

Sygn. akt: KIO 2007/13

WYROK
z dnia 3 września 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2013 roku przez wykonawcę **Biuro Plus Kitta i spółka sp. j. z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 3294 w Świdwinie**,

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam P., z siedzibą w Bydgoszczy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Biuro Plus Kitta i spółka sp. j. z siedzibą w Szczecinie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Biuro Plus Kitta i spółka sp. j. z siedzibą w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z dnia 9 sierpnia 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koszalinie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 19 sierpnia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 9 sierpnia 2013 roku, poz. 907 - dalej: „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca Biuro Plus Kitta i Spółka sp. j. z siedzibą w Szczecinie - dalej: „Odwołujący”.

Postępowanie prowadzi Zamawiający: Jednostka Wojskowa nr 3294 w Świdwinie w trybie przetargu nieograniczonego pt.: „Dostawa tonerów, tuszy i innych materiałów eksploatacyjnych do urządzeń powielających oraz drukarek i faksów”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 lipca 2013 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 279112 - 2013.

Odwołanie wniesiono wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, że treść oferty Odwołującego odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), zatem nie zachodzi wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przesłanka odrzucenia oferty.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1 i 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wadliwe ich zastosowanie albo zaniechanie ich zastosowania.

Powyższe nastąpiło poprzez:

- wadliwe wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty w zakresie dokumentu, który jest zbędny dla badania i oceny ofert, gdyż z analizy pozostałych dokumentów jednoznacznie wynika, że treść oferty odpowiada treści SIWZ;
- odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze wskazaniem w uzasadnieniu, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, gdy w rzeczywistości jej treść odpowiada treści SIWZ, albowiem zawarte są w niej dokumenty, które powyższe należyce potwierdzają;
- wybór oferty najkorzystniejszej konkurencyjnego wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, w tym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), w sytuacji gdy to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil o:

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej konkurencyjnego wykonawcy;
- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
- przeprowadzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem wszelkich dokumentów

zawartych w ofercie Odwołującego i pominięciem dokumentów zbędnych dla badania i oceny oferty Odwołującego;

- wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zaznaczył, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest wykonawcą zdolnym do jego wykonania, który złożył ofertę, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, albowiem ma najniższą spośród nich cenę. Odwołujący, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, może ponieść realną szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia, które powinien uzyskać. W trakcie postępowania Zamawiający z niezrozumiałych powodów wadliwie odrzucił ofertę Odwołującego, pomimo że oferta ta nie podlegała odrzuceniu i jako taka powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Bez wątpliwa dokonany wybór najkorzystniejszej oferty odbył się z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które negatywnie skutkuje w sferze interesów Odwołującego, który nie może uzyskać zamówienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Wskazano, że Zamawiający poinformował o wynikach badania i oceny ofert oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 13 sierpnia 2013 r. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam P. z siedzibą w Bydgoszcy.

W uzasadnieniu Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a to ze względu na rzekome zaoferowanie w pozycji 172. formularza cenowego Odwołującego produktu równoważnego, tj.: „JetWord, kod OEM Kx-Fa 84, rodzaj REGENEROWANY”, co nie odpowiada prawdziwej treści wymienionego formularza cenowego oferty Odwołującego.

Powyższe nie polega na prawdzie, albowiem z treści oferty Odwołującego wprost i jednoznacznie wynika, że 172. pozycja formularza cenowego zawiera w kolumnie: „Marka i model” następującą treść: „IC-PKXFA83”. Opis ten wskazuje więc wprost na użycie innego produktu niż wskazany przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Nie wiadomo więc dlaczego Zamawiający uznał, że treść 172. pozycji formularza cenowego jest inna niż rzeczywiście w niej wpisana. Dodatkowo, w ofercie Odwołującego zawarte jest oświadczenie producenta z dnia 24.07.2013 r. „z którego treści jednoznacznie wynika, że:

- *„Niżej wymienione produkty firmy IC PLUS: [...] IC-PKXFA83*
- *są w pełni kompatybilne z zalecanymi przez producentów drukarek. Ich użycie nie narusza gwarancji urządzenia.*
- *Wytwarzane są w systemie zarządzania jakością zgodnym z ISO 900 1:2000 oraz w systemie zarządzania środowiskiem ISO 14001:2004*
- *wydajność kaset z tonerem do kolorowych drukarek laserowych testowana jest według*

normy ISO/IEC 19752

- wydajność głowic atramentowych testowana jest według normy ISO/IEC 24711 oraz ISO/IEC 24712

- dostarczane o przez nas jako produkty 100% new są produktami nowymi, nie poddanymi uprzednio regeneracji i wykonane są z fabrycznie nowych komponentów

- objęte są 2 letnią gwarancją

- stosowanie wyrobów firmy IC PLUS w urządzeniach drukujących nie narusza oraz nie ogranicza gwarancji producentów urządzeń. Proces produkcji i stosowanie wyprodukowanych materiałów eksploatacyjnych nie narusza praw patentowych producentów oryginalnych tonerów, tuszy i kaset."

