

Sygn. akt: KIO 346/18

WYROK
z dnia 13 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2018 r. przez wykonawcę EDUCARIUM Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Grunwaldzka 207, 85 – 451 Bydgoszcz, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wrocław, Centrum Kształcenia Praktycznego we Wrocławiu, ul. Strzegomska 49 a, 53 – 611 Wrocław

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obciąża wykonawcę EDUCARIUM Sp. z o. o., ul. Grunwaldzka 207, 85 – 451 Bydgoszcz i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę EDUCARIUM Sp. z o. o., ul. Grunwaldzka 207, 85 – 451 Bydgoszcz, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy EDUCARIUM Sp. z o. o., ul. Grunwaldzka 207, 85 – 451 Bydgoszcz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

do wyroku z dnia 13 marca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 346/18

Zamawiający - Gmina Wrocław, Centrum Kształcenia Praktycznego we Wrocławiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa pomocy dydaktycznych i sprzętu TIK w ramach doposażenia 90 szkolnych pracowni matematycznych dla 47 szkół na potrzeby realizacji projektu „Matematyczne eksperymenty – poprawa jakości nauczania matematyki w szkołach podstawowych i ponadgimnazjalnych w Gminie Wrocław”, podzielone na trzy części - zadania, o numerze postępowania nadanym przez zamawiającego 5/PN/CKP/2017, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 października 2017 r. pod numerem 2017/S 207-427320 - dalej zwane jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 14 lutego 2018 r. zamawiający, w zakresie zadania nr 1 postępowania, przekazał wykonawcy EDUCARIUM Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Grunwaldzka 207, 85 – 451 Bydgoszcz (zwanemu dalej jako „odwołujący”) informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ, co w konsekwencji spowodowało również unieważnienie postępowania co do zadania nr 1, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p., gdyż nie złożono w nim żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, zaś 26 lutego 2018 r. odwołanie wobec tejże czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł odwołujący.

W odwołaniu, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzucono zamawiającemu naruszenie (pisownia oryginalna):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 27 listopada 2017 r., znak sprawy: 5PN/CKP/2017 (dalej zwane: „Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia lub „SIWZ”), w sytuacji gdy oferta Odwołującego odpowiadała treści SIWZ;
2. art. 26 ust. 3 PZP poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień przed odrzuceniem oferty;
3. art. 93 ust. 1 pkt. 1 PZP poprzez uznanie, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i w konsekwencji - unieważnienie przedmiotowego postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu (pisownia oryginalna):

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej dla zadania nr 1;
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
3. dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Zamawiającego dla zadania nr 1 w celu uznania, że spełnia ona warunki postawione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

a także:

4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zaliczenie w ich poczet kwoty 15.000 zł tytułem wpisu od odwołania i kosztów Odwołującego poniesionych z tytułu prowadzonego postępowania;
5. przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści Uzasadnienia;
6. przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków:
 - 1) R. Ł. (wezwanie na adres Zamawiającego) na okoliczność udzielenia Zamawiającemu informacji o trwałej niedostępności na rynku towarów dla których Odwołujący zaoferował towary zamiennie;
 - 2) Ł. S. (wezwanie na adres Odwołującego) na okoliczność udzielenia Zamawiającemu informacji o trwałej niedostępności na rynku towarów dla których Odwołujący zaoferował towary zamiennie, zaoferowania przez Odwołującego odpowiednich towarów zamiennych;
7. przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Stron na okoliczności wskazane w treści Uzasadnienia, w szczególności na okoliczność: udzielenia Zamawiającemu informacji o trwałej niedostępności na rynku towarów dla których Odwołujący zaoferował towary zamiennie, zaoferowania przez Odwołującego odpowiednich towarów zamiennych, ogłoszenia przez Zamawiającego tożsamego - w stosunku do umorzonego w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego postępowania o nr 5/PN/CKP/2017 - postępowania przetargowego o nr 1/PN/CKP/2018, zastosowania przez Zamawiającego w tożsamym postępowaniu przetargowym o nr 1/PN/CKP/2018 rozwiązań i towarów zamiennych zaproponowanych przez Odwołującego w postępowaniu o nr 5/PN/CKP/2017.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił następujące okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie środka ochrony prawnej.

I. Stan faktyczny

Dnia 29 września 2017 r. zamawiający przesłał do odwołującego zapytanie o podanie szacunkowej wartości wynagrodzenia dla zadania nr 1 w ramach postępowania nr

5/PN/CKP/2017. Przedstawiciel odwołującego, pan Ł. S., w rozmowie telefonicznej z przedstawicielem zamawiającego panem R. Ł., omawiał to, że niektóre pozycje z listy do wyceny są już trwale niedostępne na rynku. W odpowiedzi usłyszał, że zamawiający nie będzie na tym etapie zmieniać SIWZ, bo to by wymagało korekty wniosku projektowego, co jest bardzo skomplikowaną procedurą. Jednocześnie pan R. Ł. wyjaśnił w tej rozmowie, że odwołujący może w ofercie zaproponować inne produkty, o ile spełnią celowość i założenia projektu. W związku z tym, dnia 4 października 2017 r. odwołujący wysłał dwie wyceny, w których zamieścił dodatkowe uwagi w treści e-mail, zaś dwóch pozycji w ogóle nie wycenił (które to uwagi i brakująca wycena odnosiły się m.in. do pozycji arkuszy, które na etapie oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu zamawiający uznał za niezgodne z SIWZ).

Pomimo uwag ze strony odwołującego, zamawiający na jego stronie internetowej zamieścił SIWZ z dnia 27 listopada 2017 r. dla postępowania nr 5/PN/CKP/2017, w której zawarł pozycje 12, 36, 100, 106 (ujęte w załączniku do SIWZ o nazwie: „zal_nr_2_zad_nr_1_SP_pomoce_dydaktyczne_(1).xls”) i 5 (ujęta w załączniku do SIWZ o nazwie „zal_nr_2_zad_nr_1_SPG._pomoce_dydaktyczne.xlsx”), bez uwzględnienia zmian sugerowanych przez odwołującego, a tym samym zawarł on w przedmiocie zamówienia także towary trwale niedostępne na rynku. Ponadto, w ocenie odwołującego popartej okolicznościami, które zaistniały na rynku, zasadne było także zaproponowanie zmiany dla pozycji nr 20 ujętej w pliku o nazwie: „zal_nr_2_zad_nr_1_SP_pomoce_dydaktyczne_(1).xls”, będącym załącznikiem do SIWZ.

Dnia 21 grudnia 2017 r. odwołujący złożył więc ofertę, w której zaproponował towary zamienne dla ww. pozycji. Dnia 8 stycznia 2018 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego ze względu na brak jednego z arkuszy składających się na arkusze kalkulacyjne - dokumentu o nazwie „POMOCE SUMA”.

Dnia 15 stycznia 2018 r. odwołujący wniósł odwołanie do tut. Organu, które zamawiający uznał w całości (postępowanie o sygn. akt: KIO 99/18). W wyniku uznania odwołania zamawiający dnia 24 stycznia 2018 r. dokonał ponownej oceny oferty dla zadania nr 1, którą odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., a w konsekwencji unieważnił postępowanie o nr 5/PN/CKP/2017 powołując się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Jako przyczynę odrzucenia oferty zamawiający wskazał, iż zaproponowane przez odwołującego towary zamienne dla pozycji 12, 20, 36, 100, 106 (ujęte w załączniku do SIWZ o nazwie; „zal_nr_2_zad_nr_1_SP_pomoce_dydaktyczne_(1).xls”) i 5 (ujęta w załączniku do SIWZ o nazwie „zal_nr_2_zad_nr_1_SPG._pomoce_dydaktyczne.xlsx”) nie odpowiadają treści SIWZ.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż w międzyczasie, zanim zamawiający otrzymał wniesione przez odwołującego odwołanie, dnia 8 stycznia 2018 r., ogłosił nowe zaproszenie do szacowania wartości tożsamego zamówienia jak dla postępowania o nr 5/PN/CKP/2017 r.

W wyznaczonym terminie na dokonanie szacowania, dnia 11 stycznia 2018 r., odwołujący przesłał zamawiającemu swoją wycenę, w której ponownie podniósł okoliczność braku dostępności towaru na rynku. Na stronie internetowej zamawiającego, zostało ogłoszone tożsame co do umorzonego, postępowanie o nr 1/PN/CKP/2018, w ramach którego zamawiający zastosował rozwiązania i towary zamienne zaoferowane przez odwołującego, które odrzucił w ramach postępowania 5/PN/CKP/2017. Potwierdza to przede wszystkim treść SIWZ dla postępowania o nr 1/PN/CKP/2018 z dnia 15 stycznia 2018 r., w tym w szczególności załączniki stanowiące jego integralną część - pliki o nazwie: „zal_nr_2_Arkusz_kalkulacyjny_zad._1_SP.xls” oraz „zal_nr_2_Arkusz_kalkulacyjny_zad._nr_1_SPG_1.xls”, dostępne na stronie internetowej zamawiającego: <http://www.cko.pl/index.php/aktualnosci/przetargi/288-przetarg-nieograniczony-dostawa-pomocy-dydaktycznych>.

