

**WYROK**

**z dnia 23 listopada 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2020 roku przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Portal” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Portu Wojennego Gdynia z siedzibą w Gdyni

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Samfix-Papier G. B., D. B. Spółka jawna z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. umarza odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zakresie pozycji 46, 49 i 21 Opisu oferowanego asortymentu;
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Komendzie Portu Wojennego w Gdyni unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Samfix-Papier G. B., D. B. Spółka jawna z siedzibą w Gdańsku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę wnoszącego sprzeciw Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Samfix-Papier G. B., D. B. Spółka jawna z siedzibą w Gdańsku i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem

wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od wykonawcy wnoszącego sprzeciw Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Samfix-Papier G. B., D. B. Spółka jawna z siedzibą w Gdańsku na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Komenda Portu Wojennego w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego pn. „Dostawa artykułów biurowych z podziałem na 5 części” w zakresie Części nr 1 - Artykuły biurowe, Nr sprawy: 15/KPW/SZKOL/2020, zwane dalej Postępowaniem. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych o wartości szacunkowej powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 13 lutego 2020 r. pod numerem: Nr pozycji: 2020/S 031-071921.

W dniu 26 października 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę P.H.U. Portal Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zwanego dalej Odwołującym, od czynności Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PHU „SAMFIX-PAPIER” G.B., D.B. Spółka Jawna ul. Miałki Szlak 52 i wybrania jej w dniu 16.10.2020r jako najkorzystniejszej pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie dotyczącym zaoferowanego przedmiotu zamówienia.
- 2) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez błędny wybór oferty niebędącej najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny ofert w SIWZ.

Wobec powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 16-10-2020 r. jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy: PHU „SAMFIX-PAPIER” G. B., D. B. Spółka Jawna ul. Miałki Szlak 52 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania zgodnie ze wykazem przedstawionym podczas rozprawy.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania. Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem procedury odwróconej. Zgodnie z informacją zawartą w dziale VI.5

SIWZ, Zamawiający będzie stosował procedurę wynikającą z art. 24 aa ustawy Pzp tj. w pierwszej kolejności dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych. powyżej przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku a skutkiem jest pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego, utracenie korzyści z zawarcia umowy w sytuacji, gdy dokonano wyboru jako najkorzystniejszej oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym zaferowanego przedmiotu zamówienia i winna być odrzucona. Oferta wnoszącego odwołanie winna być najwyżej oceniona jako najkorzystniejsza, spełnia warunki udziału w postępowaniu. Oferta Odwołującego jest druga w rankingu ofert, zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia z dn. 16.10.2020r o rozstrzygnięciu postępowania przy trzech złożonych w postępowaniu dla Części nr 1 ofertach. W sytuacji odrzucenia złożonej oferty wykonawcy: PHD „Samfix-Papier” G. B., D. B. Spółka Jawna ul. Miałki Szlak, kolejną ważną ofertą będzie oferta Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania został przedstawiony następujący stan faktyczny. Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa : część 1 materiałów biurowych, dla Komendy Portu Wojennego Gdynia. W postępowaniu złożono 3 oferty (jedna z ofert została odrzucona wcześniej), wśród których oferta Odwołującego jest na drugim miejscu wg kryteriów przyjętych w postępowaniu, zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia z dn. 16.10.2020 r. o rozstrzygnięciu postępowania dla Części nr 1.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w ww. zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odnośnie naruszenia Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - dotyczy części 1. materiałów biurowych,

Zgodnie z działem VI pkt 6.3 ppkt. a SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawcy najwyżej ocenionego, na etapie przed udzieleniem zamówienia, złożenia następującego dokumentu, cyt.:

„6.3 W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego:

- a) opis oferowanego asortymentu (w formie tabelarycznego zestawienia dla pozycji asortymentowych wybranych przez zamawiającego tj. pozycji, w opisie których - w formularzu oferty- zamawiający wskazał znak towarowy lub nazwę producenta); opis będzie opracowany na wzorze przekazanym przez zamawiającego wraz z wezwaniem i będzie potwierdzał pełną zgodność proponowanego asortymentu z wymogami SIWZ; Wykonawca wypełnia kolumnę nr 3 (oferowany asortyment) wykazu oferowanego produktu tylko w

pozycjach, w których Wykonawca oferuje produkt równoważny (tj. inny niż opisany znakiem towarowym lub nazwą producenta w formularzu oferty). Na potwierdzenie równoważności, Zamawiający może żądać próbek oferowanych produktów równoważnych. Wykonawca, na wezwanie Zamawiającego, udostępni proponowane produkty (próbki), w celu potwierdzenia zgodności oferowanego asortymentu z wymaganiami Zamawiającego.”