Zgodnie natomiast z treścią SIWZ: rozdział 3. „Opis przedmiotu zamówienia”:

„6. Dostarczony przedmiot zamówienia, musi być fabrycznie nowy, dostarczony do Zamawiającego w oryginalnych opakowaniach producenta.

7. Zamawiający dopuszcza złożenie oferty równoważnej. Nazwy wkładów barwiących odnoszące się do produktów konkretnych marek takie jak np. „TONER MINOLTA CZARNY AODK0910H3N3” i inne zostały użyte przez Zamawiającego tylko przykładowo. Oferowane produkty muszą być równoważne jakościowo, czyli powinny posiadać parametry techniczne równe lub wyższe określone w formularzu cenowym (zał. nr 7 do SIWZ).

8. Nie wykazanie równoważności skutkować będzie odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

9. W przypadku wątpliwości dotyczących równoważności oferowanych produktów na Wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia równoważności.

10. Termin gwarancji zakupionego towaru musi być nie krótszy niż 12 miesięcy od daty przyjęcia towaru przez Zamawiającego chyba, że okres gwarancji producenta jest dłuższy.

11. Wykonawca jest obowiązany do dostarczania przedmiotu zamówienia wg producenta oraz typu określonego w złożonej ofercie."

Odwołujący zaoferował w pozycji nr 172. Formularza cenowego produkt, który spełnia te wymagania SIWZ, tj. produkt oznaczony symbolem: IC-PKXFA83. Powyższe wynika wprost z załączonego do oferty dokumentu, w postaci oświadczenia producenta zaoferowanych produktów, który potwierdza informacje m.in. na temat produktu.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, że Odwołujący zaoferował w 172. pozycji formularza cenowego produkt, który jest w 100% zgodny z treścią SIWZ, a nie produkt o nazwie: „JetWord, kod OEM Kx-Fa 84, rodzaj REGENEROWANY” - jak wynika z decyzji Zamawiającego. Powyższe wynikało wprost z treści oferty i jako takie nie wymagało wyjaśnienia. Treść oferty była w tym zakresie spójna, jednoznaczna i nie budziła żadnych wątpliwości. Dla każdej z 228. pozycji formularza ofertowego załączono dokumenty potwierdzające, że są one w pełni zgodne z treścią SIWZ. Jak wskazuje się natomiast w

orzecznictwie: „Zamawiający nie ma podstaw do żądania wyjaśnień treści oferty, która nie budzi wątpliwości.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.11.2012 roku, sygn. akt: KIO 2298/12). Podobnie w innym wyroku: „Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty w sytuacji, gdy treść oferty zawiera niejasności. Brak jest obowiązku korzystania z tego uprawnienia, zwłaszcza w sytuacji, gdy oferta zawiera jasne postanowienia i jej treść można wywieść bez udziału wykonawcy.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.11.2012 roku, sygn. akt: KIO 2311/12).

W toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wystosował jednak do Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty, w zakresie jednego z dokumentów. Mając jednak na uwadze cytowane wyżej orzeczenia, działanie Zamawiającego, który dysponował jednoznaczną treścią oferty, która w zakresie wszelkich zaoferowanych 228. produktów była kompletna i zawierała dokumenty potwierdzające, że wszystkie te produkty spełniają wszelkie wymagania SIWZ, a pomimo tego zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie zbędnego dokumentu, uznać należy za błędne.

W tym wezwaniu Zamawiający wskazał, że: „Wykonawca dołączył do oferty informacje o produkcie, który zamierza dostarczyć zamiast wskazanego w opisie, bez podania pozycji w formularzu cenowym co skutecznie uniemożliwia dopasowanie opisów do asortymentu w załączniku nr 7 do SIWZ. Zamawiający wzywa zatem do wyjaśnień, której pozycji w formularzu cenowym - załącznik nr 7 do SIWZ dotyczy opis, którego kopie Zamawiający dołącza do niniejszego pisma.”

