

Sygn. akt: KIO 2300/13

WYROK
z dnia 14 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 października 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **27 września 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **IBEX International Sp. J. E. W., W. K., ul. Żelazna 54, 00-852 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta RP, ul. Wiejska 10, 00-902 Warszawa,**

przy udziale

wykonawcy **PAPIRUS R. K. Artykuły piśmiennicze i biurowe ul. Ułańska 5, 99-400 Łowicz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **IBEX International Sp. J. E. W., W. K., ul. Żelazna 54, 00-852 Warszawa**

i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **IBEX International Sp. J. E. W., W. K., ul. Żelazna 54, 00-852 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta RP, ul. Wiejska 10, 00-902 Warszawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »zakup i dostarczanie artykułów biurowych dla Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta RP«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych **31.07.2013 r.** pod nrem **153351-2013**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **23.09.2013 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **PAPIRUS R. K. Artykuły piśmiennicze i biurowe ul. Ułańska 5, 99-400 Łowicz;**
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy **IBEX International Sp. J. E.W., W.K., ul. Żelazna 54, 00-852 Warszawa**, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca **IBEX International Sp. J. E. W., W. K., ul. Żelazna 54, 00-852 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł **27.09.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego jako oferty sprzecznej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: specyfikacja), mimo, że nie zachodziły żadne przesłanki ustawowe do odrzucenia oferty;
- 2) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Roberta K. – Hurtownia PAPIRUS Robert K., ul. Ułańska 5, 99-400 Łowicz.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 – przez jego zastosowanie do oferty odwołującego i jej odrzucenie jako sprzecznej z pozycjami: 153, 154 i 225 opisu przedmiotu zamówienia zawartego w „Formularzu cenowym – Opisie Przedmiotu Zamówienia – ofercie wykonawcy”, stanowiącym załącznik nr 7 do specyfikacji, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, podczas

gdy oferta odwołującego spełnia wymagania zamawiającego w zakresie wymienionych pozycji;

- 2) naruszenie art. 29 ust. 3 Pzp – przez nieuznanie za produkt równoważny produktu oferowanego przez odwołującego w poz. 225 „Formularza cenowego – Opisu Przedmiotu Zamówienia – ofercie wykonawcy” załączonego do oferty, w czym zamawiający uchybił zasadzie uczciwej konkurencji, podczas gdy oferowany przez odwołującego w poz. 225 produkt jest równoważny wymaganemu przez zamawiającego w tej pozycji
- 3) skutkiem powyższych naruszeń ustawy przez zamawiającego nastąpiło naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp – przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Roberta K. Hurtownia PAPIRUS Robert K., podczas gdy jako najkorzystniejsza w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert powinna zostać wybrana oferta odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uznania za niezgodną z prawem czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności z dnia 23 września 2013 r. wyboru oferty wykonawcy Robert K. – Hurtownia PAPIRUS Robert K. jako najkorzystniejszej;
- 3) uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez odwołującego.

Argumentacja odwołującego

Zgodność oferty odwołującego z poz. 153 i poz. 154 „Formularza cenowego – Opisu Przedmiotu Zamówienia – oferty wykonawcy”

Zamawiający wskazał następujące wymagania w zakresie pozycji 153 i 154 „Formularza cenowego – Opisu Przedmiotu Zamówienia – oferty wykonawcy”, stanowiącego załącznik nr 7 do specyfikacji (str. 37 specyfikacji):

„153: Wizytownik obrotowy na 400 wizytówek, 200 przezroczystych, dwustronnych koszulek na wizytówki, koszulki w rozmiarze 67x102 mm, 24 przekładki alfabetyczne, otwarty, stabilna konstrukcja, czarny,

154: Koszulki do wizytowników obrotowych. 40 szt., dwustronne, przezroczyste, rozmiar 67x102 mm”.

Odwołujący w ofercie w formularzu zatytułowanym „Formularz cenowy – Opis przedmiotu Zamówienia – oferta wykonawcy wskazał w poz. 153 i 154 wizytownik obrotowy i koszulki do wizytownika biurowego firmy Durable.

Oferta odwołującego, jak wskazano, została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza pismem z 11.09.2013 r.