W oparciu o takie wymagania Zamawiający wezwał wykonawcę: PHU „SAMFIX-PAPIER” G. B. D. B. Spółka Jawna do złożenia dokumentów przedmiotowych według załącznika nr 2- tabeli zgodnie z którą obowiązkiem wykonawcy było podanie informacji w zakresie: „oferowany asortyment” w kolumnie nr 3.

1. Zgodnie z SIWZ (poz.nr 63) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do poz. 46 załącznika nr 2 Zamawiający określił następujące wymagania: „ Grzbiety wsuwane plastikowe, 3 mm, o formacie A4, zaokrąglone końce ułatwiające wkładanie dokumentów, ilość oprawianych kartek do 30 szt., grzbiet listwy półokrągły, op. 50 szt. np. LEITZ, OPUS czarne”

Produkt zaofertowany przez Wykonawcę PHU Samfix - Papier to: „Producent: FELLOWES, Nazwa produktu: Grzbiety wsuwane A4/3mm, do 30 kartek, czarne RELIDO a'50. 5383001”.

Takim oświadczeniem Wykonawca wprowadza w błąd Zamawiającego, bowiem grzbiety zaofertowane o nr katalogowym 5383001 producenta FELLOWES mają inne parametry niż wskazał wykonawca w załączniku nr 2.

Zgodnie z opisem producenta, zamieszczonym na swojej stronie internetowej <https://fellowes.pl> listwy RELIDO o nr katalogowym 5383001 mają rozmiar 3-6mm, a więc mają grzbiet 6mm co nie spełnia wymagań Zamawiającego. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał szerokość grzbietu 3mm. Również zaofertowanie innej szerokości grzbietu sprawia dodatkowo iż nie spełnia wymogu SIWZ w zakresie wymaganej ilości kartek do oprawy.

Szerokość grzbietów Zamawiający rozgraniczył w postępowaniu w formularzu rzeczowo cenowym: „ kalkulacja ceny ofertowej”:

- w pozycji nr 63 (załącznik nr 2 to jest poz. 46) wymagał szerokości grzbietu 3mm, ilość oprawianych kartek 30 szt.
- w pozycji nr 64 (załącznik nr 2 to jest poz. 47) wymagał szerokości grzbietu 6mm, ilość oprawianych kartek 60 szt.,

a to oznacza, że przedmiot zamówienia opisany w pozycji nr 46 załącznika nr 2 m dla Zamawiającego istotne znaczenie. W konsekwencji treść oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ.

2. Zgodnie z SIWZ (poz.nr 64) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do poz. 47 załącznika nr 2 Zamawiający określił następujące wymagania:  
„Grzbiety wsuwane plastikowe, 6 mm, o formacie A4, zaokrąglone końce ułatwiające wkładanie dokumentów, ilość oprawianych kartek do 60 szt., grzbiet listwy półokrągły, op. 50 szt. np. LEITZ , OPUS niebieskie,,.

Produkt zaoferowany przez Wykonawcę PHU Samfix - Papier to: „Producent: OPUS Sp. z o.o. Nazwa produktu: Grzbiety wsuwane O.SLIDE OVAL A4/6 mm, do 60 kartek, niebieskie a'50” .

Takim oświadczeniem Wykonawca wprowadza w błąd Zamawiającego, bowiem zgodnie z kartą produktu producenta wskazane grzbiety oprawiają jedynie do 25 kartek. Nie spełnia oczekiwań Zamawiającego. Zamawiający wymaga oprawy do 60 kartek. Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Potwierdzeniem parametrów jest poniżej załączona karta katalogowa zaoferowanego produktu ze stron internetowych producenta.