Do wezwania załączony był dokument z 47. strony oferty Odwołującego, który w ocenie Odwołującego był dokumentem zbędnym dla czynności badania i oceny ofert i zbędnym dla treści oferty, która była kompletna i jednoznaczna. Wada opisanego wyżej postępowania doprowadziła do sytuacji, w której wprowadzony w błąd Odwołujący w odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie wyjaśnił, że: „Na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień informujemy, że załączona karta produktów dotyczy pozycji nr 172 w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ.” Powyższe nie powinno jednak zostać wzięte pod uwagę wobec jednoznacznej treści oferty Odwołującego, ewentualnie winno zostać wyjaśnione, gdyż mogło wywołać wątpliwość, której wcześniej nie było. Nie ulega bowiem wątpliwości, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu ze względu na fakt, że jej treść odpowiada treści SIWZ, gdyż jej treść odpowiada treści SIWZ, zatem nie zachodzi wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przesłanka jej odrzucenia. Zamawiający nie miał natomiast podstaw do wyjaśniania treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w sytuacji gdy ta treść była jednoznaczna i nie budziła żadnych wątpliwości. W ofercie Odwołującego zawarte były bowiem wszelkie dokumenty, które dla każdej z 228. pozycji formularza cenowego potwierdzały, że oferta w każdej pozycji spełnia wszelkie wymagania

Zamawiającego. Wyjaśnienia złożone w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP winny ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, dlatego wobec jednoznaczności treści oferty odwołującego zamawiający nie ma potrzeby zwracać się o takie wyjaśnienia - wyjaśnia Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19.11.2012 roku (sygn. akt: KIO 2437/12). W załączniku nr 7 do SIWZ - formularzu cenowym - Odwołujący zaoferował produkty, dla których załączył dokumenty pochodzące od ich producentów potwierdzające, że spełniają one wszelkie wymagania Zamawiającego. Dokument z 47. strony oferty Odwołującego nie odnosił się do żadnej z ww. pozycji formularza cenowego, a więc był dokumentem zbędnym dla badania i oceny ofert. Dokument, jako taki nie powinien być brany pod uwagę przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert, gdyż jak słusznie zauważył sam Zamawiający - nie podano pozycji formularza cenowego, której dokument miałby dotyczyć, a pozostałe dokumenty potwierdzały zgodność oferty z SIWZ. Taki wniosek winien wyprowadzić z powyższego Zamawiającego. Ten jednak, swoim nieuzasadnionym i błędnym postępowaniem doprowadził do sytuacji, w której faktycznie oferta Odwołującego mogła zacząć budzić w jego ocenie wątpliwości. Z jednej bowiem strony jej treść była jednoznaczna i wynikało z niej, że oferta jest złożona prawidłowo. Z drugiej jednak strony złożone wyjaśnienia mogły wywołać u Zamawiającego wątpliwość (do czego zresztą sam doprowadził swoim wezwaniem), która winna być rozstrzygnięta w drodze ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień, wywołanego pierwszym, nieuprawnionym wezwaniem.

Tak więc wyjaśnienia Odwołującego, powinny zostać przez Zamawiającego zweryfikowane z treścią oferty, a w szczególności z treścią cytowanego wyżej oświadczenia producenta zaoferowanych produktów, z którego treści jednoznacznie wynika że produkt z pozycji nr 172 formularza cenowego, tj.: IC-PKXFA83 spełnia wszelkie wymagania SIWZ i nie jest produktem regenerowanym.

Taki wniosek winien wyprowadzić z powyższego Zamawiającego. Winien on uznać, że skoro wyjaśnienia nie są spójne z treścią oferty, która nie budzi wątpliwości, to powstała w toku postępowania wątpliwość należy wyjaśnić, poprzez zwrócenie uwagi na fakt istnienia w ofercie dokumentu, który wprost dotyczy pozycji nr 172 formularza cenowego, tj. oświadczenia producenta. W tym przypadku można byłoby mówić o dochowaniu należytej staranności przez Zamawiającego w zakresie badania i oceny ofert (tak KIO w wyroku z dnia 15.01.2013, sygn. akt KIO 19/13 oraz KIO w wyroku z dnia 08.01.2013 roku, sygn. akt: KIO 2707/12).

Tymczasem w analizowanej sytuacji Zamawiający dysponował ofertą, której treść nie budziła wątpliwości i z nieznanymi przyczynami, zamiast wyjaśnić rozbieżność, jaka według jego oceny mogła powstać pomiędzy treścią oferty a treścią wyjaśnień Odwołującego, podjął decyzję o odrzuceniu prawidłowo złożonej oferty i zaniechał jednoznacznego ustalenia jej treści. Natomiast Zamawiający każdorazowo, przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 2 Pzp winien uzyskać całkowite przekonanie, że oferta jest niezgodna z SIWZ (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.01.2013 roku, sygn. akt: KIO 20/13 i KIO 29/13). W analizowanym przypadku takiego całkowitego przekonania Zamawiający nie mógł mieć, skoro oferta złożona była prawidłowo, a jedynie wyjaśnienia mogły budzić określone wątpliwości. Jak jednak podnosi się w jednym z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej: „*Żądanie wyjaśnień jest kompetencją zamawiającego, a ze względu na obowiązek prowadzenia postępowania zgodnie z należytą starannością - jest obowiązkiem zamawiającego. Wykonawca jest obowiązany udzielić wyjaśnień, a zamawiający musi wziąć pod uwagę te wyjaśnienia, bez względu na ich zawartość. [...] Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 p.z.p. żądanie i składanie wyjaśnień nie może przynieść negatywnych skutków dla zamawiającego i wykonawcy.*” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.10.2012 roku, sygn. akt: KIO 2070/12). Tym czasem w przedmiotowej sprawie wyjaśnienia, w przekonaniu Zamawiającego zastąpiły treść poprawnie złożonej oferty, co przecież nie może zostać uznane za działanie prawidłowe. Oczywiście, że wyjaśnienia nie mogą przynieść negatywnych skutków dla zamawiającego i wykonawcy albowiem ich celem nie jest doprowadzenie do zmiany treści oferty, ale wyjaśnienie jej nieprecyzyjnie sformułowanych aspektów treściowych. Z tego właśnie powodu w przedmiotowej sprawie nie było podstaw do wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i z tego samego powodu, gdy już wadliwe prawnie wezwanie nastąpiło a udzielona odpowiedź spowodowała wątpliwość, należało ją wyjaśnić.