Dnia 29 stycznia 2018 r. odwołujący wniósł odwołanie do tut. Organu, które zamawiający uznał w całości (postępowanie sygn. akt: KIO 184/18). W wyniku uznania odwołania zamawiający wezwał dwukrotnie odwołującego - w dniu 7 oraz 9 lutego 2018 r. do udzielenia wyjaśnień w zakresie dwóch zaoferowanych produktów:

- „MegaMatma E-zasoby Megamatma.pl”,
- „Tablica z przyborami kolorowa (magnetyczna) pozioma”,

na które odwołujący udzielił wyczerpujących i terminowych odpowiedzi.

Po otrzymaniu wyjaśnień odwołującego zamawiający dokonał ponownej oceny oferty dla zadania nr 1, którą to dnia 14 lutego 2018 r. odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., a w konsekwencji unieważnił postępowanie o nr 5/PN/CKP/2017 powołując się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Jako przyczynę zamawiający wskazał, iż zaproponowane przez odwołującego towary zamienne dla poz. 20, 36, 61,100 (ujęte w załączniku do SIWZ o nazwie „zal_nr_2_zad._nr_1_SP_pomocy_dydaktyczne_(1),xls”) nie odpowiadają treści SIWZ. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż pozycje 20, 36 i 100 były podstawą odrzucenia oferty odwołującego w poprzedniej decyzji zamawiającego (pismo z dnia 24 stycznia 2018 r.), a pozycja 61 pojawiła się jako zupełnie nowa.

Dnia 16 lutego 2018 r. odwołujący przesłał zamawiającemu pismo, w którym zgodnie z art. 85 ust. 2 p.z.p. przedłużył ważność oferty o kolejne 60 dni, to jest do dnia 20 kwietnia 2018 r., zaś zgodnie z art. 85 ust. 4 p.z.p. przedłużył ważność wniesionego wadium w przedmiotowym postępowaniu - nr 5/PN/CKP/2017.

W kwestii zadania nr 3 postępowania należy zauważyć, że zamawiający w dniu 7 lutego 2018 r. zorientował się w nieprawidłowościach proceduralnych związanych z uznaniem oferty dla zadania nr 3 za najkorzystniejszą (pomimo, iż wcześniej w swoim piśmie z dnia 24 stycznia 2018 r. zaprosił odwołującego na podpisanie umowy) oraz pomimo, iż wcześniej nie dokonał wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów

wymienionych w SIWZ na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia odwołującego do udziału w postępowaniu. Odwołujący przywołuje tę przesłankę na dowód tego, że zamawiający działa w sposób niestaranny i z narażeniem odwołującego na koszty związane z przedłużającym się analizowaniem oferty. Przedstawiciel odwołującego stawiał się w wyznaczonym terminie na podpisanie umowy (przejazd z Bydgoszczy do Wrocławia i z powrotem), aby dowiedzieć się, że umowa tego dnia podpisana nie będzie. Dnia 13 lutego odwołujący przesłał wymagane dokumenty, które potwierdzają brak podstaw do wykluczenia, co zamawiający potwierdził dnia 20 lutego 2018 r. ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 3 postępowania. Dodatkowo należy nadmienić - co nie ma wpływu na wartość dowodów przedstawionych w sprawie - iż dnia 9 lutego 2018 r. zamawiający unieważnił tożsame postępowanie (nr 1/PN/CKP/2018) z powodu braku publikacji ogłoszenia o zmianie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący wymienił liczne dowody potwierdzające jego twierdzenia, wskazane w odwołaniu.

Następnie odwołujący kontynuował jak następuje. Z decyzją zamawiającego nie sposób się zgodzić, ponieważ nie miał on podstaw do odrzucenia, a w konsekwencji unieważnienia przedmiotowego postępowania, bowiem oferta odwołującego spełniała wszystkie warunki udziału w postępowaniu wynikające z SIWZ z dnia 27 listopada 2017 r., co zamawiający przyznał przede wszystkim w ten sposób, iż dla tożsamego postępowania o nr 1/PN/CKP/2018, ogłoszonego w związku z unieważnieniem umorzonego postępowania o nr 5/PN/CKP/2017, przewidział jako oczekiwane rozwiązania i towary zamienne, zaproponowane przez odwołującego w jego ofercie złożonej dla tego drugiego postępowania tj. o nr 5/PN/CKP/2017. Tożsamość postępowań nie ulega wątpliwości, na co wskazuje już sam tytuł postępowania przetargowego, z którego wynika iż służą one temu samemu celowi - realizacji tego samego projektu pt. „Matematyczne eksperymenty - poprawa jakości nauczania matematyki w szkołach podstawowych i ponadgimnazjalnych w Gminie Wrocław”, mającego poprawić jakość nauczania szkół Gminy Wrocław. Nadto, należy wskazać, iż oba postępowania posiadają m.in. tego samego zamawiającego, postępowaniem objęte są te same szkoły, znajdujące się na terenie Gminy Wrocław oraz dotyczą one wyposażenia pracowni matematycznych tychże szkół.

Na dodatek „nowo” zakwestionowany produkt, czyli wymieniona w poz. 61 „tablica z przyborami kolorowa (magnetyczna) pozioma” - co odwołujący wykaże jeszcze w dalszej treści niniejszego pisma - również spełniał wymogi techniczne i użytkowe określone w SIWZ, a zarzut zamawiającego o nieuprawnionym przekroczeniu w ofercie stawek maksymalnych nie odnosi się w żadnej mierze do tego produktu.

Na potwierdzenie powyższego odwołujący wskazał dowody potwierdzające jego twierdzenia, wyliczone w odwołaniu.

II. Stan prawny

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., oznaczonego przez odwołującego nr 1 i podniesionego jako odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ z dnia 27 listopada 2017 r., znak sprawy: 5PN/CKP/2017 w sytuacji gdy oferta odwołującego odpowiadała treści SIWZ, odwołujący argumentował jak niżej.

Jako podstawę odrzucenia oferty dla zadania nr 1 zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., a uzasadnieniem zastosowania tego przepisu było stwierdzenie, iż zaproponowane przez odwołującego towary zamiennie były sprzeczne z treścią SIWZ dla postępowania nr 5/PN/CKP/2017. Odwołujący w całości zaprzecza takiemu stanowisku zamawiającego, stwierdzając co następuje. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zamawiający dopuścił oferowanie towarów zamiennych, jednakże *de facto* nie określił dla nich parametrów, które pozwalałyby dokonać ich oceny pod względem równoważności. Na stronie 10 SIWZ (z dnia 27 listopada 2017 r., dot. postępowania 5/PN/CKP/2017) jest wyłącznie wskazane, że: „zamawiający informuje, iż wskazanie nazw zwyczajowych oraz podanie konkretnych wymiarów w zamieszczonych elementach opisu przedmiotu zamówienia służy wyłącznie określeniu cech technicznych i jakościowych. Zamawiający dopuszcza możliwość przedstawienia w ofercie asortymentu równoważnego pod warunkiem, iż oferowany asortyment będzie o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych, użytkowych. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, spełniają wymagania określone przez zamawiającego”. W żadnym innym punkcie SIWZ, ani w innej dokumentacji, nie są z kolei wskazane kryteria, którymi zamawiający będzie się kierował w celu dokonania oceny równoważności. Dowód – SIWZ z 27.11.2017 r. nr 5/PN/CKP/2017.

Powyższe dopuszczenie stosowania zamienników jest zatem, w ocenie odwołującego pozorne, zaś stanowisko to potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Następnie odwołujący zacytował fragmenty wyroków Izby z 16 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 142/16, z 20 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2844/13, z 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 789/17.

Zastrzeżone w treści SIWZ parametry, zdaniem odwołującego, były zbyt ogólne i pozorne, w związku z czym, jak wynika z orzecznictwa Izby towary zamiennie powinny być oceniane pod względem tego, czy są zbliżone, a nie identyczne z przedmiotem zamówienia, na poparcie swojego twierdzenia odwołujący zacytował fragmenty następujących wyroków Izby: z 14 października 2013 r. sygn. akt KIO 2315/15 i z 13 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2242/16. Dalej odwołujący stwierdził, że wymogi SIWZ co do towarów zamiennych nie były wyartykułowane w sposób jednoznaczny, w związku z czym, w świetle orzecznictwa

Krajowej Izby Odwoławczej, odrzucenie oferty odwołującego nie mogło mieć miejsca.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący podniósł, że w złożonej ofercie dla zadania nr 1 zaproponował towary o „właściwościach zbliżonych”, co zdaniem odwołującego wynika z poniżej wskazanego uzasadnienia - dla każdej z pozycji, dla których został zaproponowany towar zamienny:

1. Pozycja 20 - Gra w bingo dla całej klasy - mnożenie (zawarta z pliku w formacie excel o nazwie: „zal_nr_2_zad._nr_1_SP_pomoce_dydaktyczne_(1).xls” stanowiącym załącznik do SIWZ z dnia 27 listopada 2017 r.).