Przed tym wyborem odwołujący nie był wzywany do wyjaśnień treści oferty w zakresie wymiarów koszulek do wizytownika obrotowego, zatem nie ulegało wątpliwości, że oferowane koszulki mają wymiary zgodne z wymaganiami zamawiającego.

Następnie, 13.09.2013 r. zamawiający e-mailem zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia treści oferty w zakresie wymiarów koszulek. W odpowiedzi odwołujący e-mailem z 16.09.2013 r. wyjaśnił, że cyt. „Zaoferowany przez nas w poz. 153 wizytownik posiada koszulki o wymiarze wewnętrznym (użytkowym) 67x102. Informacja z firmy Durable w załączeniu. Zaoferowane przez nas w poz. 154 koszulki do wizytownika Durable posiadają wymiar wewnętrzny (użytkowy) 67x102”.

Mimo złożonych wyjaśnień, zamawiający pismem z 23.09.2013 r. odrzucił ofertę odwołującego. Jako uzasadnienie podstawy odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) zamawiający wskazał, że odwołujący cyt. „153 – zaoferował wizytownik o rozmiarach niezgodnych z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający wymagał wizytownika o wymiarach 67x102 mm natomiast zaproponowany wizytownik firmy Durable ma koszulki o wymiarach 72x104 mm; 154 – zaoferował koszulki do wizytownika o rozmiarach niezgodnych z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający wymagał koszulek o wymiarach 67x102 mm natomiast zaproponowane koszulki firmy Durable ma koszulki o wymiarach 72x104 mm”.

Odwołujący podnosi, że jego oferta jest zgodna w zakresie poz. 153 i 154 z załącznikiem nr 7 do specyfikacji – „Formularz cenowy – Opis Przedmiotu Zamówienia – oferta wykonawcy”. Zaoferowany przez odwołującego wizytownik ma koszulki o wymiarach wewnętrznych (użytkowych) zgodnych z wymaganiami specyfikacji tj. 67x102 mm.

Zamawiający wymagał, aby koszulki w zamawianym wizytowniku (poz. 153) i zamawiane osobno koszulki (poz. 154) miały wymiary w milimetrach: 67x102.

Wbrew stanowisku zamawiającego wyrażonym w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający nie podawał wymaganych wymiarów wizytownika obrotowego, a jedynie koszulek do tego wizytowania. Zamawiający nie wymagał wizytownika o wymiarach 67x102 mm, gdyż wymiar ten odnosił się zgodnie z opisem poz. 153 i poz. 154 do koszulek.

Zamawiający określił wymagane wymiary koszulki do wizytownika przez wskazanie wymiarów: „wymiar 67x102 mm” nie precyzując czy podany wymiar dotyczy wymiaru wewnętrznego (użytkowego) koszulki, czy też wymiaru zewnętrznego (czyli obejmującego zarówno obszar użytkowy, w którym jest umieszczana karta, jak i znajdujący się na bokach koszulki obszar zgrzewów bocznych).

Jednak przy podawaniu wymiarów koszulek stosuje się w praktyce podawanie wymiarów wewnętrznych, co wynika z faktu, że odbiorców interesuje ich funkcja użytkowa (czyli wymiar wewnętrzny), a jednocześnie zgrzewy tych koszulek mają różne wymiary, tj. liczą zwykle

kilka milimetrów. Np. koszulka A-4 do segregatora wcale nie oznacza, że jej wymiar zewnętrzny wynosi 210x297 mm. Jej wymiar zewnętrzny jest powiększony o zgrzew. Natomiast wykładnikiem tego rozmiaru jest fakt, że w koszulce ma się zmieścić kartka formatu A-4 (czyli 210x297 mm). To samo dotyczy koszulek na wizytówki, folderów, itp.

Zatem uprawnionym jest przyjęcie, że zamawiający określił jako wymagany wymiar wewnętrzny (użytkowy) koszulki, a wątpliwości jakie ewentualnie mogłyby powstawać w tym zakresie powinny być rozstrzygane na korzyść odwołującego.