Zamawiający podjął jednak decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego czyniąc zarzut nie tyle z jej treści, co ze złożonych wyjaśnień, co nie znajduje podstaw w przepisach prawa. Zauważyć bowiem należy, że w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tylko oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ może zostać odrzucona. Nie ma natomiast podstaw prawnych dla odrzucenia oferty, której wyjaśnienia mogą budzić dalsze wątpliwości.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy zostało szeroko omówione w doktrynie, orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. W oparciu o powyższe wywieść można, że niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, a ponadto dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie. Polegać może także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wyrażonymi w SIWZ wymaganiami co do treści, a w końcu możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi fragmentami czy normami SIWZ.

Można przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego

przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego).

W przedmiotowym postępowaniu jednak informacje uzyskane od Odwołującego w wyjaśnieniach skonfrontowane z treścią oferty uznać można co najwyżej za wskazanie na niezgodność wyjaśnień wykonawcy z treścią jego oferty, ale nie na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ. Jakiegokolwiek wyjaśnienia wykonawcy, składane w jakimkolwiek trybie, nie mogą w myśl art. 87 ust. 1 ustawy PZP zmienić jasnej, wyrażonej na piśmie i zgodnie z SIWZ, treści oferty. Punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań tego dokumentu, zarówno co do zakresu zobowiązania (przedmiotu zamówienia), jak i sposobu jego wyrażenia i potwierdzenia w ofercie, (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.01.2013 roku, sygn. akt: KIO 41/13).

Tak więc Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego winien wskazać precyzyjnie w jakim konkretnie punkcie i zakresie treść jego oferty jest niezgodna z wymaganiami SIWZ, jakich dokumentów potwierdzających spełnianie merytorycznych warunków specyfikacji w niej brakuje lub w jaki sposób i w jakim zakresie nie odnosi się ona do opisu przedmiotu zamówienia lub w jaki sposób z jej treści wynika, że oferowany jest przedmiot świadczenia niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Tym samym wskazane i opisane przez zamawiającego przyczyny odrzucenia oferty w istocie nie odnoszą się do niezgodności treści złożonej oferty i zakresu wynikającego z tej oferty zobowiązania.

Jak już wyżej wskazano, nie ma innej treści oferty niż wyrażona na piśmie w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ. Pismami wskazanymi w treści odwołania, zamawiający w istocie nie zwrócił się o wyjaśnienie treści oferty, która pozostawała jasna i zakresowo zamknięta i dookreślona, a także zgodna z SIWZ, ale oczekiwał wyjaśnienia dokumentu zbędnego dla czynności badania i oceny ofert. Przez przedstawienie tego typu wyjaśnień wykonawca nie mógł natomiast zmienić treści swojego zobowiązania wyrażonego w ofercie, które pozostaje w mocy i ciągle obliguje go do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ. (tak w dalszej treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.01.2013 roku, sygn. akt: KIO 41/13).

Odrzucenie oferty ze względu na rzekome zaoferowanie produktu równoważnego, tj.: „JetWord, kod OEM Kx-Fa 84, rodzaj REGENEROWANY” nie może zostać uznane za uzasadnione, albowiem jednoznaczna treść formularza cenowego Odwołującego wskazuje, że zaoferowanym produktem jest produkt firmy IC PLUS: IC-PKXFA83, dla którego w ofercie zawarte są wymagane dokumenty producenta. Poprawność przyjętego wyżej wyводу potwierdza wiele orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, jak i liczne poglądy doktryny prawa.

Z tych powodów uznano wniesienie odwołania za konieczne.

W dniu 22 sierpnia 2013 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 sierpnia 2013 roku, do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam P. z siedzibą w Bydgoszczy.