3. Zgodnie z SIWZ (poz.nr 66) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do poz. 49 załącznika nr 2 Zamawiający określił następujące wymagania:  
„Grzbiety wsuwane plastikowe, 15 mm o formacie A4, zaokrąglone końce ułatwiające wkładanie dokumentów, ilość oprawianych kartek do 150. grzbiet listwy półokrągły, op. 25 szt. np. LEITZ Czarne.”

Produkt zaoferowany przez Wykonawcę PHU Samfix - Papier to: „Producent; LEITZ Nazwa produktu: Grzbiety wsuwane A4/15 mm, do 130 kartek, czarny LEITZ a'25.”

Zamawiający wymagał grzbietu do oprawy 150 kartek, natomiast Wykonawca PHU Samfix - Papier zaoferował jednoznacznie grzbiety do oprawy 130 kartek (oświadczył w załączniku nr 2 poz. 49) W konsekwencji treść oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ.

4. Zgodnie z SIWZ (poz. nr 15) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do poz. Nr 13 załącznika nr 2 Zamawiający określił następujące wymagania: „Długopis automatyczny żelowy z wymiennym wkładem, szybkoschnącym atramentem żelowym odpornym na działanie wody i promieni UV, profilowany klips, gumowa rękojeść z antypoślizgowym żłobieniami w kolorze żeluz, prześwitująca obudowa w kolorze żeluz pozwalająca kontrolować zużycie wkładu, automat w kolorze obudowy, końcówka w kolorze obudowy, średnica kulki 0,7 mm, grubość linii pisania 0,33-0,35 mm, długość linii pisania do 670 m. spełniająca normy ISO 9001 i EN71, np. PENAC FX-7, PENTEL kolor żeluz niebieski”

Produkt zaoferowany przez Wykonawcę PHU Samfix - Papier to: ”Producent: PENTEL

Nazwa produktu: DŁUGOPIS PENTEL - BL107C NIEBIESKI".

Zamawiający wymagał: długość linii pisania do 670m, natomiast Wykonawca PHU Samfix - Papier zaoferował : długopis PENTEL BL107C o długości linii pisania do 550m (BL107 to symbol długopisu - „C” oznacza kolor niebieski).

W konsekwencji treść oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ.

5. Zgodnie z SIWZ (poz. NR 16) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do poz. Nr 14 załącznika nr 2 Zamawiający określił następujące wymagania:

„Długopis automatyczny żelowy z wymiennym wkładem, szybkooschnącym atramentem żelowym odpornym na działanie wody i promieni UV, profilowany klips, gumowa rękojeść z antypoślizgowym żłobieniami w kolorze żelu, prześwitująca obudowa w kolorze żelu pozwalająca kontrolować zużycie wkładu, automat w kolorze obudowy, końcówka w kolorze obudowy, średnica kulki 0.7 mm, grubość linii pisania 0,33-0.35 mm, długość linii pisania do 670 m, spełniająca normy ISO 9001 i EN71, np. PENAC FX-7, PENTEL kolor żelu czerwony”

Produkt zaoferowany przez Wykonawcę PHU Samfix - Papier to: „Producent : PENTEL Nazwa produktu: DŁUGOPIS PENTEL - BL107B CZERWONY”.

Zamawiający wymagał: „ długość linii pisania do 670m”, natomiast Wykonawca PHU Samfix - Papier zaoferował długopis PENTEL BI 107B o długości linii pisaniu do 550 m (BL107 to symbol długopisu- „B” oznacza kolor czerwony). W konsekwencji treść oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ .

6. Zgodnie z SIWZ (poz. NR 17) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do poz. Nr 15 załącznika nr 2 Zamawiający określił następujące wymagania:

„Długopis automatyczny żelowy z wymiennym wkładem, szybkooschnącym atramentem żelowym odpornym na działanie wody i promieni UV, profilowany klips, gumowa rękojeść z antypoślizgowym żłobieniami w kolorze żelu, prześwitująca obudowa w kolorze żelu pozwalająca kontrolować zużycie wkładu, automat w kolorze obudowy, końcówka w kolorze obudowy, średnica kulki 0,7 mm, grubość linii pisania 0,33-0.35 mm, długość linii pisania do 670 m, spełniająca normy ISO 9001 i EN71. np. PENAC FX-7, PENTEL kolor żelu czarny”.

Produkt zaoferowany przez Wykonawcę PHU Samfix - Papier to: „Producent: PENTEL Nazwa produktu: DŁUGOPIS PENTEL - BL107A CZARNY”.

Zamawiający wymagał: długość linii pisania do 670m natomiast Wykonawca PHU Samfix – Papier zaferował długopis PENTEL BL107A o długości linii pisania do 550m (BL107 to symbol długopisu -„A” oznacza kolor czarny.

W konsekwencji treść oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ. Potwierdzeniem parametrów długopisów PENTEL o symbolu BL107 jest załączona poniżej karta produktu producenta PENTEL.

7. Zgodnie z SIWZ (poz.NR 26) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do poz. Nr 21 załącznika nr 2 Zamawiający określił następujące wymagania:

„Etykiety samoprzylepne, białe przeznaczone do wszystkich typów drukarek laserowych i atramentowych oraz kserokopiarek, 21 etykiet na formacie arkusza A-4, opakowanie - 100 szt. np. (Uni 21) - ARGO SA”.

Produkt zaferowany przez Wykonawcę PHU Samfix - Papier to: „Producent: OSAA Sp. z o. o. Nazwa produktu: Etykiety samop. A4 białe 21 - etykiet na stronie op. 100 MY OFFICE D0455”.

Takim oświadczeniem Wykonawca wprowadza w błąd Zamawiającego, bowiem etykiety o nr katalogowym producenta D0455 mają na formacie A4 16 etykiet. Zamawiający wymagał 21 etykiet na formacie A4, natomiast Wykonawca PHU Samfix - Papier zaferował etykiety o kodzie katalogowym OSAA D0455, których rozmiar to 105 x 37mm a więc jest ich w konsekwencji 16 szt. na formacie A4. W całym opakowaniu jest etykiet tylko 1600 szt. a nie jak wymagał Zamawiający 100 szt. A4 a 21 etykiet = 2100 szt. etykiet (21 etykiet na formacie A4 to wymiar pojedynczej etykiety: 63 x 38mm). Potwierdzeniem parametrów Etykiet o nr katalogowym OSSA D0455 jest karta produktu.

W konsekwencji treść oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ.

Zgodnie z jednolitym orzecznictwem, oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny podlega odrzuceniu na podstawie normy wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. ( wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16. sygn. akt: KIO 1815/17). Przykładowo wyrok : sygn. akt 1815/17 KIO „o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych



elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.”

Wymóg Zamawiającego w zakresie podania informacji zgodnie z załącznikiem nr 2 odnośnie zaoferowanych produktów równoważnych umożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny zgodności z wymaganiami SIWZ. czyli co do równoważności w odniesieniu do formularza asortymentowo - cenowego kalkulacja ceny ofertowej”. Niezgodność z treści oferty z wymaganiami SIWZ zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego w dniu 30 października 2020 roku zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca PHU. SAMFIX-PAPIER G. B. , D B. Spółka Jawna z siedzibą w Gdańsku (zwany dalej Przystępującym), wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający 17 listopada 2020 r. przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej drogą elektroniczną „odpowiedź na odwołanie”, w której uwzględnił odwołanie.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, Przystępujący, na podstawie art. 186 ust. 4 Pzp wniósł sprzeciw.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Przystępującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi,

jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

#### **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby potwierdziły się zarzuty dotyczące zaoferowania w pozycji 47 Opisu oferowanego asortymentu (załącznik nr 2), produktu którego treść nie odpowiada treści SIWZ, a co za tym idzie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z opisem Zamawiającego, w poz. 47 wykonawca winien zaoferować: *Grzbiety wsuwane plastikowe, 6 mm, o formacie A4, zaokrąglone końce ułatwiające wkładanie dokumentów, ilość oprawianych kartek do 60 szt., grzbiet listwy półokrągły, op. 50 szt. np. LEITZ , OPUS niebieskie.*

Przystępujący zaoferował grzbiety wsuwane O.SLIDE OVAL A4/6 mm, do 60 kartek, niebieskie a'50, producenta : OPUS Sp. z o.o.

Z karty katalogowej ww. produktu – którą Izba uznała za wiążącą i stanowiącą podstawę do potwierdzenia parametru w zakresie ilości możliwych do oprawy kartek - przedłożonej jako dowód przez Odwołującego wynika, iż oferowany grzbiet przeznaczony jest do oprawy do 25 kartek papieru 80g/m<sup>2</sup>. Powyższa, możliwa ilość kart przeznaczonych do oprawy nie potwierdza spełnienia wymaganego przez Zamawiającego parametru – do 60 kartek.

Podkreślić należy, że Przystępujący nie zakwestionował danych zawartych w karcie katalogowej, podnosił jedynie, że w ramach oferowanego produktu istnieje możliwość oprawienia do 60 kartek papieru o gramaturze 80 g. Okoliczność tą, wykazywał poprzez korespondencję mailową z przedstawicielem producenta, który wskazał że: *grzbiety wsuwane O'SLIDE A4 o szerokości 6 mm mogą oprawić dokumenty do 60 kartek, ale ze względów praktycznych Opus zaleca oprawianie za pomocą tych listew do 30 kartek papieru*, przedłożonym plikiem kart oprawionych w grzbiet oraz filmem, demonstrującym oprawienie w grzbiet pliku kartek.

Izba, nie uznała ww. dowodów jako wystarczających dla wykazania spełnienia parametru wymaganego przez Zamawiającego, w postaci oprawienia w oferowany grzbiet do 60 kartek. W ocenie Izby, treść maila nie zaprzecza oficjalnej informacji dotyczącej parametru określonego w karcie katalogowej, a wręcz przeciwnie, potwierdza dane tam wskazane jako zalecane przez producenta. Ponadto, korespondencja ta, nie jest oficjalną informacją producenta w zakresie parametrów ww. produktu. Co więcej, nie wynika z niej czy odnosi się do grzbietów typu Oval, które oferuje Przystępujący.

Izba nie uznała dowodów Odwołującego i Przystępującego – oprawionych w grzbiety plików kartek. Po pierwsze, nie zostały one wzajemnie przekazane stronom, po drugie, nie można zweryfikować rodzaju przedłożonych grzbietów, ani sposobu oprawiania kartek.

Izba nie uznała również dowodu z prezentowanego przez Przystępującego filmu. Nie można stwierdzić jaki rodzaj grzbietu został użyty podczas prezentacji, ani czy faktycznie oprawianych było 60 kart - jak twierdzi Przystępujący.

Przedłożone przez Przystępującego dowody nie potwierdziły, że oferowane w poz. 47 „Opisu oferowanego asortymentu” grzbiety wsuwane, potwierdzają spełnienie wymagań Zamawiającego.

Izba nie podzieliła również stanowiska Przystępującego, że w ramach pozycji 47 „Opisu oferowanego asortymentu” został zaoferowany produkt referencyjny, wskazany przez Zamawiającego. W ramach wyszczególnienia artykułów, obok wymaganych parametrów, których spełnienie decyduje o zgodności oferowanego produktu z treścią SIWZ, Zamawiający wskazał np. Opus – odnosząc się jedynie do producenta, a nie konkretnego produktu tegoż producenta. Nie można uznać, iż wskazanie producenta (który oferuje całą gamę różnych rodzajów listew do oprawy kartek) stanowi konkretne wskazanie jakiegoś produktu jako referencyjnego.

W ocenie Izby zaoferowany produkt: grzbiety wsuwane O.SLIDE OVAL A4/6 mm, niebieskie a'50, producenta: OPUS Sp. z o.o. nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie możliwości oprawienia wymaganej przez Zamawiającego ilości kartek.

Wobec powyższego zarzut Odwołującego należy uznać za zasadny.

Odnosząc się do pozycji 13, 14 i 15 „Opisu oferowanego asortymentu” (załącznika nr 2) dotyczących oferowanych długopisów, zdaniem Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest zasadny.

W pozycji 13, 14 i 15 Zamawiający wymagał:

„Długopis automatyczny żelowy z wymiennym wkładem, szybkoschnącym atramentem żelowym odpornym na działanie wody i promieni UV, profilowany klips, gumowa rękojeść z antypoślizgowym żłobieniami w kolorze żelu, prześwitująca obudowa w kolorze żelu pozwalająca kontrolować zużycie wkładu, automat w kolorze obudowy, końcówka w kolorze obudowy, średnica kulki 0,7 mm, grubość linii pisania 0,33-0,35 mm, długość linii pisania do 670 m, spełniająca normy ISO 9001 i EN71, np. PENAC FX-7, PENTEL (...) z podziałem na kolory żelu: niebieski (poz. 13), czerwony (poz. 14) i czarny (poz. 150)”.

Dla każdej z ww. pozycji Przystępujący zaoferował z uwzględnieniem podziału na kolory, produkt producenta: PENTEL Nazwa produktu: DŁUGOPIS PENTEL - BL107.

W ocenie Izby, z treści „Opisu oferowanego asortymentu” jednoznacznie wynika, że w ramach ww. pozycji Przystępujący zaoferował jedynie długopisy PENTEL o symbolu BL107 w odpowiednim kolorze.

Z karty katalogowej, (złożonej jako dowód przez Odwołującego) producenta PENTEL dla produktów BL107 wynika, że długość linii pisania wynosi 550 m., co nie potwierdza spełnienia wymaganego przez Zamawiającego parametru długości linii pisania do 670 m.

Informacje podane dopiero w Piśmie procesowym dotyczące wkładów wymiennych FX7 PENAC, których długość linii pisania wynosi 670 m., a w które to wkłady będzie wyposażony zaoferowany długopis, nie mogą zostać uznane jako potwierdzające, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ. Sam fakt, iż wkład FX7 PENAC (jak twierdzi Przystępujący) spełnia wymóg Zamawiającego dotyczący długości linii pisania, nie oznacza, że należy uznać, iż został on zaoferowany w niniejszym postępowaniu. W żadnym miejscu w ofercie, Przystępujący nie wymienia, nie powołuje się na możliwość zaoferowania długopisów PENTEL BL107 z wkładem wymiennym innego producenta, niż producenta oferowanych długopisów. Poprzez wskazanie w ofercie produktu: DŁUGOPIS PENTEL - BL107 A lub B lub C, bez żadnych dodatkowych zastrzeżeń, Przystępujący jednoznacznie określił, że oferuje konkretny, gotowy produkt występujący samodzielnie na rynku, wyposażony przez producenta we wkład piszący. Porównanie parametrów oferowanego produktu z parametrami wskazanymi przez jego producenta, zawartymi w karcie katalogowej, prowadzi do wniosku, że nie został spełniony wymóg Zamawiającego, w zakresie długości linii pisania.

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, z którego wynika, że skoro oferowanym produktem jest długopis PENTEL - BL107, to informacja dotycząca wkładu wymiennego, podana w piśmie procesowym nie stanowi zmiany treści oferty, bowiem oferowany produkt, tj. długopis PENTEL - BL107 nie ulega zmianie.

W ramach wymaganych parametrów ujętych w kolumnie „Wyszczególnienie artykułów” załącznika nr 2, Zamawiający określił wymagania dotyczące długopisu z podziałem na parametry odnoszące się do obudowy długopisu jak i do elementu piszącego. Przystępujący, poprzez wskazanie konkretnego produktu z podaniem jego symbolu i producenta, zaoferował dokładnie ten

produkt, który w kształcie przekazanym Zamawiającemu wyznaczył granice treści oferty. Oferta dotyczyła długopisu, tj. obudowy wyposażonej we wkład piszący, a nie jedynie obudowy, bez wkładu.

Brak odniesienia się do wkładu, którego parametry zostały przez Zamawiającego wyspecyfikowane, wskazuje, że został zaoferowany wkład, stanowiący standardowy element długopisu, zgodnie z kartą katalogową producenta.

Wskazanie przez Przystępującego na etapie odwołania okoliczności nowej, odnoszącej się do wyposażenia długopisu w inny, niż standardowy wkład wymienny, innego producenta, niż producent długopisu, jest niewątpliwie przywołaniem nowej okoliczności, nowego parametru, nie ujętego w ofercie. Przystępujący, poprzez podanie nowych informacji, niezawartych uprzednio w treści oferty próbuje uzupełnić ofertę o nowe treści, które w konsekwencji prowadzą do zmiany jej treści.

Ponadto ww. nowe informacje powodują, że oferta podlegająca w swojej pierwotnej treści odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ, po złożeniu wyjaśnień, nie powinna już podlegać odrzuceniu.

Tym samym należy uznać, że informacje przedstawione przez Przystępującego, zawierające nowe treści nie ujęte w ofercie, a które skutkowałyby koniecznością uznania jego oferty za zgodną z SIWZ, podczas gdy w swej pierwotnej treści oferta ta była niezgodna z SIWZ, prowadzą do niedopuszczalnej na gruncie prawa zamówień publicznych zmiany treści oferty.

Przyjęcie wyjaśnień Przystępującego, na potwierdzenie zgodności oferty z treścią SIWZ stanowiłoby również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie można bowiem uznać, że zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości zostanie zachowana, jeżeli zostałyby przyjęte wyjaśnienia Przystępującego, w wyniku których oferta niezgodna z treścią SIWZ, stała się z nią zgodna.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, odnoszącej się do zapisów SIWZ pkt VI 6.3. z którego wynika, iż nie musiał on wypełniać pozycji 13, 14 i 15 „Oferowanego asortymentu”, ponieważ oferuje produkt referencyjny, a Zamawiający wymagał wypełnienia pozycji jedynie w przypadku oferowania produktu równoważnego.

Zgodnie z pkt VI.6.3 SIWZ:

*W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego:*

*Dotyczy Części I*

*a) opis oferowanego asortymentu (w formie tabelarycznego zestawienia dla pozycji asortymentowych wybranych przez zamawiającego tj. pozycji, w opisie których - w formularzu oferty- zamawiający wskazał znak towarowy lub nazwę producenta); opis będzie opracowany na*

wzorze przekazanym przez zamawiającego wraz z wezwaniem i będzie potwierdzał pełną zgodność proponowanego asortymentu z wymogami SIWZ;

Wykonawca wypełnia kolumnę nr 3 (oferowany asortyment) wykazu oferowanego produktu tylko w pozycjach, w których Wykonawca oferuje produkt równoważny (tj. inny niż opisany znakiem towarowym lub nazwą producenta w formularzu oferty).

Wymóg z SIWZ dotyczył długopisu poprzez odniesienie do wymaganych parametrów dla obudowy i wkładu – np. PENAC FX-7, PENTEL. Nie mniej jednak, Zamawiający wymagał aby opis potwierdzał pełną zgodność proponowanego asortymentu z wymogami SIWZ. Przystępujący wypełnił powyższą pozycję (choć jak twierdzi nie musiał) jednak zaoferował długopis, który nie spełniał wymagań Zamawiającego. Przystępujący nie może również twierdzić, że zaoferował produkt referencyjny, bowiem Zamawiający w odniesieniu do długopisu PENTEL wskazał jedynie producenta (oferującego szeroką gamę, długopisów o różnych parametrach) a nie konkretny jego produkt, jako referencyjny, którego wskazanie w ofercie świadczyłoby o jej zgodności z treścią SIWZ.

Izba podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, z godnie z którym zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ – jest z nią zgodna.

W analizowanym stanie faktycznym, nie można uznać, że Przystępujący zaoferował długopisy, których parametr dotyczący długości linii pisania spełnia wymóg Zamawiającego, a co za tym idzie, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ.

Wobec powyższego zarzut należy uznać za zasadny.

Izba nie podziela argumentacji Przystępującego, który twierdzi, że Odwołujący upatruje podstawy odrzucenia oferty, nie w jej treści lecz w złożonych przez Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp dokumentach dla potwierdzenia, że zaoferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Zatem, wg. Przystępującego, nawet gdyby uznać, że złożone dokumenty nie potwierdziły, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, z uwagi na ich charakter jako dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, podlegają one obligatoryjnemu uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a taka czynność nie została przez Zamawiającego dokonana.

W ocenie Izby podkreślenia wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający tak skonstruował zapisy SIWZ, że wykonawcy składając formularz oferty nie musieli identyfikować oferowanego asortymentu ani poprzez podanie danych produktu ani ich producentów jak również nie musieli składać żadnych dokumentów dotyczących oferowanych produktów, a jedynie odnosili się do ich cen jednostkowych i sumarycznych. Zatem Zamawiający otrzymał od wykonawców formularze ofertowe, nie mogąc dokonać weryfikacji zgodności oferowanych produktów z treścią SIWZ, pomimo iż postępowanie prowadzone było z zastosowaniem procedury określonej w art. 24aa Pzp. Zgodnie z art. 24aa Pzp, Zamawiający powinien w pierwszej kolejności dokonać oceny ofert, a następnie zbadać czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów, m.in. na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, poprzez wypełnienie załączonej do wezwania tabeli (załącznik nr 2 do wezwania) o nazwie „Opis oferowanego asortymentu” opracowanej przez Zamawiającego. W kolumnie nr 3 „Oferowany asortyment” należało podać producenta i nazwę produktu.

Izba podkreśla, że wskazanie oferowanego asortymentu w ramach ww. formularza stanowiło faktyczne złożenie oferty, bowiem dopiero w wyniku analizy jego treści, Zamawiający powziął wiedzę o tym, co jest przedmiotem składanej przez wykonawcę oferty. Formularz ten, pomimo zatytułowania go przez Zamawiającego „Opis oferowanego asortymentu” nie był opisem, lecz raczej wykazem oferowanego asortymentu, bowiem zgodnie z wzorem opracowanym przez Zamawiającego, wykonawca winien uzupełnić go o producenta oferowanego asortymentu i nazwę produktu. Nie był to zdaniem Izby dokument potwierdzający, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, lecz oferta, której treść podlega badaniu, w zakresie zgodności z treścią SIWZ. Zamawiający nie był zatem uprawniony do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia, uzupełnienia, lub poprawienia wykazu, bowiem takim działaniem doprowadziłby do zmiany treści oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp zd. drugie (...) niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany treści oferty. Co więcej, Przystępujący podczas rozprawy podkreślił, że jego zdaniem zapisy SIWZ nie były zgodne z prawem zamówień publicznych w tym zakresie, ale skoro nie zostało złożone odwołanie co do treści SIWZ, to zapisy SIWZ stają się obowiązujące.

Należy podkreślić, iż poprzez zapisy SIWZ, Zamawiający nie może kreować sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które w konsekwencji mogą doprowadzić do działań niezgodnych z zapisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Bez znaczenia dla sprawy jest również podnoszony przez Przystępującego argument, że nie zostało złożone odwołanie dotyczące zapisów SIWZ. Nie jest zatem uprawnione twierdzenie, że niezgodne z prawem zapisy SIWZ, co do których nie zostanie wniesione odwołanie, staną się obowiązującym prawem, umożliwiającym Zamawiającemu działanie wbrew ustawie Pzp. Jednakże do takich wniosków prowadzi argumentacja Przystępującego, który twierdzi, że treścią jego oferty jest

wyłącznie formularz ofertowy wraz z kalkulacją ceny, a formularz w którym wskazany jest oferowany asortyment należy uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba podkreśla, że taka argumentacja jest nieuprawniona, a niezgodnie z Pzp zapisy w SIWZ, nie uprawniają do działania naruszającego prawo zamówień publicznych. Działanie takie stanowiłoby obejście obowiązujących przepisów i umożliwienie Zamawiającemu - poprzez konstrukcję zapisów w SIWZ, wprowadzenie reguł niedozwolonych prawem zamówień publicznych.

Reasumując, Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Przystępującego do uzupełnienia załącznika nr 2 – „Opisu oferowanego asortymentu”, bowiem dokument ten - pomimo zatytułowania go: „Opis oferowanego asortymentu” i wezwania Przystępującego do jego złożenia w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. nie stanowił dokumentu, na potwierdzenie że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, lecz stanowił wykaz oferowanego asortymentu, tj. treść oferty, która nie podlega uzupełnieniu ani zmianie.

Powyższe, wskazuje również na potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez błędny wybór oferty niebędącej najkorzystniejszą, zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie wycofanego przez Odwołującego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie pozycji 46, 49 i 21 „Opisu oferowanego asortymentu”.

W powyższych okolicznościach należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

**Przewodniczący: .....**