Odwołujący argumentował, iż aby móc zrealizować termin dostawy w terminie, zaoferował identyczną grę, jednak o mniejszej ilości plansz (wymagane 40, zaoferowane 36 plansz) – zachowującą, w jego ocenie, wszystkie pozostałe parametry, w tym najważniejszy, czyli charakter działania arytmetycznego (mnożenie) oraz zakres liczbowy (w zakresie 144).

Odwołujący podniósł także, iż jak wynika z nazwy produktu „Gra w bingo dla całej klasy” gra w ilości zaoferowanej przez odwołującego nadal spełnia swoje podstawowe założenia, gdyż planszę powinno otrzymać każde dziecko w klasie, zgodnie bowiem z ustawą o systemie oświaty, liczebność uczniów w klasie nie powinna przekraczać 28 uczniów, co oznacza, że zaproponowane komplety po 36 plansz w pełni umożliwiają zadanie gry z całą klasą, a zaoferowana przez odwołującego ilość zapewnia nadwyżkę o co najmniej 8 plansz.

Następnie odwołujący wskazał, że w pliku w formacie Excel o nazwie: „zal_nr_2_Arkusz_kalkulacyjny_zad._1_SP.xls”, stanowiącym załącznik do SIWZ z 15 stycznia 2018 r. (dot. postępowania nr 1/PN/CKN/2018), zamawiający zmienił opis poz. 20 zgodnie z rozwiązaniem zaproponowanym przez odwołującego - wymaga, aby zestaw zawierał 36 plansz. Zamawiający tym samym, w opinii odwołującego przyznaje, iż oprogramowanie zaproponowane przez odwołującego jest towarem równoważnym.

Na dowód powyższego wskazano wypełniony przez odwołującego arkusz excel stanowiący załącznik do SIWZ postępowania nr 5/PN/CKP/2017 – poz. 20 (załącznik nr 10 do odwołania), arkusz excel stanowiący załącznik do SIWZ postępowania nr 1/PN/CKN/2018 – poz. 20 (załącznik nr 17 do odwołania), przesłuchanie stron.

2. Pozycja 36 - Gra komputerowa do nauki matematyki (zawarta z pliku w formacie excel o nazwie: „zal_nr_2_zad._nr_1_SP_pomoce_dydaktyczne_(1).xls” stanowiącym załącznik do SIWZ z dnia 27 listopada 2017 r.).

Odwołujący stwierdził, że na etapie szacowania wartości zamówienia (przed ogłoszeniem SIWZ) informował zamawiającego, że podany program jest niedostępny oraz zaproponował zbliżone rozwiązanie, które wspiera umiejętności pomocnicze

w nauce matematyki, tj. pamięć i koncentrację.

Odwołujący podniósł także, że w postępowaniu nr 1/PN/CKP/2018 zamawiający zastosował *de facto* zaproponowany przez odwołującego zamiennik - zastrzegając produkt pomocny dla polepszenia umiejętności koncentracji, pamięci i myślenia matematycznego. Zamawiający tym samym, w ocenie odwołującego, przyznaje, iż oprogramowanie zaproponowane przez odwołującego jest towarem równoważnym. Jako dowód powyższego odwołujący wskazał wypełniony przez odwołującego arkusz excel stanowiący załącznik do SIWZ postępowania nr 5/PN/CKP/2017 – poz. 36 (załącznik nr 10 do odwołania), arkusz excel stanowiący załącznik do SIWZ postępowania nr 1/PN/CKN/2018 – poz. 12 (załącznik nr 17 do odwołania), wycenę odwołującego z dnia 11 stycznia 2018 r. dotyczącą postępowania nr 1/PN/CKN/2018 (załącznik nr 15 do odwołania), zeznania świadków: Rafała Łukaczyka, Łukasza Staniszewskiego, przesłuchanie stron.

3. Pozycja 100 - Folia optyczna powiększająca (zawarta w pliku w formacie excel o nazwie: „zal_nr_2_zad._nr_1_SP_pomoce_dydaktyczne_(1).xls” stanowiącym załącznik do SIWZ z dnia 27 listopada 2017 r.).

Odwołujący wyjaśnił, że w zakresie tej pozycji również już na etapie szacowania wartości zamówienia (przed ogłoszeniem SIWZ) informował zamawiającego, że nie istnieje na rynku folia powiększająca o podanych wymiarach 85 x 52 mm i zaproponował jedyne istniejące rozwiązanie o bardzo zbliżonych parametrach, tj. 78 x 47 mm (o bokach krótszych odpowiednio o 7 i 5 mm, co przekłada się na znikomą różnicę w polu powierzchni folii).

Dowodem powyższego, według odwołującego, jest: wypełniony przez odwołującego arkusz excel stanowiący załącznik do SIWZ postępowania nr 5/PN/CKP/2017 – poz. 100 (załącznik nr 10 do odwołania), zeznania świadków: R. Ł., Ł. S., przesłuchanie stron, rysunek schematyczny (załącznik nr 19 do odwołania).

4. Pozycja 61 - Tablica z przyborami kolorowa (magnetyczna) pozioma (zawarta w pliku w formacie excel o nazwie: „zal_nr_2_zad._nr_1_SP_pomoce_dydaktyczne_(1).xls” stanowiącym załącznik do SIWZ z dnia 27 listopada 2017 r.).

Odwołujący podniósł, że w dniu 9 lutego 2018 zamawiający zwrócił się do niego o dodatkowe wyjaśnieniami dotyczące zaproponowanego produktu:

- 1) Czy zaoferowana przez Państwa tablica z przyborami jest magnetyczna?
- 2) Jakie są dokładne wymiary tablicy (wraz z grubością) i przyrządów (w mm)?

Odwołujący wskazał, że w terminie udzielił odpowiedzi na ww. pytania i stwierdził co następuje.

- 1) „Zamawiający podnosi, że tablica nie jest magnetyczna. To, że zamawiający zawarł słowo „magnetyczna” w nazwie towaru wynika z braku znajomości

asortymentu, który faktycznie zamawia. Przeczy temu opis produktu w SIWZ, tj. „Tablice wykonane są z płyty wiórowej laminowanej”. Nie istnieje płyta wiórowa laminowana o właściwościach magnetycznych. Odwołujący załącza do niniejszego odwołania wydruk ze strony internetowej producenta, z której wynika iż magnetyczne są same przybory (tj. cyrkiel, ekierki, linijka, kątomierz) a nie sama tablica [http: \(...\)](http://...).

2) Zamawiający podnosi, że wymiary tablicy nie odpowiadają wymiarom podanym w SIWZ. Należy zauważyć, że wymiary samej tablicy różnią się nieznacznie - co wynika z innego sposobu rozłożenia przyrządów na tablicy, a tylko do tego sama tablica służy, do przechowywania przyrządów. Wymiary samych przyrządów różnią się raz na plus raz na minus, jednakże w komplecie zaproponowanym przez odwołującego znajdują się wszystkie typu przyborów wymaganych przez zamawiającego, tj. zarówno cyrkiel, dwa typy ekierki, kątomierz, linijka. Dodatkowo w komplecie zawarty jest wskaźnik, a wszystkie przybory są magnetyczne, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Nadto zaproponowany produkt jest wyższej jakości niż ten wymagany przez zamawiającego, na co wskazuje cena rynkowa (produkt opisany w SIWZ kosztuje 306,36 zł brutto, produkt zaproponowany przez odwołującego kosztuje w cenie katalogowej 399,00 zł brutto) i co dodatkowo odwołujący może udowodnić, prezentując próbki obydwu. Odwołujący wskazuje, iż wielkość przyrządów a tym bardziej samej tablicy nie ma żadnego znaczenia dla użytkowania pomocy dydaktycznej w klasie. Istotne znaczenie ma wyłącznie charakter (typ) przyrządów i ich właściwości magnetyczne, co produkt zamawiającego spełnia.

Ponadto:

a) Zamawiający podniósł zupełnie nowy fakt (którego nie ujawnił w swoim poprzednim odrzuceniu z dnia 24 stycznia 2018 r.), iż zaproponowana cena 462,92 zł brutto przekracza wartość stawki maksymalnej określonej w załączniku nr 7 do SIWZ na poziomie 300 zł. Przede wszystkim należy wskazać, iż cena w ofercie odwołującego nie wynosi 462,92 zł brutto lecz 390,00 zł, co łatwo policzyć, dzieląc kwotę 19.500,00 zł brutto dla pozycji 61 przez ilość produktów (50), $19.500,00 \text{ zł} : 50 = 390,00 \text{ zł}$. Nadto określony próg 300 zł w załączniku nr 7 (strona pierwsza, ostatni wiersz tabeli dla asortymentu „SPRZĘT TIK”) nie odnosi się ani do tego produktu, ani do tego zadania. Odwołujący wyraźnie wskazuje, że nie brał udziału w zadaniu nr 2 dotyczącym sprzętu TIK. Ponadto literalnie nazwa produktu dla zadania nr 2 dla stawki maksymalnej 300 zł brzmi „tablica magnetyczna suchościernalna 100 x 150 cm”.

b) Na zakończenie wyводу można dodać, iż w tym samym postępowaniu w zadaniu nr 1 w części dotyczącej pomocy dydaktycznych dla szkół

ponadgimnazjalnych (plik o nazwie „zal_nr_2_zad_nr_1_SPG._pomoce_dydaktyczne.xlsx) w pozycji 21 znajduje się identyczny produkt, tj. „tablica z przyborami kolorowa (magnetyczna) pozioma”, dla którego odwołujący zaproponował ten sam produkt w cenie 390,00 zł, dla którego zamawiający nie przewidział ani dodatkowego wyjaśnienia, ani nie odrzucił oferty odwołującego z powodu niezgodności z wymiarami, a już tym bardziej nie kwestionuje niezgodności kwoty z listą stawek maksymalnych.”