Przystępujący oświadczył, że ma interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia niniejszego odwołania na korzyść Zamawiającego, ponieważ w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Ewentualne uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezprzedmiotowego.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający dopuścił złożenie oferty równoważnej, wskazując że nie wykazanie równoważności skutkować będzie odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaznaczył dodatkowo, że w przypadku wątpliwości dotyczących równoważności oferowanych produktów na Wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia równoważności. Wykonawca Odwołujący dołączył do oferty m. in. karty produktów. Dołączył również kartę tonera zatytułowaną „INFORMACJE O PRODUKCIE” przeznaczoną dla urządzeń Panasonic KX-FLM653, KX-FL613, KX-FL611, KX-FL513, KX-FL512, KX-FL511, KX-FL541. W związku z załączoną kartą Zamawiający prawidłowo zastosował art. 87 Pzp żądając wyjaśnienia treści oferty skoro dołączono sprzeczne dokumenty. Mógł przypuszczać, że informacja o produkcie dotyczy pozycji 172 formularza cenowego skoro wskazane są w niej urządzenia posiadane przez Zamawiającego. Mógł również domniemywać, że karta została dołączona omyłkowo. Zamawiający nie posiadał wiedzy oraz nie mógł samodzielnie podjąć decyzji, że dokument został dołączony omyłkowo skoro znajdował się w ofercie wśród dokumentów potwierdzających spełnienie równoważności oferowanych materiałów eksploatacyjnych.

Zamawiający może wyjaśnić na podstawie art. 87 Pzp wątpliwości co do treści oferty, czyli dotyczące tylko treści złożonego przez wykonawcę treści oświadczenia woli, tj. treści związanych z istotnymi postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający na tej podstawie może żądać wyjaśnień dotyczących wszystkich aspektów oferty niejasnych czy też budzących jego wątpliwości. Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jednak pozwala to Zamawiającemu uzyskać absolutną pewność w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z 29.3.2011 r., sygn. akt KIO 528/11). Biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert, art. 87 ust. 1 Pzp należy odczytywać nie tylko jako uprawnienie Zamawiającego zależne od jego uznania, ale raczej kompetencję, tj. prawo do żądania wyjaśnień powiązane z obowiązkiem ich zażądania w celu

dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert. Tym samym możliwość, o której mówi art. 87 ust. 1 Pzp, przeradza się wręcz w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy (por. wyrok KIO z 13.8.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 992/09; wyrok KIO z 3.12.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1519/09, KIO/UZP 1520/09). Żądanie złożenia wyjaśnień wskazane jest ze względu na konieczność dołożenia przez Zamawiającego należytej staranności w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut Odwołującego, jakoby pismo Zamawiającego doprowadziło do sytuacji, w której Odwołujący został wprowadzony w błąd na źle sformułowane wezwanie. W wezwaniu Zamawiający wskazał wątpliwości, które w jego opinii wymagają złożenia wyjaśnień jednoznacznie żądając, której pozycji w formularzu cenowym - załącznik nr 7 do SIWZ dotyczy opis, którego kopię dołączył również do wezwania, aby nie było wątpliwości o jaki dokument chodzi. Odwołujący mógł wyjaśnić, że dokument został dołączony omyłkowo, jednak jednoznacznie wskazał, że załączona karta produktów dotyczy pozycji nr 172 w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ. Dopiero w wyniku odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zmienił decyzję i w odwołaniu podniósł, że dokument został dołączony omyłkowo.

Sankcją za złożenie wyjaśnień, które prowadzą do sprzeczności oferty ze specyfikacją lub zmieniających treść oferty, jest odrzucenie oferty wykonawcy. Zamawiający dochował wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert stosując art. 87 ust. 1 Pzp i prawidłowo odrzucił ofertę wykonawcy Biuro Plus Kitta i Spółka sp. j. z uwagi na zaferowanie w pozycji 172 formularza cenowego tonera regenerowanego zamiast fabrycznie nowego. Treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Uwzględnienie odwołania naruszy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W związku z przedstawionymi zarzutami uznać należy, iż odwołanie jest bezzasadne.

W dniu 26 sierpnia 2013 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Wykonawca Odwołujący złożył ofertę na wykonanie zamówienia, która zawierała dokumenty potwierdzające spełnienie przez niego wymagań Zamawiającego stawianych w SIWZ. Były to formularz cenowy składający się z 228 pozycji i zawierający w kolumnie „Marka i model” konkretny produkt służący wykonaniu zamówienia oraz odrębne dokumenty pn. „Informacje o produkcie” odnoszące się do każdej z pozycji formularza. Jeden z tych dokumentów, stanowiący stroną 47 oferty stwierdzał, że Odwołujący wykona zamówienie przy użyciu tonera regenerowanego, a zatem niedopuszczalnego przez SIWZ. Zamawiający nie był jednak w stanie na podstawie zawartych w nim informacji, jak również w konfrontacji

