jaki zamawiający postawił mu przy ponownym badaniu ofert (po uchyleniu poprzedniej czynności z 3 grudnia 2020 r.) to to, że nie wskazał w rubryce III formularza - wszędzie tam, gdzie nie oferował zamiennika - słowo „Oryginał”, choć zamawiający wymagał podania nazwy, typu czy modelu produktu, przez co oferta ma być niezgodna z SIWZ. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że oferta - tak jak SIWZ - będące oświadczeniami stron składanymi w toku zapraszania do oferty i jej składania - podlegają wykładni nie tylko przez pryzmat art. 87 ustawy Pzp, ale także art. 65 i 65<sup>1</sup> Kc. W formularzu ofertowym zamawiający w kolumnie I podawał za każdym razem producenckie oznaczenie modelu, nazwy i typu tonera czy tuszu. Oznaczenie to nie miało charakteru opisowego, obrazowego; po prostu zamawiający posługiwał się handlową nazwą i oznaczeniem produktu oryginalnego stosowanego przez producenta urządzenia. W kolumnie III należało podać nazwę, model typ oferowanych materiałów, zatem jeśli wykonawca chciał zaoferować produkt oryginalny mógł zaproponować tylko ten model, który był opisany w kolumnie I. Skoro zatem NETPRINT wskazywał za każdym razem dla produktów oryginalnych w kolumnie III słowo „Oryginał”, oznacza to, że oferował tylko to i dokładnie to, co zamawiający opisał w kolumnie I. Wynika to z obiektywnej i jedynej racjonalnej interpretacji treści formularza ofertowego złożonego przez NETPRINT. Oferta NETPRINT jest zatem klarowana, jednoznaczna i zgodna z SIWZ.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że art. 65 kc nakazuje dokonywać wykładni oświadczeń woli poprzez pryzmat przesłanek obiektywnych (należy brać pod uwagę okoliczności, w jakich zostało złożone i zasady współżycia społecznego oraz utrwalone zwyczaje). Przepis ten ma zastosowanie w na gruncie zamówień publicznych. Zatem wszelkie oświadczenia wykonawcy zawarte w ofercie podlegają wykładni przez pryzmat opisanej wyżej normy prawnej. Obiektywna ocena stanu faktycznego niniejszej sprawy nie może być inna, aniżeli przedstawiono to w powyższych wywodach. Zresztą na podobne wnioski naprowadza choćby dotychczasowe postępowanie zamawiającego, który przy ocenie ofert w dniu 3 grudnia 2020 r. oraz w toku postępowania prowadzonego w roku ubiegłym (P/41/IW/19/A) nie miał żadnych wątpliwości, jakie znaczenie nadać słowu „Oryginał” wpisanemu w kolumnie III dla w zasadzie wszystkich produktów oryginalnych. Jeśli więc zamawiający nie wzywał wtedy nawet NETPRINT do wyjaśnienia treści oferty, nie poprawiał sam drobnych różnic pisarskich, to znaczy, że dokonał samodzielnie wykładni treści oferty, która była dla niego jasna i precyzyjna. Zdanie zamawiający zmienił dopiero po wytknięciu mu błędów popełnionych przy ocenie ofert dokonanej 3 grudnia 2020 r., kiedy to NETPRINT zarzucił, iż w sposób całkowicie nieuprawniony zamawiający potraktował zapisy w pozycjach 42-45 części pierwszej zamówienia jako ofertę wariantową. Uchylając swoją, jak

można domniemywać po samej czynności uchylecia wyboru oferty - wadliwą czynność, zamawiający niejako „zmienił zdanie” co do sposobu poprzednio dokonanej oceny, choć akurat w tym zakresie nie czyniono mu żadnych zarzutów.