W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący wskazał liczne dowody na poparcie powyższych twierdzeń, wyszczególnione w treści odwołania.

Mając na uwadze powyższe odwołujący podkreślił, że zamawiający w dosyć lakoniczny i mało dokładny sposób uzasadnia podjęte decyzje. Nadto czyni to wielokrotnie, najpierw uznając odwołania odwołującego, a potem odrzucając oferty z powodu mało istotnych, niemerytorycznych przesłanek lub zmienia zdanie. Jak wynika z przedstawionego stanu faktycznego zamawiający, w ocenie odwołującego, wykazuje się niską starannością i małą rzetelnością w ocenie oferty, m.in.:

1. przy trzeciej ocenie oferty zamawiający dopytał o pozycję MegaMatma, a pozostałe pozycje (poz. 20 - gra w bingo, poz. 36 - gra komputerowa do nauki matematyki, poz. 100 - folia optyczna) odrzucił bez zapytania odwołującego o dodatkowe wyjaśnienia;
2. przy trzeciej ocenie oferty zamawiający „odszukał” nowy, rzekomo niezgodny produkt - poz. 61 „tablica z przyborami kolorowa (magnetyczna) pozioma”, ale odniósł się jedynie do jednego z dwóch arkuszy kalkulacyjnych, w których ten produkt występuje; Zamawiający nie potrafi obliczyć ceny brutto z oferty odwołującego mimo, że wcześniej żądał od niego wypełniania pracochłonnych kilkusetstronicowych arkuszy cenowych;
3. przy trzeciej ocenie oferty zamawiający nie powołuje się już na niezgodność oferty z wnioskiem/projektem jak to czynił poprzednio;
4. zamawiający nie potrafi właściwie interpretować stworzonego przez siebie załącznika stawek maksymalnych (myląc produkty między zadaniami i myląc nazwy produktów), bądź też interpretuje go tak, aby stworzyć pozory argumentu do odrzucenia oferty ze względów formalnych;
5. zamawiający stwarza pozory wyszukiwania drobnych niezgodności jedynie po to, aby grać na „zwłokę”; mimo faktu, iż w dniu 20 lutego upływał termin związania z ofertą zamawiający z własnej inicjatywy nie wystąpił do odwołującego z wnioskiem o przedłużenie terminu związania z ofertą;
6. zamawiający zapomina o względach proceduralnych wynikających z postanowień p.z.p. i SIWZ, udzielając odwołującemu zamówienia na zadanie nr 3 bez uprzedniego

sprawdzenia braku podstaw do wykluczenia udziału odwołującego w przedmiotowym postępowaniu; po ponad dwóch tygodniach unieważnia swoją decyzję i występuje do odwołującego z wnioskiem o uzupełnienie niezbędnych, opisanych we własnych SIWZ dokumentów.

Na poparcie powyższego w odwołaniu wskazano kilkanaście dowodów, szczegółowo w nim wyliczonych i załączonych do odwołania.

Zarzut oznaczony przez odwołującego nr 2 postawiony jako naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 p.z.p. poprzez brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień przed odrzuceniem oferty, odwołujący argumentował w sposób następujący.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie wzywał go do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. wyjaśnień odnośnie trzech z czterech produktów, które pozwoliłyby na rzetelną i prawidłową ocenę oferty odwołującego, w szczególności co do zasadności zastosowanych towarów zamiennych. Gdyby zamawiający zastosował się do dyspozycji tego przepisu, odwołujący, podobnie jak ma to miejsce w ramach niniejszego odwołania, przedstawiłby zamawiającemu parametry o okoliczności udowadniające zaistniałą równowagę pomiędzy wymogami SIWZ, a treścią złożonej oferty. Nadto, w ocenie odwołującego, jak wynika ze stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający ma obowiązek wystąpienia do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień (*vide* wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 1 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1027/12, zgodnie z którym: „Z przepisu art 87 ust 1 p.z.p. nie wynika wprost, aby zamawiający w każdej sytuacji wskazującej na wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ był zobowiązany do występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień. Jednak zamawiający jest zobowiązany do wystąpienia z żądaniem złożenia wyjaśnień do wykonawcy, kiedy ich wystąpienie jest niewątpliwe, a więc obowiązek ten materializuje się w sytuacji, kiedy zamawiający zamierza odrzucić złożoną ofertę z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.”

W zakresie zarzutu nr 3 sformułowanego jako naruszenie przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p. poprzez uznanie, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i w konsekwencji unieważnienie przedmiotowego postępowania, odwołujący stwierdził, że bezsprzecznie wykazał, iż jego oferta w żadnym razie nie powinna zostać odrzucona przez zamawiającego. W konsekwencji, zdaniem odwołującego, zamawiający nie miał żadnych merytorycznych podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Odwołujący złożył bowiem ofertę, która przy zachowaniu należytej staranności oraz znajomości interpretacji przepisów, w tym stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, powinna bezapelacyjnie i bez żadnych wątpliwości zostać uznana jako odpowiadająca treści

SIWZ. Zamawiający, twierdząc inaczej i unieważniając postępowanie bez uzasadnionej i rzeczywistej ku temu podstawy, naruszył art. 93 ust. 1 pkt. 1 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą VAT.

Tak określone, na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzuty i stanowiska stron określiły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (*vide* wyrok KIO z 26.04.2012 r., sygn. akt KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 08.12.2015 r., sygn. akt KIO 2598/15; z 09.09.2016 r., sygn. akt KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15, Sąd Okręgowy w Gdańsku z 25 maja 2012 r. w sprawie o sygn. akt XII Ga 92/12).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z oryginałem dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami siwz, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a odwołującym, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie

do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska przedstawione pisemnie, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych wynikających z art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania z prawa do wniesienia środka ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta dla zadania nr 1 powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza gdyż uzyskał on najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert – 92 punkty. Druga złożona oferta, wykonawcy Nowa Szkoła Sp. z o.o., została przez zamawiającego odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ, gdyż wykonawca ten nie uwzględnił zmian specyfikacji z 27.11.2017 r. Zatem w związku z obecnym rozstrzygnięciem postępowania po stronie odwołującego zaistniała szkoda - nie osiągnie on spodziewanej korzyści finansowej, ponadto włożył dużo starań, pracy i zaangażowania w celu realizacji przedmiotu postępowania - realizacja zadania nr 1, z uwagi na jego rozmiar, jest traktowana przez odwołującego jako ważny projekt w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, który istotnie poprawiłby jego kondycję finansową.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia", uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedłożony przez strony, a opisany w dalszej części uzasadnienia, a także ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania przedłożonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym

stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ z dnia 27 listopada 2017 r., znak sprawy: 5PN/CKP/2017, w sytuacji gdy oferta odwołującego odpowiadała treści SIWZ.

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że na obecnym etapie postępowania, po upływie terminu na składanie ofert, nie ma już możliwości zmiany niejednoznacznych czy niedoprecyzowanych postanowień treści dokumentacji postępowania. Tym samym nie ma też podstaw do rewidowania jej treści - uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również Krajowa Izba Odwoławcza są związani opisem przedmiotu zamówienia i sposobem spełniania wymagań zamawiającego zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, w tym opisem sposobu wykazywania równoważności oferowanych przedmiotów.

Wobec powyższego, twierdzenia w zakresie braku prawidłowego określenia cech i parametrów na podstawie których wykonawca oferujący przedmioty równoważne zobowiązany jest wykazać równoważność swoich produktów, co do wymagań określonych przez zamawiającego, nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę. Twierdzenia te są również, ze względu na zawity 10 dniowy termin na wniesienie zarzutów wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a także wobec treści SIWZ, który został przez Ustawodawcę unormowany w art. 182 ust. 2 pkt 1 p.z.p., a rozpoczynający bieg od dnia publikacji ogłoszenia lub zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej, na tym etapie twierdzeniami spóźnionymi.

Jedynie na marginesie wypada zauważyć, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2014 r. sygn. akt IV CSK 626/13, w którym pojawiło się istotne zagadnienie prawne wymagające analizy przepisów p.z.p., które nakładają na zamawiającego obowiązek rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia (art. 29 i 30 p.z.p.) w korelacji z prawem wykonawcy do uzyskania od zamawiającego wyjaśnienia treści SIWZ (art. 38 p.z.p.), że brak zadania pytań w razie niejasności treści dokumentacji postępowania może świadczyć o niedochowaniu należytej staranności przez wykonawcę.