z pozostałym materiałem oferty jednoznacznie przyporządkować tegoż dokumentu do konkretnej pozycji formularza. Z kolei wpisane w formularzu cenowym produkty miały być rzekomo w pełni nowe a nie regenerowane. Na tym etapie procedowania pojawiła się zatem po stronie Zamawiającego poważna wątpliwość, którą należało bezwzględnie wyjaśnić, co kwestionował w odwołaniu Wykonawca. Zamawiający w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp wezwał więc Wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej przez niego oferty. Sformułowane przez Zamawiającego w wezwaniu pytanie w żaden sposób, nawet pośredni nie ingerowało w ofertę lub sugerowało udzielenia odpowiedzi o określonej treści. Wykonawca miał pełną swobodę do wyjaśnienia zaistniałej sprzeczności. W udzielonej przez siebie odpowiedzi Wykonawca stwierdził, że dołączony do wezwania dokument „Informacja o produkcie” dotyczy pozycji 172 formularza cenowego. Tym samym Wykonawca jednoznacznie potwierdził, iż do wykonania przedmiotowego zamówienia może użyć tonera regenerowanego co jest jednoznacznie sprzeczne z SIWZ.

Ponadto, należy mieć również na uwadze fakt, iż dokument pn. „Informacje o produkcie” odnoszący się do pozycji 172 formularza cenowego oceniany z punktu widzenia produkcji i źródła dostawy jest odrębny i nie ma nic wspólnego z dokumentem w postaci oświadczenia producenta również dotyczącego pozycji 172 formularza cenowego, na które powołuje się Odwołujący. To oznacza że oba dokumenty stojące ze sobą w sprzeczność co do nowości i regeneracji mogłyby być podstawą wykonania zamówienia.

W tej sytuacji Zamawiający uznał, iż ma obowiązek wykluczyć na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ofertę odwołującego się Wykonawcy z powodu tego, iż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Stwierdzono, iż każdy z postawionych zarzutów jest chybiony i nie znajduje potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym. Uzasadnienie zaś jest wewnątrznie sprzeczne, nie logiczne i prowadzi do próby manipulowania stanem faktycznym sprawy. Co więcej większość przytoczonych przez Wykonawcę w odwołaniu, orzeczeń jest korzystna dla Zamawiającego i potwierdza jego prawidłowe zachowanie. Już pobieżna analiza stanu faktycznego pozwala stwierdzić, iż powstały problem sprowadza się właściwie wyłącznie do kwestii pozostawienia w ofercie w/w Wykonawcy możliwości realizacji zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z SIWZ i zasadności wykluczenia z tegoż powodu Wykonawcy z postępowania. Wykonawca w odwołaniu nie odnosi się wprost do tych kwestii, nie tłumaczy swojego zachowania skupiając się prawie wyłącznie na bezprawnym narzucaniu Zamawiającemu podejmowania decyzji z domniemań wbrew logice, faktom, z pominięciem zastosowania koniecznych procedur wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo Pzp. Zasada równości nakłada na Zamawiającego obowiązek równego traktowania wszystkich

wykonawców. Zapewnienie równego udziału w postępowaniu jest podstawowym obowiązkiem, realizowanym w ustawie przez zobowiązanie Zamawiającego do jednakowego traktowania Wykonawców, choćby do podejmowania takich samych działań w trakcie prowadzonego postępowania. Równe traktowanie odnosi się zarówno do aspektu formalnego, jak i merytorycznego, czyli oceny złożonej oferty według takich samych kryteriów. W każdym aspekcie niniejszej sprawy przedmiotowe kryteria zostały dochowane w należyty sposób bez uchybień dla uszczerbku prowadzonego postępowania w stosunku do każdego z Wykonawców.

Z kolei zasada uczciwej konkurencji nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Prawo nie pozwala żadnego z Wykonawców traktować w sposób uprzywilejowany lub restrykcyjny. Zamawiający postawił jednakowe wymagania wszystkim Wykonawcom i nie dopuścił się do stosowania żadnych preferencji podmiotowych.

Przestrzeganie zasad równości i uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych ściśle związane jest właśnie z obowiązkiem Zamawiającego do podejmowania wszelkich działań w ramach uprawnień ustawowych. Zakres uprawnień Zamawiającego nie może tylko wykroczać poza granice określone w ustawie, a to oznacza, że w oparciu o przedstawiony materiał dowodowy i ustalony stan faktyczny nie można czynić Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, jeżeli wypełnił ustawowy obowiązek (zob. wyrok KIO UZP z 23 lipca 2010 r., KIO/UZP 1448/10).