Nie sposób rozumieć podanego wymiaru jako wymiaru zewnętrznego, bowiem z punktu widzenia zamawiającego istotny jest wymiar wewnętrzny. Zamawiający podając ten wymiar gwarantuje sobie możliwość wkładania do koszulek kart o określonym przez siebie rozmiarze. Natomiast podawanie wymiaru zewnętrznego koszulek w żaden sposób nie gwarantowałoby zamawiającemu, że uzyska koszulki umożliwiające wykładnie do nich kart o konkretnych, wybranych przez siebie rozmiarach. Wręcz przeciwnie, prowadziłyby do tego, że zamawiający nie wiedziałby o jakich wymiarach karty będzie mógł wkładać do koszulek i czy będą to karty jednego rozmiaru czy różnych rozmiarów. Rozumienie podanego w specyfikacji wymiaru koszulek jako rozmiaru zewnętrznego oznaczałoby, że spełniającym wymagania zamawiającego jest przedstawienie koszulek o takim samym rozmiarze zewnętrznym, ale o różnych wymiarach wewnętrznych (rozmiar wewnętrzny jest obojętny).

Brak pytań wykonawcy wobec tak opisanego w specyfikacji wymiaru był skutkiem oczywistego dla wykonawcy brzmienia specyfikacji.

Rozumienie podanego wymiaru koszulek, jako rozmiaru zewnętrznego prowadziłyby do nieporównywalności ofert w zakresie złożonych koszulek, bowiem mogłyby to być koszulki o różnym (dowolnym) wymiarze wewnętrznym, a zatem umożliwiałyby użytkowanie kart wkładanych do tych koszulek o różnych (i do tego dowolnych) wymiarach.

Podawanie jako wymaganego w specyfikacji rozmiaru zewnętrznego wynoszącego 67x102 mm mogłoby być potraktowane jako ograniczenie uczciwej konkurencji przez wskazanie na danego producenta. Wizytownik bowiem, który wg karty katalogowej ma koszulki o wymiarze 67x102 mm to wizytownik firmy Rolodex, który został zaoferowany przez wybranego w postępowaniu wykonawcę.

Nieuznawanie wymiaru zewnętrznego koszulki wynoszącego 72x104 mm, podczas gdy wymiar wewnętrzny jest zgodny z parametrami wskazanym przez zamawiającego, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Nie jest usprawiedliwione żadnymi obiektywnymi potrzebami zamawiającego wyłączenie z możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawców, którzy oferują koszulki do wizytowników o różnej grubości zgrzewów, w szczególności, jeśli różnice w grubości zgrzewów poszczególnych producentów wynoszą zaledwie kilka milimetrów.

Odwołujący przedstawił oświadczenie z 25.09.2013 r. producenta oferowanego przez odwołującego wizerownika obrotowego – firmy Durable, z którego to oświadczenia wynika potwierdzenie, że wewnętrzne wymiary krawędzi koszulki wynoszą 67x102 mm, a zatem są zgodnie z wymogami zamawiającego.

Zgodność oferty odwołującego z poz. 225 „Formularza cenowego – Opisu Przedmiotu Zamówienia – oferty wykonawcy”

Zamawiający wskazał wymagania w zakresie pozycji 225 „Formularza cenowego – Opisu Przedmiotu Zamówienia – oferty wykonawcy, stanowiącego załącznik nr 7 do specyfikacji (str. 43 specyfikacji) cyt. „Biurowy podajnik taśmy klejącej typu Scotch C-38; obciążona, stabilna podstawa, paski z gumy antypoślizgowej, zapobiegające jego przesuwaniu się po biurku, umożliwiające odrywanie taśmy jedną ręką; wbudowany metalowy nożyk ułatwiający odcinanie taśmy. Różne kolory”.

Producentem referencyjnego podajnika jest firma 3M.

Zgodnie z pkt 5.5. specyfikacji: „Zgodnie z art. 29 ust. 3 oraz art. 30 ust. 4 ustawy [Pzp] zamawiający – w przypadku przedmiotu zamówienia opisanego za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia – dopuszcza składanie ofert równoważnych o parametrach jakościowych (technologicznych) nie gorszych niż podane w załączniku nr 7 do specyfikacji”.

Odwołujący w ofercie, w formularzu zatytułowanym „Formularz cenowy – Opis Przedmiotu Zamówienia – oferta wykonawcy” wskazał w poz. 225 (jako produkt równoważny do wskazanego w poz. 225) biurowy podajnik taśmy klejącej firmy Donau.