Wykonawca, który zamierza złożyć ofertę równoważną, uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.) przy zachowaniu absolutnego minimum staranności wymaganej w takim przypadku od przedsiębiorcy – w sytuacji gdy, jak wskazał odwołujący „zamawiający dopuścił oferowanie towarów zamiennych, jednakże *de facto* nie określił dla nich parametrów, które pozwalałyby dokonać ich oceny pod względem równoważności (...) zastrzeżone w treści SIWZ parametry

są ogólne i pozorne (...)” – powinien co najmniej, przy wykorzystaniu możliwości wynikającej z art. 38 p.z.p., zadać w tym zakresie zamawiającemu pytania, celem uzyskania wyjaśnienia i doprecyzowania jakie produkty zamawiający uzna za równoważne produktom określonym w opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie może natomiast powoływać się z korzystnym dla siebie skutkiem na „uchybień” po stronie zamawiającego, które twierdzi, że wystąpiły w toku czynności na które termin zaskarżenia upłynął - w sytuacji, gdy nie skorzystał z żadnej instytucji przewidzianej ustawą umożliwiającą ich korektę. Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza na etapie oceny czynności jaką jest wybór oferty najkorzystniejszej nie włącza i nie może włączyć w zakres przedmiotu rozpoznania postępowania odwoławczego twierdzeń obejmujących treść SIWZ, która nigdy nie była wyjaśniana ani zaskarżona z uwagi na brak czynności wykonawcy. W szczególności mając na uwadze, że odwołujący, jak sam wskazywał, już na etapie oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, przedkładając zamawiającemu wycenę, informował zamawiającego, że niektóre produkty są trwale niedostępne na rynku, w tym, jak zaznaczył odwołujący, m.in. pozycje w arkuszach, które na etapie oceny oferty zamawiający uznał za niezgodne z SIWZ. Odwołujący poprzestał na telefonicznym i e-mailowym poinformowaniu zamawiającego o niedostępności niektórych towarów, podczas szacowania wartości zamówienia, zaś od momentu udostępnienia wykonawcom ogłoszenia i SIWZ, nie podjął w tym zakresie żadnych działań, a więc zachował się niedbale, narażając się na skutki braku skutecznego wzruszenia czynności zamawiającego – które, jak twierdzi – powinny były zostać zmienione. Obecne podnoszenie argumentu, że zamawiający, „pomimo uwag zamieścił na stronie internetowej SIWZ (...) bez uwzględnienia zmian sugerowanych przez odwołującego, a tym samym zawarł on w przedmiocie zamówienia także towary niedostępne na rynku”, jest spóźnione, a jego podniesienie może być interpretowane jedynie jako nieuprawniona próba obejścia zawitego terminu na zaskarżenie treści SIWZ, która nie może odnieść zamierzonego skutku.

Ustawodawca udostępnił wykonawcom narzędzia umożliwiające im wpływ na treść dokumentacji postępowania, w postaci obowiązku wyjaśnienia treści SIWZ przez zamawiającego (art. 38 ust. 1 p.z.p.), a także możliwość wniesienia środka ochrony prawnej, kiedy w ocenie wykonawcy sposób opisu przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, niewyczerpujący, a przedstawione przez zamawiającego parametry równoważności są pozorne i uniemożliwiają prawidłową ocenę zgodności zamienników z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, jak podnosił odwołujący.

Odwołujący takich czynności nie podjął, co ma obecnie negatywne konsekwencje, gdyż ciężar wykazania spełnienia wymogu równoważności oferowanych produktów, zgodnie z art. 30 ust. 5 p.z.p., spoczywa na wykonawcy (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 29 września 2010 r., sygn. akt KIO 1982/10, z 9 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2336/12,

z 14 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2421/12, z 24 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 265/17, z dnia 11 maja 2016 r. sygn. akt sygn. akt KIO 663/16).

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. stanowi, że „zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.”

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też w orzecznictwie Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Podsumowując zawarte tam interpretacje normy wynikającej z art. 89 ust.1 pkt 2 p.z.p. wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ musi posiadać charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy. Ponadto należy wykazać na czym konkretnie ta niezgodność polega, poprzez jednoznacznie wskazanie w ofercie co nie jest zgodne i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia, ewentualnie również z uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami i wyjaśnieniami zamawiającego (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 10 listopada 2011 r. sygn. akt XIX Ga 477/11, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 22 maja 2017 r. sygn. akt III Ca 452/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 września 2017 r. sygn. akt KIO 1815/17).

Mając powyższe na uwadze można przyjąć, iż niezgodność oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. 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, oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie przez zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. możliwe jest jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ - na

podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty, wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu, lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. (por. wyrok KIO z 23.09.15 r., sygn. akt KIO 1974/15).

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w danym postępowaniu.

Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, podzielając stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Udostępnienie SIWZ jest bowiem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SIWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić. Natomiast powyższe warunki winny być interpretowane w miarę możliwości literalnie i ściśle – stanowi to gwarancję pewności obrotu i przez ograniczenie uznaniowości zamawiającego warunków realizacji zasady równego traktowania wykonawców, wyrażony w art. 7 ust. 1 p.z.p. Szczególnie istotne w tym zakresie w ocenie Izby jest związanie uczestników postępowania o udzielenie zamówienia treścią SIWZ na tożsamy sposób – nie zasługuje na aprobatę zachowanie zmierzające na wpłynięcie na sposób interpretowania czy oceny treści SIWZ przez zamawiającego poprzez inne instrumenty niż przewidziane w ustawie – a zatem, w sposób sprzeczny z prawem.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Izba ustaliła w oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej następujący stan faktyczny:

- I. Zamawiający w rozdziale 2 SIWZ – opis przedmiotu zamówienia wskazał:
 1. szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 pomoce dydaktyczne zawiera się w załączniku nr 2 do SIWZ;
 2. zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania produktów równoważnych;
W SIWZ określono „Zamawiający informuje, iż wskazanie nazw zwyczajowych oraz podanie konkretnych wymiarów w zamieszczonych elementach opisu przedmiotu zamówienia służy wyłącznie określeniu cech technicznych i jakościowych. Zamawiający dopuszcza możliwość przedstawienia w ofercie asortymentu równoważnego pod warunkiem, iż oferowany asortyment będzie o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych,

funkcjonalnych, użytkowych. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.”

II. W spornych pozycjach (l.p.) nr 20, 36, 61 i 100 zamawiający wymagał dostarczenia:

1. „Poz. 20 nazwa: gra w bingo dla całej klasy – mnożenie
Opis: Każde dziecko otrzymuje plansze z iloczynami (w zakresie 144) oraz czerwone żetony. Nauczyciel odczytuje działania na mnożenie liczb 1 - 12, a zadaniem uczniów jest obliczyć wynik i sprawdzić, czy znajduje się on na ich planszy. Gracz, który jako pierwszy zakryje pięć liczb w rzędzie, wola "Bingo!" i wygrywa rundę. Zawartość min.: 40 plansz bingo (wym. 19 x 23 cm) – 1 plakat z tabliczką mnożenia 1 - 12 (wym. 30 x 45 cm) - 200 kartoników do wyczytywania działań - 720 papierowych żetonów – instrukcja.”
2. „Poz. 36 nazwa: gra komputerowa do nauki matematyki
Opis: Jest to program edukacyjny, ćwiczący umiejętności dziecka w zakresie podstawowych zagadnień matematycznych takich jak arytmetyka, mierzenie masy i długości, obliczenia pieniężne, figury geometryczne czy klasyfikacja przedmiotów. Gra edukacyjna "Matematyka na wesoło" to interaktywna przygoda będąca połączeniem kursu multimedialnego i fascynującej zabawy. Rozwija ona wiedzę nie tylko z zakresu przedmiotu, lecz także zdolność logicznego myślenia, łączenia faktów i wnioskowania. Uczeń, wcielając się w jedną z postaci scenariusza gry, przeżywa wiele niezwykłych przygód, a zarazem poznaje zagadnienia z dziedziny matematyki.
 - 1) Matematyka na wesoło - Podróż Dokoła Świata (11-12 lat) - program komputerowy;
 - 2) Matematyka na wesoło - Detektyw (11-12 lat) - program komputerowy;
 - 3) Matematyka na wesoło - Wielki Koncert (12-13 lat) - program komputerowy;
 - 4) Matematyka na wesoło - Tajemnicza Wiadomość (10-11 lat) - program komputerowy;(lub programy równoważne do przedstawionych).”
3. „Poz. 61 nazwa: tablica z przyborami kolorowa (magnetyczna) pozioma
Opis: Wymiary: 1040 x 600 x 18 /mm/; Przeznaczenie: Tablica przeznaczona jest dla wszelkiego typu szkół jako oprzyrządowanie klasopracowni. Służy do mocowania: Cyrkiel tablicowy kolor magnetyczny: 485 x 40 x 20 /mm/; Trójkąt 60 kolor magnetyczny: 535 x 310 x 8; Trójkąt 45 kolor magnetyczny: 430 x 430 x 8; Kątomierz kolor magnetyczny: 510 x 285 x 8; Liniał tablicowy kolor magnetyczny: 1020 x 65 x 8; Trójnóg cyrkla kolor magnetyczny:

80 x 80 x 40 Wykonanie: Tablice są wykonane z płyty wiórowej laminowanej. Całość jest chroniona listwami ochronnymi i narożnikami. Poszczególne miejsca mocowania przyrządów opisane są metodą sitodruku.”

4. „Poz. 100 nazwa: folia optyczna powiększająca
Opis: Folia optyczna powiększająca do 2x. Bardzo przydatna w sklepie, aptece, banku, środkach komunikacji miejskiej. Format karty kredytowej pozwala na schowanie jej w portmonetce, portfelu lub po prostu w kieszeni. Ochronę przed przypadkowym zarysowaniem zapewnia etui. Wielkość: 85 x 52 mm.”

III. Odwołujący zaoferował w ofercie:

1. „Poz. 20 nazwa: gra w bingo dla całej klasy – mnożenie
Towar proponowany przez wykonawcę: Każde dziecko otrzymuje plansze z iloczynami (w zakresie 144) oraz czerwone żetony. Nauczyciel odczytuje działania na mnożenie liczb 1 - 12, a zadaniem uczniów jest obliczyć wynik i sprawdzić, czy znajduje się on na ich planszy. Gracz, który jako pierwszy zakryje pięć liczb w rzędzie, woła "Bingo!" i wygrywa rundę. Zawartość min.: 36 plansz bingo (wym. 16,5 x 23 cm) – 1 plakat z tabliczką mnożenia 1 - 12 – kartoniki „wywoławcze” z działaniami – papierowe żetony – instrukcja.”
2. „Poz. 36 nazwa: gra komputerowa do nauki matematyki
Towar proponowany przez wykonawcę: Akademia Umysłu Pamięć 1 i Koncentracja 1 to seria nowoczesnych programów edukacyjnych i gier rozwijających możliwość umysłu osób w każdym wieku. Skierowane są do wszystkich, którzy chcą rozwinąć kluczowe umiejętności intelektualne potrzebne w szkole czy w pracy zawodowej, a także zdobywać wiedzę w szybki i trwały sposób. Dedykowane są również osobom starszym w celu poprawy pamięci i podniesienia kondycji umysłowej. Każdy z programów to: - aż 16 ciekawych ćwiczeń i setki opcji – nigdy się nie znudzisz, - 10 poziomów trudności – dostosujesz trening do swoich potrzeb i umiejętności, - tryb nauki – program ocenia postępy, dobiera intensywność i trudność ćwiczeń, - intuicyjny i atrakcyjny interfejs – łatwa i przyjemna obsługa programu, - nieograniczona liczba użytkowników – cała rodzina lub klasa może ćwiczyć i zapisywać swoje wyniki. Program zawiera najnowsze metody, techniki i systemy doskonalenia pamięci. Są tu ćwiczenia , które zwiększają zdolność zapamiętywania: tekstów, znaków, liczb, obrazów, sytuacji. Skraca się czas potrzebny na zapamiętanie informacji. Wzrasta zdolność jej długoterminowego przechowywania. Nabyte umiejętności można wykorzystać, aby zapamiętać obce słówka, numery telefonów, terminy spotkań, imiona, nazwiska i twarze,

treść czytanych gazet i książek. Program zawiera kilkanaście ćwiczeń. Opcje zwielokrotniają warianty ćwiczeń, a poziomy trudności pozwalają je dostosować do wieku i umiejętności. Każdy program to – aż 16 ciekawych ćwiczeń i setki opcji – nigdy się nie znudzisz, - 10 poziomów trudności – dostosujesz trening do swoich potrzeb i umiejętności, - tryb nauki – program ocenia postępy, dobiera intensywność i trudność ćwiczeń, - intuicyjny i atrakcyjny interfejs – łatwa i przyjemna obsługa programu, - nieograniczona liczba użytkowników – cała rodzina lub klasa może ćwiczyć i zapisywać swoje wyniki.”

3. „Poz. 61 nazwa: Tablica z przyborami kolorowa (magnetyczna) pozioma
Towar proponowany przez wykonawcę: Wysokiej jakości przybory tablicowe dostępne w obszernym 6-elementowym komplecie ze wskaźnikiem. Przybory dostarczane są wraz z tablicą ścienną do powieszenia. Zawartość: cyrkiel na przyssawkach, linijka z podziałką cm/dm (100 cm), kątomierz dwukierunkowy (50 cm), ekierka równoramienna 90-45-45 (60 cm), ekierka równoboczna 30-60-90 (60 cm), wskaźnik (100 cm), tablica ścienna (wym. 102 x 55 cm).”
4. „Poz. 100 nazwa: folia optyczna powiększająca
Towar proponowany przez wykonawcę: Folia optyczna o 2-krotnym powiększeniu – soczewka Fresnela – wym. 78 x 47 mm – waga 6 g.”

IV. Zmawiający, w wyniku uwzględnienia dwóch odwołań wniesionych przez odwołującego, w tym postępowaniu, prowadził postępowanie wyjaśniające, na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., w zakresie pozycji 61 i programu megamatma e - zasoby megamatma.pl.

V. Jako przyczynę odrzucenia oferty odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ, zamawiający w zawiadomieniu z 14 lutego 2018 r. wskazał co następuje:

1. „Poz. 20 nazwa: gra w bingo dla całej klasy – mnożenie
Uzasadnienie odrzucenia: Proponowana przez Państwa gra posiada 36 plansz bingo. Zamawiający wymagał min. 40 plansz o wymiarach 19 x 23 cm. W związku z powyższym opisem zaoferowany przedmiot jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do SIWZ – nie spełnia minimalnych wymagań zamawiającego.”
2. „Poz. 36 nazwa: gra komputerowa do nauki matematyki
Uzasadnienie odrzucenia: Proponowany przez Państwa program służy do nauki koncentracji i nie zawiera zagadnień matematycznych wymaganych przez zamawiającego. W związku z powyższym oferowany produkt jest

niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do SIWZ – nie spełnia minimalnych wymagań zamawiającego.”

3. „Poz. 61 nazwa: Tablica z przyborami kolorowa (magnetyczna) pozioma
Uzasadnienie odrzucenia: Proponowana przez Państwa tablica zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami nie jest tablicą magnetyczną. Dodatkowo wymiary tablicy nie odpowiadają minimalnym wymiarom podanym przez zamawiającego: tablica 1020 x 550 x 2 mm, wymiary przyborów: kątomierz 500 x 290 x 4 mm, ekierka równoramienna 600 x 290 x 4 mm, ekierka równoboczna 600 x 340 x 588 x 4 mm, cyrkiel długość 450 mm, linijka 1000 mm, wskaźnik 1000 mm. W związku z powyższym oferowany produkt jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do SIWZ – nie spełnia minimalnych wymagań zamawiającego. Dodatkowo zaproponowana przez Państwa tablica kosztuje 462,92 zł brutto. Zgodnie z katalogiem stawem maksymalnych – załącznik nr 7 do SIWZ maksymalny koszt tablicy to 300 zł brutto. W niniejszym postępowaniu obowiązuje katalog stawek maksymalnych, w związku z powyższym Państwa oferta jest niezgodna z SIWZ.”
4. „Poz. 100 nazwa: folia optyczna powiększająca
Uzasadnienie odrzucenia: Proponowana przez Państwa folia jest o wymiarach 78 x 47 mm. W związku z powyższym oferowany produkt jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik do SIWZ – nie spełnia minimalnych wymagań zamawiającego.”

Jak wskazano w pkt I ppkt 2 ustaleń faktycznych zamawiający dopuścił możliwość złożenia oferty zawierającej asortyment równoważny do opisanego w przedmiocie zamówienia (rozdział 2 SIWZ), z tego uprawnienia skorzystał odwołujący w zakresie czterech spornych pozycji 20, 36, 61 i 100. Izba zweryfikowała, czy odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. z powodu niezgodności jej z treścią SIWZ, zamawiający naruszył dyspozycję tej normy, wynikiem czego Izba stwierdziła, że czynność odrzucenia oferty została dokonana w sposób prawidłowy, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Zgodnie z jednolitym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 2 września 2016 r., sygn. akt XIII Ga 200/16, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 890/16, z 11 października 2016 r., sygn. akt KIO 1838/16) w przypadku kiedy zamawiający opisze przedmiot zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 3 p.z.p., jak w rozpoznawanej sprawie, zgodnie z art. 30 ust. 5 p.z.p. na wykonawcy, składającym ofertę o produktach

równoważnych, spoczywa ciężar dowodu co do wykazania zamawiającemu, że oferowane przez niego produkty są faktycznie rozwiązaniem równoważnym w odniesieniu do przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego.

W powyższym zakresie wykonawca, wszelkimi możliwymi środkami dowodowymi, winien przedstawić precyzyjne i niepowodujące wątpliwości stanowisko, które u zamawiającego winno wywołać skutek w postaci niepowodującej żadnych wątpliwości pewności, co do prawidłowości złożonej oferty, w tym jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, czyli oferty spełniającej wymagania zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia w stopniu równoważnym wymaganemu asortymentowi (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 lipca 2012 r. sygn. akt KIO 1388/12).

Oferta równoważna, to taka - zgodnie z rozdziałem 2 SIWZ - która przedstawia asortyment równoważny do przedmiotu zamówienia „o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych, użytkowych”, ponadto również zgodnie z art. 30 ust. 5 p.z.p., powtórzonym w treści SIWZ przez zamawiającego „wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego.” (rozdział 2 SIWZ, opis przedmiotu zamówienia). Zatem istotne jest przy tym, że wymagane właściwości i parametry danego produktu muszą być przez wykonawcę wykazane zamawiającemu, czyli w sposób bezsporny udowodnione przez wykonawcę w toku postępowania przed zamawiającym, za pomocą wszelkich środków dostępnych wykonawcy. Tego elementu, w przypadku oferty odwołującego niewątpliwie zabrakło na etapie oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także na etapie późniejszym – podczas postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, odwołujący nie wykazał, że jego oferta jest równoważna z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w dokumentacji postępowania dla czterech spornych pozycji. Co więcej, odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nawet nie podjął próby wykazania tej równoważności, zamiast tego nieskutecznie kwestionując wymagania SIWZ regulujące parametry te same oceny. Tym samym nie wykazano, że odrzucenie oferty przez zamawiającego było czynnością nieprawidłową, naruszającą art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Należy również zaznaczyć, że oferta wykonawcy powinna zostać skonstruowana w taki sposób, aby zamawiający był w stanie ocenić, że proponowane równoważniki spełniają jego wymagania i będą należycie spełniały cel postępowania. Niewątpliwie wykonawca oferujący rozwiązania równoważne zobowiązany jest wykazać się szczególną starannością przy składaniu oferty, aby udowodnić zamawiającemu spełnianie wymagań przedmiotu zamówienia. W ustalonym stanie faktycznym odwołujący wskazał wprost na inne parametry techniczne i użytkowe, w szczególności wymiary produktów, oraz zupełnie inne

cechy i funkcje oferowanego asortymentu, bez podjęcia próby wykazania równoważności zaoferowanych materiałów.

Izba stwierdziła, że odwołujący zaoferował w poz. nr 36 formularza o nazwie nadanej przez zamawiającego „gra komputerowa do nauki matematyki”, produkt, który jest sprzeczny z treścią SIWZ. Zaoferowana przez odwołującego gra „Akademia Umysłu Pamięć 1 i Koncentracja 1” jak słusznie w podstawie faktycznej odrzucenia wskazał zamawiający, zgodnie z jej opisem zawartym w formularzu odwołującego, jest programem do nauki koncentracji i wspomaganie pamięci, zaś wprost nie zawiera zagadnień matematycznych wymaganych przez zamawiającego. Program odwołującego nie zawiera funkcji w postaci nauczania uczniów arytmetyki, mierzenia masy i długości, obliczeń pieniężnych, co do figur geometrycznych czy klasyfikacji przedmiotów. W formularzu odwołującego wskazane zostało, że program rozwija „umiejętności intelektualne potrzebne do nauki w szkole czy w pracy zawodowej”, które to są wymagane przez zamawiającego, ale jedynie pomocniczo, jako dodatkowe umiejętności, przy określeniu wymagań co do głównej funkcji programu jako nauki matematyki. Na marginesie można dodać, że zamawiający wymagał programu dostosowanego dla uczniów, w trzech przedziałach wiekowych (10 - 11 lat, 11 - 12 lat, 12 - 13 lat), a program odwołującego jest w tym zakresie sprzeczny z wymogiem, gdyż jest przeznaczony dla osób „w każdym wieku” - uczących się, pracujących i osób starszych.

Odwołujący wykazywał równoważność programu do nauki matematyki, jak też i pozostałych produktów zaoferowanych w pozycjach 20, 61 i 100, poprzez twierdzenie, że spełniają one wymagania zamawiającego, gdyż w kolejno ogłoszonym postępowaniu o nr 1/PN/CKN/2018 zamawiający opisał te pozycje w tożsamy sposób jak w ofercie odwołującego złożonej w postępowaniu nr 5/PN/CKP/2017, która jest podstawą wniesienia odwołania. Odwołujący zaznaczał też, że fakt ten spowodowany jest brakiem asortymentu opisanego przez zamawiającego na rynku.

W ocenie Izby takie twierdzenia nie mogły odnieść pozytywnego skutku, ponieważ nie mają żadnego związku z przedmiotem rozpoznania sprawy zakreślonym zaskarżonymi czynnościami i zaniechaniami zamawiającego we wniesionym przez odwołującego środku ochrony prawnej.

Przede wszystkim zamawiający dokonuje oceny treści oferty w oparciu o treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym ta oferta została złożona – zgodnie z art. 82 ust. 3 p.z.p. „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, a konsekwencją niewypełnienia tego obowiązku przez wykonawcę jest obowiązek zamawiającego polegający na odrzuceniu oferty, wynikający z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Zatem jakiegokolwiek porównywanie dokumentacji postępowania z różnych przetargów jest wadliwe i *a priori* nie mogło odnieść w niniejszym postępowaniu pozytywnego skutku. Przedłożony przez odwołującego dowód w postaci dokumentacji

postępowania nr 1/PN/CKN/2018 został przez Izbę pominięty jako nieprzydatny dla rozstrzygnięcia rozpoznawanej sprawy. Umknęło uwadze odwołującego, że spoczywa na nim obowiązek wykazania zaoferowania produktu o właściwościach równoważnych w stosunku co do określonego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia – w postępowaniu w którym odwołujący złożył ofertę, zatem zamiast skupić się na dokumentacji na podstawie której sporządzono, w ocenie odwołującego, równoważną ofertę i zaoferowano w formularzu ofertowym sporne pozycje 20, 36, 61 i 100, odwołujący szukał potwierdzenia w późniejszych czynnościach zamawiającego w innym postępowaniu, pozostających bez związku z ofertą odwołującego złożoną w postępowaniu nr 5/PN/CKP/2017.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że w stosunku co do tezy, że złożona oferta jest zgodna z treścią SIWZ w postępowaniu, w którym odwołujący złożył ofertę, tym samym spełnia parametry i właściwości określone przez zamawiającego w sposób równoważny, a odrzucenie oferty zostało dokonane przez zamawiającego przy naruszeniu art. 89 ust.1 pkt 2 p.z.p., nie mogło odnieść pozytywnego skutku powoływanie się na zupełnie inną dokumentację postępowania i próba wywodzenia z niej korzystnych dla siebie skutków prawnych, bowiem nie ma to związku z przedmiotem rozpoznania.

Ponadto ze względu na podstawę odrzucenia oferty – niezgodność z treścią SIWZ, nieprzydatny dla rozstrzygnięcia okazał się również dowód w postaci przesłuchania stron czy świadków, gdyż wszystkie te dowody oferowano na tezy nie mające nawet luźnego związku z przedmiotem rozpoznania postępowania odwoławczego. W istocie, odwołujący próbował wywodzić, że jego oferta nie powinna zostać odrzucona, ponieważ pomijając instrumenty przewidziane w ustawie, poprzez bezpośredni kontakt z przedstawicielami zamawiającego, który ujawnił w toku postępowania, próbował skłonić zamawiającego do zmian dokumentacji postępowania. Zachowanie takie nie tylko nie zasługuje na aprobatę, ale musi spotkać się z krytyką bowiem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i ma na celu efektywne wybranie najkorzystniejszej oferty, na którą można przeznaczyć środki publiczne i ustawodawca przewidział szereg instrumentów celem rewidowania czynności zamawiającego na etapie formułowania SIWZ – z żadnego z tych instrumentów odwołujący nie skorzystał.

Warto również zaznaczyć, że twierdzenia samego odwołującego, że produkty o właściwościach wskazanych przez zamawiającego są niedostępne na rynku, przy braku podjęcia przez odwołującego nawet próby wykazania, że w pozycjach 20, 36, 61 i 100 zaoferował równoważne z określonymi przez zamawiającego w postępowaniu, w którym złożył on ofertę, zgodnie z logiką i doświadczeniem życiowym w okolicznościach niniejszej sprawy uprawdopodobniają raczej okoliczność, że odwołujący chciał wykorzystać przedmiotowe postępowanie do sprzedaży posiadanego asortymentu, niż

realnego zaoferowania produktów równoważnych o tożsamych lub lepszych parametrach od tych wymaganych przez zamawiającego – gdyby bowiem istotnie zobowiązanie w tym zakresie nie było możliwe do realizacji, nic nie powstrzymało odwołującego przed zadaniem zamawiającemu stosownego pytania lub zaskarżeniem w wymaganym terminie treści SIWZ. Brak produktu o określonych parametrach na rynku jest bowiem okolicznością, która nie wymaga skomplikowanego postępowania dowodowego i może zostać bez większego nakładu środków i czasu wyjaśniona z wykorzystaniem przewidzianych do tego w ustawie, a omówionych obszernie powyżej instrumentów.

Należy mieć przy tym na względzie, że dla wykazania niezgodności oferty z treścią SIWZ, potwierdzającej właściwe wypełnienie przez zamawiającego normy 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wystarczające jest niespełnienie nawet jednego wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niezależnie od wartości danej pozycji w korelacji z wartością złożonej oferty, gdyż nawet jedna pozycja nie spełniająca wymogów przedmiotu zamówienia aktualizuje obowiązek odrzucenia oferty, która jest niezgodna z dokumentacją postępowania.

W zakresie pozycji nr 20 dotyczącej gry bingo, Izba stwierdziła, że sam wymóg dostarczenia plansz dla całej klasy, przy uwzględnieniu norm ustawy o systemie oświaty, gdzie wskazano, że klasa nie może przekraczać 28 uczniów, kiedy odwołujący zaoferował 36 a nie 40 plansz, jak wymagał zamawiający, został przez odwołującego funkcjonalnie spełniony na co najmniej takim samym jak określony przez zamawiającego poziomie, gdyż planszę mogłoby otrzymać każde dziecko w klasie, zgodnie z opisem równoważności zastosowanym przez zamawiającego. Jednakże odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że zaoferowane przez niego plansze spełniają wymóg co do parametrów technicznych i jakościowych, w zakresie wymiarów wskazanych przez zamawiającego. Zamawiający wymagał plansz o wymiarach 19 x 23 cm, zaś odwołujący zaoferował plansze 16,5 x 23 cm. Okoliczność tą wskazał również zamawiający w podstawie odrzucenia oferty. Odwołujący zaś nie udowodnił, że plansze z jego oferty spełniają wymóg zamawiającego, w sposób równoważny - jak wskazał zamawiający w treści 2 rozdziału SIWZ, wymiary zamieszczone w opisie przedmiotu zamówienia służą określeniu cech technicznych i jakościowych, zaś asortyment równoważny powinien posiadać takie same lub lepsze parametry techniczne, jakościowe, funkcjonalne czy użytkowe. Odwołujący ani na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani na etapie postępowania odwoławczego nie podjął próby wykazania, że parametry plansz są równoważne wymaganym. Tożsamo w zakresie pozycji 61 i 100 formularza odwołujący nie wykazał, że zaoferowane zamienniki posiadają cechy i parametry równoważne wymaganiom dokumentacji postępowania.

Zaoferowano w ofercie co do pozycji 20, 61 i 100 produkty o wprost innych wymiarach niż opisane przez zamawiającego, bez wykazania, że technicznie czy jakościowo

są to produkty co najmniej o takich samych lub lepszych parametrach (wymiarach), czyli jakościowo i funkcjonalnie spełnią swoją funkcję użytkowe. Nie wykazano również równoważności właściwości i wymiarów poz. 61 tablicy z wraz z wymaganymi przyborami (cyrkiel, linijka, kątomierz, ekierki, wskaźnik), a także co do cech poz. 100 dotyczącej folii optycznej, kiedy jedynie wykazanie, że produkty te spełniają wymagania dokumentacji postępowania mogłoby skutkować przyjęciem, że zamawiający w sposób wadliwy dokonał odrzucenia oferty odwołującego.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył zarzucane mu normy, gdyż nie podjęto próby polemiki z uzasadnieniem odrzucenia oferty odwołującego w czterech spornych pozycjach, ograniczając się do wskazywania, że co prawda asortyment posiada inne cechy i wymiary, ale jest zgodny z dokumentacją nowo ogłoszonego postępowania nr 1/PN/CKN/2018.

Reasumując powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostą ciężącemu na nim ciężarowi dowodowemu i nie udowodnił podniesionych tez, z których zresztą większość – nawet gdyby została wykazana, w żaden sposób nie rzutowała na rozstrzygnięcie, ponieważ nie pozostawała w związku z przedmiotem niniejszego postępowania i analizowanego w jego toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z dyspozycją art. 190 ust. 1 p.z.p. obowiązkiem stron jest wskazanie dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Izby) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (*vide* wyrok Sądu Najwyższego, sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody, zaś Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w wypełnianiu tego obowiązku (*vide* wyrok Sądu Najwyższego, sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach sygn. akt V ACa 175/08). Mając na uwadze powyższe oraz wywód uzasadnienia dotyczący obowiązku wynikającego z art. 30 ust. 5 p.z.p., skład orzekający w niniejszej sprawie stwierdził, że odwołujący nie udowodnił, że oferowane przez niego rozwiązanie jest rozwiązaniem równoważnym opisanemu przez zamawiającego przedmiotowi zamówienia w zakresie pozycji 20, 36, 61 i 100, w konsekwencji zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ z dnia 27 listopada 2017 r. nr 5PN/CKP/2017, w sytuacji gdy oferta odwołującego odpowiadała treści SIWZ,

okazał się w ustalonym stanie sprawy zarzutem bezpodstawnym i jako taki został przez Izbę oddalony.

Należy również zaznaczyć, że w orzecznictwie Izby ukształtował się słuszny pogląd, który skład orzekający w niniejszej sprawie podziela, że z treści samej oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań przedmiotu zamówienia, określonych w treści dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie.

Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Zatem wyjaśnienia, w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p., które przeradzają się w obowiązek zamawiającego w przypadku niejasności co do treści oferty, mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, norma ta natomiast wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty. Ponadto orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dopuszcza możliwość, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach, w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty - wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovenskoz a.s., jak trafnie stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 24 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 265/17.

Zatem podkreślić należy, że treść oferty, precyzująca oferowane produkty i rozwiązania, musi być ustalona w terminie składania ofert i nie może podlegać dookreśleniu po upływie tego terminu, a wykonawca oferujący rozwiązania równoważne ma obowiązek wykazać, że przedstawione w treści oferty rozwiązania spełniają wymagania określone przez zamawiającego i pomimo, że ustawa p.z.p. przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli, jeśli jest ono niejednoznaczne - takie jak instytucja wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. - w ustalony stanie sprawy rozpoznawanego odwołania Izba stwierdziła, iż oferta wykonawcy jest wprost niezgodna z treścią dokumentacji postępowania,

zatem w tym stanie faktycznym prowadzenie postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p. jest niedopuszczalne, prowadziłoby bowiem do obejścia prawa i nieuprawnionych negocjacji dotyczących złożonej oferty poprzez ingerencję w jej treść - wprost niezgodną z dokumentacją postępowania.

Jak słusznie stwierdził Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 30 marca 2010 roku, sygn. akt X Ga 7/2010: „Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty.” Zatem postępowanie wyjaśniające treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., służy jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli - odczytaniu jego treści. Jednakże uruchomienie procedury wyjaśniającej jest możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego (por. wyrok z 13 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2064/16). Ponieważ odwołujący nie podjął nawet próby wykazania zgodności z dokumentacją postępowania na podstawie której złożył ofertę ani przed zamawiającym, ani w postępowaniu odwoławczym przez Krajową Izbą Odwoławczą, nie ma podstaw do przyjęcia, że istnieje podstawa do wzywania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p., gdyż mogłoby to jedynie prowadzić do naruszenia zakazu wynikającego ze zdania 2 tego przepisu – w tym przypadku niedopuszczalnego precyzowania lub zmiany treści oferty, po upływie terminu składania ofert. Ponad powyższe, ponieważ formularz z zaoferowanym asortymentem w poz. 20, 36, 61, 100 posiada walor treści oferty nie może tu znaleźć zastosowania art. 26 ust. 3 p.z.p., oferta odwołującego podlega odrzuceniu.

Na marginesie można dodać, że zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające w zakresie oferty odwołującego (na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., nie zaś jak twierdził odwołujący na mocy art. 26 ust. 3 p.z.p.), które nie doprowadziło do rozwiania jego wątpliwości, gdyż odwołujący nie wykazał, że zaoferował zamienniki odpowiadają treści SIWZ. W toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą odwołujący również nie sprostał ciężącemu na nim ciężarowi dowodowemu w zakresie wykazania równoważności zaoferowanych czterech spornych pozycji formularza oferty, w stosunku co do dokumentacji postępowania, w którym złożył ofertę.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut nr 2 odwołania, podniesiony jako naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 p.z.p. poprzez brak wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień przed odrzuceniem jego oferty,

w szczególności nie doszło do naruszenia art. 87 ust. 1 p.z.p, którego naruszenie w okolicznościach faktycznych zarzutu nr 2 odwołujący podnosił.

Odwołujący nie wykazał również, iż zasadnym jest zarzut nr 3 podniesiony jako naruszenie przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p. poprzez uznanie, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i w konsekwencji unieważnienie przedmiotowego postępowania. Wobec braku potwierdzenia się zarzutów odwołania, wskazanych przez odwołującego w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania, w konsekwencji ich oddalenia nie mógł zostać również uwzględniony przez Izbę zarzut oznaczony nr 3, gdyż nie wykazano, że zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania – zarzut ten nie znalazł potwierdzenia w ustalonym stanie sprawy i jako taki podlegał oddaleniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., stosownie do wyniku sprawy, oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis, a także nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego, w postaci zwrotu kosztów wpisu i uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w postaci wynagrodzenia pełnomocnika – na podstawie przedłożonej faktury VAT, w kwocie maksymalnej wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....