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Bezsporne jest uprawnienie i jednocześnie obowiązek Zamawiającego do żądania od Wykonawców wyjaśnień odnoszących się do treści złożonych ofert. Obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania z należyłą starannością. Należy zatem stwierdzić że gdy oferta zawiera postanowienia sprzeczne jak w niniejszej sprawie lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału Wykonawcy obowiązkowe jest wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Na marginesie należy dodać, że prawo żądania wyjaśnień obejmuje zadanie wyjaśnień w stosunku do treści oferty *w szerokim znaczeniu tego pojęcia*, a więc z załącznikami i innymi elementami, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, a nie tylko oferty *sensu stricte* co potwierdza m.in. wyrok KIO UZP z 27 lipca 2009 r., KIO/UZP 867/09.

Zamawiający nie zgadza się także z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jedną z przesłanek odrzucenia oferty jest jej niezgodność z treścią SIWZ. Chodzi tutaj o niezgodność materialną oferty z wymaganiami SIWZ, przy czym wymagania te powinny być wymienione w sposób jasny, wyraźny, z uwzględnieniem, celu ich wprowadzenia w SIWZ. Wszystkie te wymagania zostały dochowane w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego. W stosunku do oferty Odwołującego się mamy do czynienia

z zaferowaniem przez niego innego przedmiotu zamówienia tj. produktu regenerowanego a nie nowego, w stosunku do tego co stanowi SIWZ. Ponadto niewątpliwym jest, iż w pojęciu niezgodności między ofertą Wykonawcy a SIWZ chodzi przede wszystkim błąd o charakterze materialnym, a zatem takim, gdzie w konsekwencji wykonanie zamówienia publicznego stałoby w sprzeczności w ustalonymi i przyjętymi wymaganiami merytorycznymi SIWZ. W niniejszej sprawie wybór wykluczonego Wykonawcy mógłby w konsekwencji spowodować, że wykonałby on zamówienie świadcząc toner regenerowany, gdyż ocena jego oferty dokonana przed i po złożonych, wyjaśnieniach prowadzi do takiej konkluzji. W tej sytuacji jedynym prawidłowym działaniem Zamawiającego ugruntowanym w przepisach prawa, było wykluczenie tegoż Wykonawcy z postępowania.

Całościowa ocena jakości i zasadności odwołania Wykonawcy Biuro Plus Kitta i Spółka sp. j. dokonana przez Zamawiającego jest w pełnej rozciągłości i w każdym aspekcie sprawy negatywna.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wezwań Zamawiającego oraz wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, stanowisk i oświadczeń Stron oraz Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

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

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W postępowaniu ustalono następujący stan faktyczny:

W rozdziale 3. Opis przedmiotu zamówienia pkt 6 Zamawiający określił, że dostarczony przedmiot zamówienia musi być fabrycznie nowy, dostarczony w oryginalnych opakowaniach producenta. Dopuszczono zaferowanie produktów równoważnych. Produkty miały być równoważne jakościowo, czyli powinny posiadać parametry techniczne równe lub

wyższe do produktów ujętych w formularzu cenowym. Na wykonawcy ciążył obowiązek udowodnienia równoważności.

W dniu 07 sierpnia 2013 roku, w toku badania i oceny złożonych ofert, Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał do wyjaśnienia treści oferty wskazując, że wykonawca dołączył do oferty informacje o produkcie, który zamierza dostarczyć zamiast wskazanego w opisie, bez podania pozycji w formularzu cenowym, co skutecznie uniemożliwia dopasowanie opisów do asortymentu w załączniku nr 7 do SIWZ. Wezwano wykonawcę do wskazania, której pozycji w formularzu cenowym dotyczy opis, którego kopię Zamawiający dołączył do wezwania, znajdujący się na stronie 47 oferty. W załączniku do pisma wymieniono toner JetWorld, kod OEM Kx-Fa 84, rodzaj regenerowany.

Odpowiadając na wezwanie, w dniu 8 sierpnia 2013 roku wykonawca poinformował, że załączona przez Zamawiającego do wezwania karta produktu dotyczy pozycji nr 172 w formularzu cenowym

W dniu 13 sierpnia Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam P. z siedzibą w Bydgoszczy oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty Odwołującego. W uzasadnieniu zaznaczono, że wykonawca przedstawiając dane techniczne oferowanego produktu w pozycji nr 172 zaproponował produkt równoważny (rodzaj produktu – regenerowany). Zamawiający nie dopuścił produktów regenerowanych, zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ (projekt umowy - § 1 pkt 2). Zamawiający uznał regenerowane produkty za niezgodne z SIWZ.

Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy, zarzuty podniesione w odwołaniu oraz poczynione ustalenia faktyczne, skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym osiłą sporu pomiędzy stronami jest odmienna ocena, czy w realiach rozpoznawanej sprawy Zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dokonując oceny przedmiotowego zarzutu, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę wykonawcy wnoszącego odwołanie nie naruszając reguł określonych w przywołanych przepisach ustawy Pzp.

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp 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. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany 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.