Chociaż, jak stwierdził odwołujący, odwołanie jest usprawiedliwione i uzasadnione już tylko na podstawie argumentów powyższych, to dla pełnego wyjaśnienia problemu tego postępowania, konieczne jest szczegółowe odniesienie się także do problematyki związanej ze sposobem opisu przedmiotu zamówienia w poz. 42-45 części pierwszej formularza ofertowego. W tym kontekście zwrócił uwagę, że oferta odwołującego złożona w tym postępowaniu na pewno nie jest ofertą wariantową. Definicja oferty wariantowej zapisana w art. 2 ust. 7 ustawy Pzp wskazuje, że przez taką ofertę należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Oznacza to, że przy ofercie wariantowej zamawiający dokonuje opisu sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, a wykonawca oferuje - obok tego oczekiwanego w SIWZ - także inny sposób (wariant) jego wykonania. Tymczasem w niniejszej sprawie zamawiający wskazał, że oczekuje dostarczenia mu odpowiednich tonerów z oznaczeniem właściwym dla rejonizacji polskiej lub zagranicznej. Posłużył się przy tym spójnikiem charakterystycznym dla alternatywy zwykłej, co należy rozumieć w ten sposób, że możliwe było zaoferowanie albo tylko produktów z rejonizacją polską, albo tylko z rejonizacją zachodnią, albo części takich i części takich. Co więcej, zamawiający dokonał takiej modyfikacji SIWZ i udzielił odpowiedzi, że będzie akceptować oba produkty, znając uwagi i obawy oferentów co do tego, iż istnieje ryzyko niewłaściwego działania tonerów z rejonizacją zagraniczną na urządzeniach nabytych z dystrybucji polskiej, co tylko utwierdza w przekonaniu, że zupełnie bez znaczenia dla zamawiającego jest to, który z produktów otrzyma i że oba traktuje tak samo. Każdy oferent działając w zgodzie z zasadami logiki i rozumienia języka prawniczego mógł więc przyjąć, że dla oferty i samego zamawiającego nie ma znaczenia, które i ile oryginalnych produktów zaoferuje, tym bardziej, że zarówno jeden jak i drugi produkt są oryginalne, co oznacza per se, że spełniają standardy jakościowe i wydajnościowe. Jeden i drugi produkt miały według treści formularza ofertowego przygotowanego przez zamawiającego współpracować z określonym (tym samym) urządzeniem, zatem z perspektywy zasad wykładni, oświadczeń woli i wiedzy (mających zastosowanie w zamówieniach publicznych poprzez odesłanie z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp) jedyny logiczny wniosek jest taki, że tak naprawdę mamy do czynienia z jednakowymi produktami, a różnica sprowadzająca się do innego oznaczenia producenta (względnie inne różnice, na które zwracano uwagę w pytaniach) jest dla zamawiającego zupełnie irrelevantna.

Odwołujący stwierdził, że znane jest mu stanowisko KIO, regularnie akcentowane w orzecznictwie, że na wykonawcach spoczywa obowiązek skrupulatnego i dokładnego

przygotowywania oferty, a wszelkie błędy czy braki mogą skutkować odrzuceniem oferty (z zastrzeżeniem wszak art. 87 ustawy Pzp), gdyż zamawiający ma prawo wymagać, że oferta będzie zawierała dokładnie to, czego oczekuje od zamówienia, jak też ma prawo dowolnie dookreślać przedmiot zamówienia tak, aby odpowiadał jego potrzebom (będącym poza kontrolą KIO), jednak orzecznictwo to nie powinno mieć zastosowania w niniejszej sprawie dlatego, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że już tylko z niego wynika, iż nie ma dla niego żadnego znaczenia, który z dwóch oryginalnych produktów otrzyma. Oczywiście, przy zaoferowaniu tzw. „zamiennika” sprawa wyglądałaby inaczej i tu można byłoby oczekiwać dokładnego wskazania modelu produktu równoważnego, ale w takim wypadku dochodzą dodatkowe elementy, jak choćby potrzeba zbadania czy mamy rzeczywiście do czynienia z produktem równoważnym i czy spełnia on inne kryteria zapisane w SIWZ (np. posiada certyfikaty zgodności z normami ISO). Skoro nie ma dla zamawiającego znaczenia, czy dostanie produkt z kodem z dystrybucji polskiej czy zachodniej, to nie można też racjonalnie wymagać od wykonawców, że będą ograniczać się w ofercie do zaoferowania wyłącznie jednego rodzaju produktu lub inaczej dookreślać przedmiot dostawy. Nie będzie to przy tym (jak wspomniano) oferta wariantowa. Jeśli z kolei odwołując dookreślili w formularzu ofertowym oferowany produkt przez wskazanie, że będzie to oryginał, to przy uwzględnieniu zasad art. 87 ustawy Pzp i art. 65 i 65<sup>1</sup> kc trzeba przyjąć, że jego oferta nie zawierała tego typu błędów czy niedokładności, które powinny skutkować jej odrzuceniem. Należy bowiem przyjąć, że skoro zamawiający oczekuje, że otrzyma produkty z dystrybucji polskiej lub zagranicznej, to NETPRINT zaoferował mu produkty z dystrybucji polskiej lub zagranicznej (czyli dokładnie i literalnie tak, jak chciał), bo tak nakazuje językowa, gramatyczna i logiczna wykładnia złożonych w SIWZ i ofercie oświadczeń woli.

Zamawiający, 14 grudnia 2020 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, przesyłając wykonawcom kopię złożonego odwołania i wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.



**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez odwołującego, po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu i ubiega się o zamówienie, w tym w zakresie części pierwszej i drugiej, jednak jego oferta została odrzucona. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w obydwu częściach oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, skutkowało będzie koniecznością przywrócenia jego oferty do postępowania i nakazaniem zamawiającemu wykonania takich czynności, których efektem może być uzyskanie przez odwołującego zamówienia publicznego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję opisaną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezasadna, w ocenie Izby, jest argumentacja zamawiającego sformułowana w odpowiedzi na odwołanie, w którym zauważył, że uwzględniając kryteria oceny ofert ustalone w postępowaniu, oferta odwołującego w części drugiej znalazła się na piątej pozycji w rankingu ofert. Z tych powodów, zdaniem zamawiającego, odwołujący nie posiada interesu w złożeniu odwołania na czynność zamawiającego podjętą w zakresie tej części zamówienia. Zauważyć należy, że w orzecznictwie Izby jednolicie przyjmuje się, że wykonawcy z miejsca dalszego, który domaga się przywrócenia jego oferty do postępowania, nie można odmówić interesu nawet w sytuacji, gdy nie zaskarża oferty która została sklasyfikowana na miejscu pierwszym i kolejnych, jeżeli w stosunku do nich nie można było sformułować zarzutów dotyczących niespełnienia warunków przez wykonawców, którzy je złożyli, wskutek zastosowania przez zamawiającego tzw. „procedury odwróconej”.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej na płycie CD.

## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jak ustalił skład orzekający, na podstawie dokumentacji z prowadzonego postępowania, zamawiający 8 grudnia 2020 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty. Uzasadniając swoją decyzję wskazał, że w Formularzu ofertowym wymagał, aby wykonawca samodzielnie uzupełnił informacje na temat nazwy, modelu oraz typu oferowanego produktu. Ponadto, za pomocą oznaczenia gwiazdką zaznaczył, że jedynie kolumny „kod oferowanego produktu” oraz „parametry oferowane” mają być wypełnione tylko w przypadku składania produktu równoważnego. Analogicznie wszystkie pozostałe kolumny wykonawcy mieli uzupełnić bez względu na to czy oferowany produkt jest oryginalny czy nie, albowiem zarówno produktu oryginalne jak i równoważne posiadają swoją nazwę czy model nadane przez ich producenta. Wskazane w kolumnie „nazwa, model, typ oferowanych materiałów” wyłącznie informacji, iż oferowany produkt jest oryginalny, nie spełnia, w ocenie zamawiającego, wymogów opisanych w SIWZ.

Na wstępie skład orzekający pragnie wskazać, który to pogląd można uznać za ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, możliwe jest jedynie w przypadkach, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, przy czym dotyczyć musi ona sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania deklarowanego w ofercie. Polegać ona może także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które są również w SIWZ zamieszczane). Zawsze także, w takim wypadku, winno być możliwe wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ (tak np. w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 775/19). Badanie przez zamawiającego treści oferty i ocena składanych przez wykonawcę oświadczeń, pod kątem zgodności przedmiotu oferowanego z zamawianymi dostawami, usługami czy robotami budowlanymi, polegać winna zatem zawsze na porównaniu wymagań stawianych w SIWZ z treścią złożonej przez wykonawcę oferty. Jedynie w przypadku

jednoznacznego stwierdzenia, że zawarte tam oświadczenie, na przykład co do parametrów oferowanego rozwiązania, nie odpowiada opisanemu przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej, istnieje podstawa do odrzucenia oferty.

W tym kontekście, przypomnieć należy również, że zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać, a jeśli treść oferty budzi wątpliwości, aby w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnić stwierdzone niezgodności czy niejasności i dokonać poprawy omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wprawdzie zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty jest uprawnieniem zamawiającego, to jednak obowiązkiem zamawiającego działającego z należytą starannością, jest wykorzystanie środków przewidzianych przez ustawodawcę celem wyjaśnienia treści oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, przed jej odrzuceniem. Wymaga również przypomnienia, że wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowią wykładnię oświadczenia woli i wiążą wykonawcę na równi z treścią oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, skład orzekający doszedł do przekonania, że zamawiający w sposób nieuprawniony podjął decyzję o odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty, w części pierwszej i drugiej zamówienia. Zamawiający w niniejszym postępowaniu przygotował formularz ofertowy, który skonstruował w taki sposób, że w kolumnie I wpisał, za pomocą określonego symbolu używanego przez producenta, oznaczenie modelu, nazwy i typu tonera czy tuszu. Oznaczenie to nie miało charakteru opisowego, ale sprowadzało się do podania konkretnej nazwy handlowej i oznaczenia produktu oryginalnego w taki sposób, w jaki określał je producenta urządzenia. W kolumnie II sprecyzowano natomiast do jakiego urządzenia dany materiał eksploatacyjny jest przeznaczony. Z kolei kolumnę III, zgodnie z instrukcją zawartą w SIWZ miał wypełnić wykonawca. W niej należało podać nazwę, model oraz typ oferowanych materiałów. W przypadku więc, gdy zamiarem wykonawcy było zaoferowanie produktu oryginalnego, mógł zaproponować tylko ten model, który był opisany w kolumnie I. Oświadczenie wykonawcy, które składał wówczas w toku postępowania, sprowadzało się de facto do przepisania tych informacji, które podane zostały w kolumnie I formularza. NETPRINT nie zastosował się wprawdzie literalnie do wymagań SIWZ, jednakże wszędzie tam, gdzie jego zamiarem było zaoferowanie produktów oryginalnych - złożył w kolumnie III oświadczenie dotyczące oferowanych produktów, wpisując słowo „Oryginał”. Jest to jednoznaczne z tym, że zaoferował zamawiającemu dokładnie te materiały, które określonym symbolem opisał zamawiający w kolumnie I. Należy zgodzić się z odwołującym, że taka interpretacja wynika z

obiektywnej i jedynej racjonalnej interpretacji treści formularza ofertowego, złożonego przez NETPRINT.

Skoro zatem NETPRINT potwierdził, w każdej pozycji formularza w kolumnie „nazwa, model, typ oferowanych materiałów” tam, gdzie oferował produkt oryginalny (tj. opisany w I kolumnie formularza przez zamawiającego), że oferuje „oryginał” (tak w odniesieniu do pierwszej, jak i drugiej części zamówienia), nie sposób uznać, że jego oferta jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego co do oferowanego przez odwołującego świadczenia. Fakt, że wykonawca nie wpisał w rubryce III formularza - wszędzie tam, gdzie nie oferował zamiennika - słowo „Oryginał”, choć zamawiający wymagał podania nazwy, typu czy modelu produktu, nie świadczy, że złożona oferta jest niezgodna z SIWZ. Ewentualne zastrzeżenie dotyczy bowiem nie tyle wymagań, odnoszących się do treści złożonej oferty, ale braku zastosowania się do instrukcji odnoszących się do sposobu potwierdzenia, że oferowane produkty to właśnie te, których wymagał zamawiający.

Za nietrafioną należy uznać argumentację zamawiającego, podnoszoną w odpowiedzi na odwołanie, w której zwrócił uwagę, że dla niektórych pozycji są dostępne na rynku oryginalne produkty o różnych parametrach. Jako przykładową, zamawiający wskazał pozycję 7 formularza ofertowego w części pierwszej. W treści tabeli zamawiający opisał, że wymaga dostawy tonera HP czarny CE 250X (wydajność min. 10 000 stron przy 5% pokryciu), do urządzenia HP CP3525Las. Z kolei producent oferuje następujące, oryginalne tonery dedykowane do tego sprzętu: (1) toner HP 504X (nr katalogowy CE250X) - wydajność 10 500 stron; (2) toner HP 504A (nr katalogowy CE250A) - wydajność 5 000 stron. Z tego też powodu, bez wskazania przez wykonawcę w polu „nazwa, model, typ oferowanych materiałów” zamawiający nie był w stanie ocenić czy na pewno oferowany produkt spełnia jego wymagania. Skład orzekający nie podziela powyższych zastrzeżeń z następujących powodów. Z opisu zawartego w kolumnie II tabeli wynika, że zamawiający oczekuje, aby wykonawca zaoferował mu konkretny toner, o określonym przez zamawiającego numerze katalogowym tj. CE 250X. Wykonawca deklarując, że zaoferuje „oryginał” potwierdza, że dostarczy ten właśnie produkt, ściśle opisany i sprecyzowany przez zamawiającego. Zauważyć też należy, że drugi z produktów, które oferuje producent a który wymienił zamawiający, oprócz tego, że jego wydajność jest mniejsza, ma też inny numer katalogowy CE250A. Nie jest to zatem produkt opisany przez zamawiającego w SIWZ i gdyby taki został zaoferowany przez wykonawcę, wówczas treść złożonej oferty byłaby niezgodna z SIWZ. Wykonawca jednak nie złożył oświadczenia, że oferuje produkt oryginalny, o innym niż opisany przez zamawiającego numerze katalogowym. Uznać zatem należało, że oferta dotyczy produktu oryginalnego, określonego, opisanego i nazwanego przez zamawiającego.

Z kolei w zakresie, w jakim zamawiający podnosił niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ odnosząc się do pozycji 42 - 45 formularza ofertowego dla części pierwszej, zwrócić należy uwagę na następujące okoliczności.

Zgodnie z brzmieniem SIWZ zamawiający, w poz. 42-45 formularza ofertowego dla części pierwszej zamówienia zażądał pierwotnie dostawy następujących tonerów XEROX: CZARNY 006R01642 (wydajność min.22000 str. przy 5% pokryciu) lub równoważny; ŻÓŁTY 006R01645 (wydajność min.22000 str. przy 5% pokryciu) lub równoważny; MAGENTA 006R01644 (wydajność min.22000 str. przy 5% pokryciu) lub równoważny; CYAN 006R01643 (wydajność min.22000 str. przy 5% pokryciu) lub równoważny. W wyniku pytania, zadanego przez jednego z wykonawców, odnoszących się do opisu w tych czterech pozycjach, w którym ten zwrócił uwagę, że podane w formularzu ofertowym kody fabryczne tonerów oryginalnych wskazują na przeznaczenie tych tonerów na rynek Zachodniej Europy, nie Środkowo-Wschodniej, w związku z czym może być kłopot z ich dostępnością na rynku polskim, jak też mogą występować problemy z ich działaniem, zamawiający udzielił wyjaśnień w tym zakresie, zmieniając jednocześnie treść formularza oferty. W odpowiedzi z 7 października 2020 r. zamawiający doprecyzował, że „dopuszcza możliwość oferowania produktów zarówno z rejonizacją polską, jak i zagraniczną”, modyfikując zapisy SIWZ w zakresie pozycji 42 - 45 formularza ofertowego w następujący sposób: TONER XEROX CZARNY 006R01642 lub TONER XEROX CZARNY 006R01646 (wydajność min.22000 str. Przy 5% pokryciu) lub równoważny; TONER XEROX ŻÓŁTY 006R01645 lub TONER XEROX ŻÓŁTY 006R01649 (wydajność min.22000 str. przy 5% pokryciu) lub równoważny; TONER XEROX MAGENTA 006R01644 lub TONER XEROX MAGENTA 006R016448 (wydajność min. 22 000 str. przy 5% pokryciu) lub równoważny; TONER XEROX CYAN 006R01643 lub TONER XEROX CYAN 00601647 (wydajność min. 22 000 str. przy 5% pokryciu) lub równoważny. Użycie spójnika „lub” oznaczało, co potwierdził zamawiający na rozprawie, że bez znaczenia dla niego pozostaje, który z oryginalnych produktów wykonawca dostarczy, a zatem czy będzie to produkt z rejonizacją polską czy zagraniczną, jak też czy w ramach tego zamówienia dostarczy dowolną kombinację jednego i drugiego produktu. Obydwa bowiem, na równi, spełniają wymagania zawarte w SIWZ a znaczenie ma w tym przypadku jedynie to, aby oferowany produkt był oryginalny i przeznaczony do wskazanego przez zamawiającego typu urządzeń. W tym przypadku różne oznaczenia numerów kodowych producenta (obydwa numery wymienione i dopuszczone przez zamawiającego) świadczą wyłącznie o różnym rejonie ich przeznaczenia. Również w tym przypadku NETPRINT, wpisując w każdej z powyższych pozycji formularza w kolumnie „nazwa, model, typ oferowanych materiałów” słowo „Oryginał” - oferował zatem produkt oryginalny, czyli jeden lub drugi, spośród opisanych i dopuszczonych przez zamawiającego w SIWZ. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, prezentowanym na

rozprawie, że złożona przez wykonawcę deklaracja nie pozwala mu stwierdzić jaki produkt został zaofiarowany. Przesądza o tym konstrukcja formularza oferty. Zamawiający i w tym przypadku dopuścił określone rodzaje tonerów, opisane za pomocą oznaczenia numerów kodowych producenta. Oferując oryginały, NETPRINT może zatem dostarczyć wyłącznie określone w formularzu produkty. Jedyna różnica w tym wypadku polega na tym, że zamawiający dopuścił dwa różne rozwiązania, przy czym każde dotyczy produktu oryginalnego z tą różnicą, że jeden będzie produktem z rejonizacją polską, drugi z zagraniczną.

Biorąc pod uwagę powyższe uznać należy, że w niniejszej sprawie zamawiający, jak wskazał to odwołujący w treści odwołania w sposób nieoparty na rzeczywistej treści SIWZ i treści wyjaśnień zamawiającego, udzielonych w postępowaniu, potraktował zapisy oferty odwołującego w punktach: 6,7,9,12,19-23,30-33,35-39,42-47,50-52,61-64,70-78 oraz w pozycjach 42-45 części pierwszej formularza ofertowego. W konsekwencji uznał, że oferta NETPRINT podlega odrzuceniu z tego powodu, że nie wskazywała na oferowany produkt. Tymczasem treść złożonego oświadczenia, które polegało na potwierdzeniu, że odwołujący oferuje produkt oryginalny, opisany w sposób jednoznaczny i precyzyjny w treści tabeli i określony w tym przypadku jako jedyny oryginalny, pozwalała na uznanie, że oferta ta jest w całości zgodna z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

**Przewodniczący:** .....