Ponadto zgodnie z wymaganiem specyfikacji (pkt 5.7 lit. b) na potwierdzenie zgodności oferowanego podajnika z podajnikiem określonym w poz. 225 jako referencyjny, odwołujący przedstawił zamawiającemu wzór oferowanego podajnika firmy Donau.

Oferta odwołującego, jak wskazano, została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza pismem z 11.09.2013 r. Przed tym wyborem odwołujący nie był wzywany do wyjaśnień treści oferty w zakresie oferowanego przez siebie podajnika, a zamawiający pozywanie zweryfikował przedstawioną przez odwołującego próbkę i uznał ją za potwierdzającą wymagania specyfikacji w zakresie poz. 225. Zatem nie ulegało wątpliwości, że oferowany przez odwołującego podajnik spełniał wymagania zamawiającego.

Następnie, 13.09.2013 r. zamawiający e-mailem zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia treści oferty w zakresie koloru oferowanego podajnika. W odpowiedzi odwołujący e-mailem z 16.09.2013 r. wyjaśnił, że wskazany jako referencyjny w poz. 225 podajnik C-38 firmy 3M występuje również (tak jak oferowany przez odwołującego) wyłącznie w kolorze czarnym.

Mimo złożonych wyjaśnień, zamawiający pismem z 23.09.2013 r. odrzucił ofertę odwołującego, jako uzasadnienie podstawy odrzucenia (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) wskazując, że odwołujący:

„225 – zaoferował podajnik firmy Donau, który występuje tylko w kolorze czarnym. Zamawiający wymagał, aby oferowane podajniki oferowane były w różnych kolorach”.

Oferta odwołującego jest zgodna w zakresie poz. 225 z załącznikiem nr 7 do specyfikacji – „Formularze cenowy – Opis Przedmiotu Zamówienia – oferta wykonawcy”.

Przy założeniu, że wymogiem zamawiającego wyrażonym w poz. 225 było uzyskanie podajników w kilku kolorach, podajnik może być zamawiającemu przez odwołującego dostarczony w wymienionych kilku kolorach.

Na potwierdzenie tego odwołujący załącza oświadczenie jedyne (wyłącznie) w Polsce dystrybutora oferowanego przez odwołującego podajnika – firmy PBS z 27.09.2013 r. potwierdzające, że na specjalne zamówienie partnerów handlowych firma ta jest w stanie zrealizować różne nietypowe zamówienia wykraczające poza standardową ofertę katalogową tej firmy.

Mając powyższe na uwadze, podkreślić należy, że oferta odwołującego w zakresie oferowanego podajnika taśmy klejącej nie może być uważana za sprzeczną z treścią specyfikacji w zakresie poz. 225, zatem nie zachodziła podstawa do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponadto podnieść należy, że określenie w poz. 225 „Różne kolory” oznacza dopuszczenie, by podajniki były w różnych kolorach, natomiast nie oznacza takiej konieczności (obowiązku).

Wniosek taki nie jest sprzeczny z wykładnią literalną pozycji 225 (najpierw podano typ referencyjny, potem wymagania funkcjonalne, a po kropce wskazano, że mogą to być różne kolory).

Zamawiający, wzorując się na podajniku firmy 3M typ Scotch C-38 podaje różne cechy tego podajnika, które uznał za istotne i które wobec tego powinny posiadać oferowane produkty równoważne: „obciążona, stabilna podstawa, paski z gumy antypoślizgowej, zapobiegające jego przesuwaniu się po biurku, umożliwiający odrywanie taśmy jedną ręką; wbudowany metalowy nożyk ułatwiający odcinanie taśmy”. Zamawiający nie uznał natomiast za istotną cechę tego, żeby oferowany podajnik występował w koniecznie w różnych kolorach, gdyż w przeciwnym wypadku nie podawałby jako wzorcowego modelu – modelu Scotch C-38 firmy 3M.

Ponadto tylko przyjęcie takiego rozumienia tej pozycji zapewnia zachowanie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu i zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, w który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp). Zawarcie umowy wbrew temu zakazowi (wyłonienie oferty sprzecznie ze specyfikacją albo z

uwzględnieniem wymagań specyfikacji ograniczających uczciwą konkurencję) może oznaczać zawarcie umowy podlegającej unieważnieniu (art. 146 ust. 6 Pzp).

Zamawiający zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp dopuścił złożenie oferty w zakresie poz. 225 na rozwiązanie równoważne i podał wymagane parametry tej równoważności: „obciążona, stabilna podstawa, paski z gumy antypoślizgowej, zapobiegające jego przesuwaniu się po biurku, umożliwiające odrywanie taśmy jedną ręką; wbudowany metalowy nożyk ułatwiający odcinanie taśmy”.

Oznacza to, że zamawiający wskazał, jakie produkty uzna za równoważne i wobec tego za równoważny jest uznawany produkt, który spełni wskazane wymagania równoważności, a nie żadne inne. Wskazanie jako wymogu kilku kolorów podajnika taśmy klejącej nie mogłoby być w jej przypadku uznane za opis parametrów równoważności, bo kolor tego podajnika nie świadczy o jego funkcjach i właściwościach. Podkreślić należy, że potwierdzenie równoważności przez oferowany przez odwołującego produkt nie zostało zakwestionowane przez zamawiającego.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 17 grudnia 2012 r., sygn. KIO 2621/12:

„1. Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w specyfikacji, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem.

Istotne jest, że produkt równoważny nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry”.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 30 października 2012 r., sygn. KIO 2251/12: „Określając równoważność w znaczeniu funkcjonalnym zamawiający dopuszczając rozwiązania równoważne w rozumieniu przepisu art. 29 ust. 3 Pzp, powinien określić przynajmniej minimalne parametry albo oczekiwane rozwiązania technologiczne, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez to urządzenie, które dla zamawiającego będą najbardziej istotne przy ocenie ofert zawierających wskazane rozwiązania równoważne”.

Podobnie wyrok KIO z 9 listopada 2012, sygn. KIO 2334/12:

„Zamawiający, dopuszczając rozwiązania równoważne, będąc zobowiązany do ich dopuszczenia, ma wykazać kryteria (cechy) uznania określonego systemu za równoważny”.

Również wyrok KIO z 12 listopada 2012 r., sygn.: KIO 2283/12:

„1. Samo podanie w specyfikacji określenia »lub równoważny« bez podania co pod tym pojęciem zamawiający rozumie nie czyni zadość przepisom ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Dopuszczenie produktów równoważnych nie może być bowiem iluzoryczne, lecz rzeczywiste.

2. Produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu

referencyjnego parametry i funkcjonalności, gdyż pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów”.

Także wyrok KIO z 2 października 2012 r., sygn. KIO 2028/12:

„1. Wprawdzie wykonawca ma w myśl art. 30 ust. 5 Pzp obowiązek wykazać, że oferowane przez niego dostawy odpowiadają równoważnym wymaganiom określonym przez zamawiającego, jednak uprzednim obowiązkiem zamawiającego jest podanie kryteriów spełnienia warunków równoważności, według których oferta równoważna wykonawcy miałyby być oceniana.

Spełnienie wymogów zamawiającego, tyle że w odmienny sposób stanowi istotę równoważności.

Wyrób równoważny nie musi być identyczny z opisanym w specyfikacji. Powinien natomiast zapewniać zakładane funkcjonalności użytkowe, potwierdzające w pełni przydatność wyrobu do zamierzonego stosowania i poziom ich jakości – niezawodności”.

Wymaganie by podajniki biurowe występowały w ofertach wykonawców w różnych kolorach, byłoby wymaganie nieuzasadnionym żadnymi obiektywnymi potrzebami zamawiającego.

Podajnik taśmy klejącej będąc drobnym sprzętem biurowym ma spełniać funkcję, do której jest przeznaczony (czyli podawać taśmę) i być wygodny w użyciu (w sposób opisany w poz. 25), natomiast celem jego zamówienia nie jest zapewnienie różnorodności barw, w jakich ten podajnik występuje.

Przeciwny wniosek oznaczałby bezprawne ograniczenie konkurencji pośród wykonawców oferujących podajniki spełniające co prawda wymagania funkcjonalne, jedynie do wykonawców oferujących podajniki tych producentów, którzy oferują podajniki co najmniej w dwóch kolorach (np. czarnym i białym). W szczególności podkreślić należy, że wyłączeniu z udziału w postępowaniu podlegaliby wykonawcy spełniający wszystkie wymagania funkcjonalne, ale dysponujący podajnikiem tylko w jednym kolorze, w tym nie tylko wykonawcy oferujący (tak jak odwołujący) podajnik firmy Donau, ale także wykonawcy oferujący produkt wskazany jako wzorcowy firmy 3M. Tymczasem ewentualny wymóg poz. 225 dotyczący żądania różnych kolorów, jako ograniczający konkurencję, byłby niedopuszczalny (stopień takiego ograniczenia musiałby być proporcjonalny do wagi potrzeby zamawiającego posiadania różnych kolorów podajników taśmy klejącej).

Na konieczność wyważenia wymagań zamawiającego w stosunku do ograniczenia konkurencji zwraca uwagę KIO: „Stopień komfortu, ergonomii czy bezpieczeństwa użytkowania danego przedmiotu zamówienia nie są to względy przemożne (gdy inne produkty obecne na rynku zapewniają zamawiającemu powyższe, co prawda w stopniu niższym, ale wystarczającym), które uzasadniałyby konieczność dokonania zakupu w taki

sposób, aby w ogóle wyłączyć konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia” (wyrok KIO z 18 listopada 2012 r., sygn. KIO 2482/12).

Dodatkowo odwołujący, gdyby oferował produkt wskazany przez zamawiającego jako referencyjny, również nie byłby w stanie zaoferować podajnika w różnych kolorach. Natomiast w przypadku zawarcia umowy z wybranym wykonawcą na dostawę podajnika Scotch C-38, dostarczenie tego podajnika w różnych kolorach byłoby świadczeniem niemożliwym do wykonania.

Mając na uwadze, że zamawiający w opisie poz. 225 kładzie nacisk na funkcje tego modelu referencyjnego wskazując parametry równoważności, w których będzie oceniał produkt, a model referencyjny występuje wyłącznie w kolorze czarnym, wskazanie dodane na końcu pkt 225 po kropce „Różne kolory” należy rozumieć jako niebezwzględny wymóg dostarczenia podajników w różnych kolorach, ale jako dopuszczenie przez zamawiającego, by podajniki występowały w różnych kolorach. Oznacza to, że zamawiający dopuszcza kolor czarny (jak w przypadku produktu referencyjnego) albo inny kolor lub inne kolory. Jedynie taka wykładnia opisu poz. 225 wskazuje, że wymóg zawarty w tej pozycji jest spójny i logiczny, a jednocześnie zgodny z zasadą uczciwej konkurencji.

Zaoferowany przez odwołującego w poz. 225 produkt jest produktem równoważnym do wymaganego przez zamawiającego.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **27.09.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **27.09.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

29.09.2013 r. wykonawca **PAPIRUS R. K. Artykuły piśmiennicze i biurowe ul. Ułańska 5, 99-400 Łowicz** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1)** wydruki ze strony internetowej www.backstar.pl jako **dowód nr 1** na potwierdzenie, że podajnik referencyjny zabarwiony na niebiesko występuje wyłącznie w zestawie z 4 taśmami i jest o wiele droższy niż podajnik w kolorze czarnym;

2) (**dowód nr 6**) informacje firmy 3M o podajnikach biurowych jako **dowód nr 6** na wykazanie, że tylko indywidualnie podajnik jest oferowany tylko w kolorze czarnym i podajnik w kolorze niebieskim jest oferowany tylko w zestawie z 4 sztukami taśmy;

3) (**dowód nr 7**) wydruk z katalogu przystępującego jako **dowód nr 7** na wykazanie, że przystępujący również oferuje podajniki niebieskie tylko w kompletach z taśmami;

dowodów złożonych przez zamawiającego:

4) (**dowód nr 2 i 3**) karty katalogowe z katalogu firmy Durable odnośnie wizytowników jako **dowód nr 2 i 3** na potwierdzenie stosowania wymiarów w wyrobach firmy Durable, wymiary te wynoszą 72x104 mm są to wymiary zewnętrzne wraz ze spojeniem;

5) (**dowód nr 4**) wydruki ze stron internetowych firmy 3M jako **dowód nr 4** na wykazanie, że podajniki występują w różnych kolorach bez kompletów

6) (**dowód nr 5**) dowód zakupu podajnika do taśmy jako **dowód nr 5** na wykazanie, że podajnik w kolorze niebieskim do taśmy można nabyć bez taśm;

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego, jako sprzecznej z pozycjami: 153, 154 i 225 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 7 do specyfikacji), które to odrzucenie doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, podczas gdy oferta odwołującego spełnia wymagania zamawiającego w zakresie wymienionych pozycji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający wskazał następujące wymagania w zakresie pozycji 153 i 154 „Formularza cenowego – Opisu Przedmiotu Zamówienia – oferty wykonawcy”, stanowiącego załącznik nr 7 do specyfikacji (str. 37 specyfikacji): „153: Wizytownik obrotowy na 400 wizytówek, 200 przezroczystych, dwustronnych koszulek na wizytówki, koszulki w rozmiarze 67x102 mm, 24 przekładki alfabetyczne, otwarty, stabilna konstrukcja, czarny, 154: Koszulki do wizytowników obrotowych. 40 szt., dwustronne, przezroczyste, rozmiar 67x102 mm”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że z zawarcia dwóch wymiarów – długości i szerokości opisujących koszulki wynika, że zamawiający żądał koszulek o kształcie prostokąta o ściśle podanych wymiarach 67x102 mm i dostosowanego do tych koszulek wizytownika. Gdyby zamawiający dopuszczał zaoferowanie koszulek o innych kształtach zawarłby to w opisie przedmiotu zamówienia.

Natomiast odwołujący zaferował koszulki, w których dolna krawędź jest zaokrąglona, i z powodu tego zaokrąglenia dolnego brzegu koszulka musi być „zespawana” [i w związku z tym posiada dwa różne wymiarowania wewnętrzny i zewnętrzny], ale dzięki temu wizytówki nie wysuwają się z koszulki i każdy rodzaj wizytówki mieści się w tej koszulce. Wynika to z oświadczenia odwołującego na rozprawie (protokół) oraz z okazanych na rozprawie kopert na wizytówki – prostokątnej (zgodnej z wymaganiami zamawiającego) i – posiadającej zaokrąglenie (zgodnej z ofertą odwołującego).

Skład orzekający Izby stwierdza, że wymiarów koszulek z zaokrąglonym jednym z boków nie da się podać używając tylko dwóch danych dotyczących wymiarów długości i szerokości, ale trzeba dodać np. jeszcze dane dotyczące promienia zaokrąglenia i wskazania którego boku to zaokrąglenie dotyczy bądź np. trzeba opisać słownie ten kształt. W związku z tym, że zamawiający przewidział składanie ofert na koszulki prostokątne, których wymiary zewnętrzne podawane w milimetrach są równe wymiarom wewnętrznym, zamawiający musiał stwierdzić, że odwołujący zaferował koszulki o innym kształcie niż prostokąt – z zaokrąglonym brzegiem dolnym i ze spawem, czyli odwołujący złożył ofertę zawierającą treść nieodpowiadającą treści specyfikacji. Jest obojętne czy treść oferty została wyrażona słownie czy została wyrażona planami, projektami, rysunkami, modelami, próbkami, wzorami, programami komputerowymi oraz innymi podobnymi materiałami. Zawartość treści oferty została określona w rozpoznawanym zakresie w art. 97 ust. 2 Pzp, który brzmi „Zamawiający zwraca wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek, złożone przez nich plany, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory, programy komputerowe oraz inne podobne materiały”.

W związku z zaferowaniem przez odwołującego przedmiotu, który nie odpowiada specyfikacji, zamawiający był obowiązany zastosować się do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucić ofertę odwołującego. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi „Zamawiający odrzuca ofertę,

jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 [Pzp]”. W rozpoznawanym postępowaniu nie mogło być zastosowane zastrzeżenie dotyczące art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż zaoferowanie przedmiotu, który nie odpowiadał specyfikacji nie było wynikiem omyłki. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp brzmi „Zamawiający poprawia w ofercie [...] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wykonawca zamierzający zaoferować przedmiot odbiegający od wymagań zamawiającego określonych w specyfikacji, jak w rozpoznawanym przypadku, może przed upływem terminu składania ofert zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji wskazując kwestię np. zaokrąglenia jednego z boków koszulki, istnienia spawów czy różnych wymiarów zewnętrznych i wewnętrznych koszulki. Art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp brzmi „Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Odpowiednia treść wystąpienia do zamawiającego może doprowadzić do wyjaśnienia problemu, doprecyzowania specyfikacji, a nawet do zmiany specyfikacji na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp, który to przepis brzmi „W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Odwołujący nie skorzystał z możliwości zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienia treści specyfikacji, w związku z tym musiał złożyć ofertę na przedmiot zamówienia odpowiadający dokładnie wymaganiom zamawiającego określonym w specyfikacji, a kilku milimetrowe odstępstwo w wymiarach koperty wynikające z zastosowania innego kształtu kopert niż prostokąt w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, gdzie była mowa tylko o prostokątnych kopertach, musiało skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wobec tych konstatacji skład orzekający Izby jest obowiązany stwierdzić, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego, jako sprzecznej z pozycjami: 153, 154 opisu przedmiotu zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut drugi – bezpodstawnego odrzucenia oferty ze względu na uznanie, że zaoferowany przedmiot nie spełnia wymagania określonego w poz. 225 „Formularza cenowego – Opisu Przedmiotu Zamówienia – ofercie wykonawcy” lub nie jest produktem równoważnym – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wskazał wymagania w zakresie pozycji 225 „Formularza cenowego – Opisu Przedmiotu Zamówienia – oferty wykonawcy”, stanowiącego załącznik nr 7 do specyfikacji (str. 43 specyfikacji) cyt. „Biurkowy podajnik taśmy klejącej typu Scotch C-38;

obciążona, stabilna podstawa, paski z gumy antypoślizgowej, zapobiegające jego przesuwaniu się po biurku, umożliwiający odrywanie taśmy jedną ręką; wbudowany metalowy nożyk ułatwiający odcinanie taśmy. Różne kolory”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że określenie „Różne kolory” mogło być rozumiane brak zainteresowania zamawiającego złożeniem oferty na jakiegokolwiek konkretne kolory podajników, czy liczbę kolorów, w których ma być zaoferowany przedmiot. Dodatkowo do takiego wniosku można dojść porównując treść postanowień załącznika nr 7 do specyfikacji w poz. 1 „[...] etui 6 kolorów”, poz. 2 „[...] czarny [...]”, poz. 4 „[...] obudowa w kolorze atramentu: czarny, niebieski, czerwony”, poz. 5 „[...] różne kolory, op. 12 kolorów”, poz. 8 „[...] kolor czarny, zielony, czerwony, niebieski” itd., gdzie zamawiający będąc zainteresowanym w nabyciu produktów w określonych kolorach lub w określonej liczbie kolorów wyraźnie to wyartykułował.

W związku z tym brzmieniem wymagania można stwierdzić, że kolor podajnika jest dla zamawiającego cechą indyferentną („różne kolory” bez wyróżnienia koloru czy wskazania minimalnej liczby kolorów) i dlatego zamawiający nie może powołując się na brak zaoferowania co najmniej dwóch kolorów podajników odrzucić oferty odwołującego wskazując, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji.

Jednak ze względu na konieczność odrzucenia oferty z powodu wystąpienia przyczyn określonych w analizie zarzutu pierwszego oferta odwołującego podlega odrzuceniu. Dlatego naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jest to przyczyną, dla której skład orzekający Izby nie może uwzględnić odwołania, co wynika z art. 192 ust. 2 Pzp, przepis ten brzmi „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci – naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp – przez dokonanie wyboru oferty przystępującego, podczas gdy zdaniem odwołującego jako najkorzystniejsza w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert powinna zostać wybrana oferta odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający był obowiązany odrzucić ofertę odwołującego i dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, który brzmi „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazał naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez zamawiającego. Z tego względu skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut trzeci – naruszenia art. 91 ust. 1

Pzp – przez dokonanie wyboru oferty przystępującego nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych lub naruszył je w sposób, który nie miał wpływu bądź nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę dowodów przedstawionych przez strony i przystępującego, gdyż dowody te nie dotyczyły istoty sporu – kwestii zasadności odrzucenia oferty odwołującego.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....