Dostrzeżenia wymaga, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ wraz z załącznikami. To na podstawie zapisów tego dokumentu wykonawcy przygotowują składne następnie oferty. SIWZ i ogłoszenie o zamówieniu powinny określać szczegółowy sposób i wskazywać według jakich kryteriów oceniana będzie merytoryczna treść oferty. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Dokumenty te wiążą również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia, a także zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjąć jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności co do kryteriów, jakimi będzie kierował się Zamawiający przy ocenie złożonych ofert. Uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a także zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i podczas dokonywania czynności oceny granic tych nie może przekroczyć. Niedopuszczalna jest wobec tego ocena oparta o intencje Zamawiającego nie wyrażone wprost w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, dostrzeżenia wymaga, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ i jej załącznikach w sposób jasny i precyzyjny określił po pierwsze jakiego rodzaju dokumenty są przez niego wymagane na etapie składania oferty, na podstawie jakich dokumentów odbywała będzie się ocena merytoryczna treści oferty oraz szczegółowo określił przedmiot zamówienia. Podkreślenia

wymaga również okoliczność, że to wykonawca jest autorem oferty i to on decyduje o sposobie sporządzenia tego dokumentu. On także decyduje jakie dokumenty w jego ocenie będą wystarczające i niezbędne do wykazania spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Zamawiający badając i oceniając oferty zobowiązany jest skonfrontować treść poczynionych wymagań w SIWZ z treścią znajdującą się w złożonych ofertach. Nie jest natomiast, wbrew twierdzeniom Odwołującego, uprawniony do decydowania czy jakieś dokumenty, które zostały załączone do oferty są przy jej ocenie zbędne lub nieistotne. Jeżeli więc w toku oceny pojawią się wątpliwości lub niejasności dotyczące złożonej oferty, to zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie tyle uprawnieniem, a obowiązkiem Zamawiającego jest rzetelne wyjaśnienie takich wątpliwości lub niejasności. Dlatego też w przedmiotowym postępowaniu, skład orzekający Izby uznał, iż prawidłowo postąpił Zamawiający wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty jeżeli w ofercie umieszczono dokument, który Zamawiający w sposób ostateczny i jednoznaczny nie był w stanie przyporządkować do określonej pozycji formularza cenowego. To bowiem do wykonawcy składającego ofertę należało takie przyporządkowanie wymaganych oświadczeń producentów w przypadku oferowania produktu równoważnego do opisanych przez Zamawiającego pozycji formularza. Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty Odwołującego o nieuprawnionym i niewłaściwym zastosowaniu art. 87 w postępowaniu. Biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego prowadzenia postępowania i prawidłowej oceny oferty, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należy odczytywać jako kompetencję Zamawiającego, prawo do żądania wyjaśnień połączone z obowiązkiem ich żądania w celu zachowania należytej staranności przy badaniu i ocenie ofert (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 sierpnia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 992/09).

Jeżeli dokument ze strony 47 oferty Odwołującego budził wątpliwości lub był być może zbędny, to decyzja o takiej treści musiała pochodzić od autora oferty, czyli wykonawcy Odwołującego. Tymczasem w wyniku składanych wyjaśnień wykonawca nie oświadczył, że dokument ze strony 47 jest zbędny ale że należy go przypisać do pozycji 172 formularza. Skoro więc, składając wyjaśnienia, Odwołujący określił jakiej pozycji formularza cenowego dotyczy dokument umieszczony w ofercie na stronie 47, a z zestawienia treści oferty oraz złożonego oświadczenia wynikało, że wykonawca zaoferował produkt regenerowany - niedopuszczalny przez SIWZ, to oznaczało, że wykonawca złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Nie można zgodzić się z tezą, że to Zamawiający wzywając do wyjaśnień wprowadził wykonawcę w błąd. Przekazując wykonawcy wezwanie, Zamawiający nie narzucił w żaden sposób treści wyjaśnień. Decyzja o tym, że dane oświadczenie producenta na stronie 47 przypisać należy do pozycji nr 172 w formularzu była suwerenną decyzją Odwołującego wykonawcy. W ten sposób wykonawca sam potwierdził, że jego oferta jest niezgodna w treści z treścią SIWZ.

Podsumowując, istotne jest, z punktu widzenia celowości danego postępowania, ujęcie w ofercie wymagań określonych w SIWZ, w odpowiednim zakresie co do wyszczególnienia wszystkich elementów zamówienia, tak aby z kontekstu i całościowej analizy oferty takie informacje można pozyskać, co nie miało miejsca w rozpoznawanym przypadku.

Konkludując, uznano, iż wykonawca Odwołujący nie udowodnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tym samym skład orzekający Izby uznał, że badanie i ocena oferty Odwołującego w postępowaniu dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa, a oferta podlegała odrzuceniu z postępowania. W prowadzonym postępowaniu nie dopatrzone się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców lub prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: