

Sygn. akt: KIO 2651/19

**WYROK**  
**z dnia 16 stycznia 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2019 r. przez wykonawcę R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. P. MEGAMASZYNY w Spóroku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Kolneński reprezentowany przez Zespół Szkół Technicznych w Kolnie, w imieniu którego działa Dyrektor Zespołu Szkół Technicznych w Kolnie

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę R. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R. P. MEGAMASZYNY w Spóroku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łomży.

**Przewodniczący: .....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Powiat Kolneński reprezentowany przez Zespół Szkół Technicznych w Kolnie, w imieniu którego działa Dyrektor Zespołu Szkół Technicznych w Kolnie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup maszyn i urządzeń dla ZST w Kolnie (zadanie nr 1 – dostawa wyposażenia do pracowni technologii mechanicznej, pracowni programowania obrabiarek sterowanych numerycznie, pracowni obróbki mechanicznej materiału, pracowni obróbki ręcznej materiałów i wykonywania połączeń elementów oraz pracowni do obróbki cieplnej i obróbki plastycznej). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 września 2019 r. pod numerem 2019/S 187-454099. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 27 grudnia 2019 r. wykonawca R. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R. P. MEGAMASZYNY w Spóroku (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty w ramach zadania nr 1 oraz unieważnienia postępowania w odniesieniu do zadania nr 1.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy:
2. art 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego w części 1 postępowania;
3. art. 93 ust 1 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 1;
4. art. 91 ust. 1 poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 1, powtórzenia czynności oceny i badania ofert w zakresie zadania nr 1 z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wybranie oferty najkorzystniejszej w tej części postępowania.

Odwołujący wskazał, iż na skutek czynności Zamawiającego interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w zakresie zadania nr 1 doznał uszczerbku. Odwołujący w przypadku zgodnego z przepisami działania Zamawiającego uzyskałby zamówienie w tej części - złożył bowiem najkorzystniejszą ofertę, nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał na fakt odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz podane przez Zamawiającego uzasadnienie tej czynności. Wskazał także, iż Zamawiającego dwukrotnie wzywał go do wyjaśnień dotyczących treści oferty i przywołał treść udzielonych odpowiedzi. Podkreślił, że w drugim wezwaniu Zamawiającego domagał się podania informacji, które już zostały zamieszczone w ofercie wykonawcy, ponadto Zamawiającego nie sprecyzował, co rozumie przez „podanie typu i modelu w sposób umożliwiający zweryfikowanie produktów”. Odwołujący podniósł także, iż z treści uzasadnienia odrzucenia jego oferty nie wynika, w jakim zakresie oferta nie odpowiada treści SIWZ, nie wskazano choćby jednego urządzenia, które nie spełnia wymagań SIWZ. Zamawiającego uzasadnił odrzucenie oferty brakiem możliwości zweryfikowania czy oferta spełnia, czy też nie spełnia wymagania SIWZ. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiającego przyznał, że w istocie możliwe jest, że oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania SIWZ. Odwołujący podniósł, iż ustawa Pzp nie przewiduje możliwości odrzucenia oferty „z ostrożności” lub ze względu na „niemożność stwierdzenia zgodności z SIWZ”.

W ocenie Odwołującego Zamawiającego już na etapie opracowania SIWZ założył, że proces badania i oceny ofert w zakresie zgodności oferowanego sprzętu z wymaganiami SIWZ odbywać się będzie w oparciu o strony internetowe producentów urządzeń. Nie przewidziano jednak możliwości, że nie wszyscy producenci zamieszczają karty katalogowe w Internecie. Niezrozumiałym dla Odwołującego jest, dlaczego Zamawiającego odstąpił od możliwości zażądania tych dokumentów wraz z ofertami i zamierzał pozyskiwać je samodzielnie. Zdaniem Odwołującego stanowi to naruszenie zasady pisemności postępowania oraz zasad uczciwej konkurencji. Wobec braku możliwości pozyskania tych dokumentów Zamawiającego usiłował zażądać ich od wykonawcy, jednak ze względu na pominięcie tego żądania w SIWZ i ogłoszeniu czynność ta była zdaniem Odwołującego spóźniona i nieuprawniona. Odwołujący wskazał, iż wywiązał się ze wszystkich nałożonych treścią SIWZ obowiązków - złożył ważną ofertę, w której zaoferował zgodne z wymaganiami Zamawiającego urządzenia oraz podał dla każdego z nich producenta i model. Odrzucenie oferty było w jego ocenie konsekwencją braku umiejętności lub możliwości sprawdzenia ofert przez Zamawiającego.

Następnie Odwołujący zauważył, iż bez wpływu na uzasadnienie prawne odrzucenia

pozostaje wskazany przez Zamawiającego fakt prowadzenia sprzedaży internetowej jako główny rodzaj działalności Odwołującego i nie można z niego wywodzić niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący wskazał ponadto, iż przytoczone przez Zamawiającego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej pozostaje bez jakiegokolwiek związku z przedmiotową sprawą. Żaden z cytowanych wyroków nie potwierdza możliwości odrzucenia oferty, co do której Zamawiający nie odnalazł kart katalogowych w Internecie. Odwołujący podniósł także, że o takim, a nie innym działaniu Zamawiającego może decydować potoczne rozumienie słowa „producent”. Ustawa Pzp nie definiuje „producenta”, brak było również rozwinięcia tego pojęcia w SIWZ czy ogłoszeniu, wobec czego, zdaniem Odwołującego, posługiwać się należy definicjami ustawowymi (wskazał na definicję producenta zawartą w art.3 pkt 2 ustawy z dnia 12 grudnia 2003 roku o ogólnym bezpieczeństwie produktów oraz definicję z art. 4 pkt 20 ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku, jak również na Załącznik I do Decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 768/2008/WE z dnia 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, uchylającej decyzję Rady 93/465/EWG).

Podsumowując, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w treści SIWZ zażądał od wykonawców podania w ofercie typu/modelu/producenta oferowanych urządzeń, a wykonawcy nie byli zobligowani do składania wraz z ofertą żadnych dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane urządzenie postawionych wymagań. Zamawiający nie ograniczył w SIWZ możliwości składania ofert tylko na takie urządzenia, których karty katalogowe dostępne są w Internecie. Odwołujący złożył ofertę zgodnie z wymaganiami SIWZ, podając siebie jako producenta urządzeń, podał również model każdego z oferowanych urządzeń. Odwołujący wskazał także, iż w wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający zażądał złożenia nowych, nie wymaganych w SIWZ dokumentów, a odrzucenie jego oferty nastąpiło nie z powodu niezgodności oferty z treścią SIWZ, lecz z powodu wątpliwości Zamawiającego dotyczących zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami SIWZ, co powoduje, że uzasadnienie faktyczne nie odpowiada podstawie prawnej odrzucenia.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

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

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, informacji z otwarcia ofert, oferty Odwołującego, oferty wykonawcy Metal Technics Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z Odwołującym w przedmiocie wyjaśnienia treści oferty, zawiadomienia z dnia 16 grudnia 2019 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 15 stycznia 2020 roku. Izba dopuściła także dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie w postaci zrzutów z ekranu ze strony internetowej [www.megamaszyny.com.pl/CMS-9.aspx](http://www.megamaszyny.com.pl/CMS-9.aspx) na okoliczność, iż karty katalogowe oferowanych produktów są dostępne na jego stronie internetowej.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z pkt III.1 SIWZ przedmiot zamówienia został podzielony na cztery części (zadania). Przedmiotem zamówienia w ramach zadania nr 1 jest dostawa wyposażenia pracowni technologii mechanicznej, pracowni programowania obrabiarek sterowanych numerycznie, pracowni obróbki mechanicznej materiału, pracowni obróbki ręcznej materiałów i wykonywania połączeń elementów oraz pracowni do obróbki cieplnej i obróbki plastycznej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 3 do SIWZ.

Zgodnie z pkt X.7 SIWZ do oferty należało załączyć m.in. formularz oferty na odpowiednie zadanie zgodnie z załącznikiem nr 1.1, 1.2, 1.3 lub 1.4 do SIWZ. W pkt X.8 SIWZ wskazano, iż w formularzu oferty należy podać m.in. szczegółowe rozbiecie kosztów zgodnie z tabelą zamieszczoną w formularzu oferty wraz z podaniem typów/modelów/producenta wyposażenia będącego przedmiotem zamówienia (ppkt 4). Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymogu złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego (tzw. dokumentów przedmiotowych).

W załączniku nr 1.1 do SIWZ znalazła się tabela zawierająca szczegółowe rozbiecie kosztów, w której dla każdej pozycji asortymentowej wskazanej w kolumnie pierwszej „Nazwa przedmiotu zamówienia” należało wypełnić m.in. kolumnę drugą „Typ/model/producent”. Dla pracowni technologii mechanicznej/pracowni technologii w kolumnie pierwszej wskazano następujące pozycje: Komputer z monitorem, Projektor multimedialny, Drukarka +skaner, Ekran projekcyjny, Twardościomierz Brinella,

Twardościomierz Rockwella, Płyta pomiarowa, Suwmiarka uniwersalna, Mikrometr do pomiarów zewnętrznych, Mikrometr do pomiarów wewnętrznych, Kątomierze, Kątownik, Promieniomierz, Sprawdzian grzebieniowy do gwintów, Szczelinomierz, Liniał, Czujnik zegarowy, Płytki wzorcowe, Sprawdziany dwugraniczne, Średnicówka, Głębokościomierz mikrometryczny, Narzędzia do montażu, Narzędzia ślusarskie, Mikroskop warsztatowy, Stabilizowany zasilacz laboratoryjny, Wskaźnik kolejności faz, Autotransformator 1 fazowy, Rezystory dekadowe, Rezystory nastawcze, Kondensatory dekadowe, Amperomierz cęgowy AC, Cewki dekadowe, Lutownica oporowa, Stacja lutownicza, Miernik rezystancji izolacji, Mostek pomiarowy Thomsona, Mostek pomiarowy Wheatstone'a, Amperomierz AC. Dla pracowni obrabiarek sterowanych numerycznie: Ekran projekcyjny, Drukarka +skaner, Tokarka numeryczna CNC z kompletem wyposażenia, Centrum tokarskie CNC z kompletem wyposażenia, Pionowe 5-osiowe frezarskie centrum obróbcze CNC dydaktyczno – produkcyjne z kompletem wyposażenia, Oprogramowanie dydaktyczne do programowania obrabiarek sterowanych numerycznie w zakresie toczenia i frezowania oraz do tworzenia rysunków CAD/CAM i przetwarzania rysunków na programy maszynowe dla tokarek i frezarek. Dla pracowni obróbki mechanicznej materiału: Obrabiarka do metalu (tokarki uniwersalne z odczytem cyfrowym z wyposażeniem, Obrabiarka do metalu (frezarka uniwersalna z odczytem cyfrowym) z wyposażeniem, Szlifierki do płaszczyzn, Szlifierka narzędziowa - do otworów, wałków, stożków, powierzchni płaskich, Obrabiarka do metalu (tokarki uniwersalne z odczytem cyfrowym z wyposażeniem), Obrabiarka do metalu (frezarka uniwersalna z odczytem cyfrowym), Obrabiarka do metalu (frezarka uniwersalna z odczytem cyfrowym), Imadło maszynowe obrotowe 200mm, Stół ślusarski z imadłami, Imadło dwudzielne maszynowe 200mm, Imadło maszynowe precyzyjne 125 mm. Dla pracowni obróbki ręcznej materiałów i wykonywania połączeń elementów: Zestaw komputerowy, Projektor multimedialny, Ekran projekcyjny, Drukarka +skaner, Suwmiarka uniwersalna, Mikrometry do pomiarów zewnętrznych, Mikrometry do pomiarów wewnętrznych, Kątomierze, Promieniomierz, Sprawdzian grzebieniowy do gwintów, Czujnik zegarowy, dźwigniowy, elektroniczny, Płytki wzorcowe, Sprawdziany dwugraniczne, Średnicówka, Głębokościomierz mikrometryczny, Gwintowniki z oprawką, Narzynki z oprawką, Stół ślusarski, Płyta traserska, Stół montażowy, Szlifierka ostrzałka, Nożyce dźwigniowe ręczne do cięcia blach, Prasa ręczna, Zestaw narzędzi ślusarskich, Narzędzia i przyrządy do wykonywania połączeń nitowanych, Praski montażowe, Prasa mimośrodowa lub hydrauliczna, Zestaw narzędzi monterskich, Zaginarka do rur, Zaginarka do blachy, Piła do cięcia metali, Wiertarka stołowa, Wiertarka kadłubowa (słupowa), Lutownica, Zgrzewarka elektryczna, Zaciski (zwrnice), Stanowisko do spawania elektrodą otuloną, Urządzenie do oczyszczania sprężonym powietrzem. Dla pracowni do obróbki cieplnej i obróbki plastycznej:

Piec elektryczny, Wanna hartownicza, Palenisko kowalskie, kleszcze kowalskie, Młotki kowalskie, Przecinaki, przebijaki kowalskie, Tabele barw żarzenia i barw nalotowych.

Odwołujący w formularzu oferty wskazał dane odnośnie typu/modelu producenta w taki sposób, że każdorazowo podał taką samą nazwę produktu jak w kolumnie pierwszej „Nazwa przedmiotu zamówienia”, nazwę swojej firmy oraz oznaczenie „Zestaw 328-xx”, gdzie „xx” oznaczało kolejno po sobie następujące liczby od 52 do 144. Przykładowo dla pierwszych pozycji pracowni technologii mechanicznej/pracowni technologii: „Komputer z monitorem Megamaszyny R. P. Zestaw 328-52”, „Projektor multimedialny Megamaszyny R. P. Zestaw 328-53”, „Drukarka+skaner Megamaszyny R. P. Zestaw 328-54”, „Ekran projekcyjny Megamaszyny R. P. Zestaw 328-55”, „Twardościomierz Brinella Megamaszyny R. P. Zestaw 328-56”, „Twardościomierz Rockwella Megamaszyny R. P. Zestaw 328-57”, „Płyta pomiarowa Megamaszyny R. P. Zestaw 328-58”, „Suwmiarka uniwersalna Megamaszyny R. P. Zestaw 328-59”.

Pismem z dnia 20 listopada 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia czy wykonawca jest producentem każdego rodzaju przedmiotu zamówienia, a jeśli tak to o wykazanie spełnienia przez każdy przedmiot zamówienia wymagań technicznych określonych przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności poprzez złożenie odpowiednich dokumentów opisujących parametry techniczne oraz dopuszczających dane materiały (wyroby) do użytkowania. W odpowiedzi z dnia 22 listopada 2019 r. Odwołujący potwierdził, iż jest producentem każdego rodzaju przedmiotu zamówienia oraz potwierdził, iż każdy przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie z wymaganiami technicznymi określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Ponadto poinformował, iż Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może żądać dostarczenia dokumentów innych niż wskazanych w SIWZ i wykraczających poza zapisy SIWZ.

Zamawiający w dniu 28 listopada 2019 r. ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – wskazał, iż w związku z faktem, że wykonawca potwierdził, iż jest producentem każdego rodzaju przedmiotu zamówienia Zamawiający prosi o podanie typu i modelu każdego zaoferowanego rodzaju przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający zweryfikowanie produktów, jakie zaoferował Odwołujący pod kątem minimalnych wymagań technicznych określonych w SIWZ, pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący w piśmie z dnia 4 grudnia 2019 r. podtrzymał stanowisko z wcześniejszych wyjaśnień. Wskazał, iż Zamawiający podał w SIWZ zakres informacji, które ma załączyć oferent. Wymagał dołączenia formularza oferty z podaniem typ/model/producent i takie informacje zostały przedstawione, dodatkowo Odwołujący potwierdził zgodność oferty z SIWZ i OPZ.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie może odrzucić oferty za niedostarczenie dokumentów, których nie wymagał w SIWZ.

Zamawiający w dniu 16 grudnia 2019 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu tej czynności wskazał, iż zgodnie z cz. X ust. 8 pkt 4 SIWZ wymagał podania w formularzu ofertowym w tabeli stanowiącej szczegółowe rozbiecie kosztów m.in. typów/modelów/producenta wyposażenia będącego przedmiotem zamówienia. Wskazał, iż Odwołujący każdy przedmiot zamówienia opisał w ten sam sposób: powtórzoną nazwą przedmiotu zamówienia oraz informacją „Megamaszyny R. P.” kolejno numerując od „Zestaw 328-52” do „Zestaw 328-144”. Taki opis uniemożliwił Zamawiającemu zweryfikowanie produktów, jakie zaoferował Odwołujący pod kątem minimalnych wymagań technicznych określonych w SIWZ. W związku z powyższymi wątpliwościami, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach ograniczył się do potwierdzenia, że jest producentem każdego rodzaju przedmiotu zamówienia oraz że każdy przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie z wymaganiami technicznymi określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający ponownie zwrócił się do Odwołującego z prośbą o podanie typu i modelu każdego zaoferowanego rodzaju przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający zweryfikowanie produktów, jakie zaoferował Odwołujący pod kątem minimalnych wymagań technicznych określonych w SIWZ. W odpowiedzi Odwołujący podtrzymał stanowisko z poprzednich wyjaśnień. Zamawiający wskazał, iż podanych przez Wykonawcę „typów i modeli” urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia Zamawiający nie był w stanie zlokalizować na rynku dostępnych w obrocie urządzeń, w szczególności także w powszechnie dostępnej (strona internetowa) ofercie Odwołującego, a co za tym idzie nie mógł stwierdzić ich zgodności (lub nie) z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający powołał się na orzecznictwo Izby – wyrok z dnia 26 kwietnia 2019 r., sygn. KIO 672/19 oraz z dnia 15 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2058/16. Podkreślił, że na podstawie tak niesprecyzowanej oferty możliwe jest dostarczenie różnych produktów, których wybór zostanie dokonany przez wykonawcę dopiero przy realizacji dostaw i z reguły sprowadza się do dostarczenia wyrobu, który dla wykonawcy jest tańszy (wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 1330/14). Zamawiający zauważył także, iż podstawową działalnością gospodarczą Odwołującego jest prowadzenie sprzedaży detalicznej za pomocą sklepu internetowego. W jego ocenie trudno przypuszczać, aby taka działalność gospodarcza obejmowała też produkcję wszystkich elementów przedmiotu zamówienia (od zestawów komputerowych przez drukarki po specjalistyczne maszyny obróbkowe).



Zamawiający w dniu 16 grudnia 2019 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

**Izba zważyła, co następuje:**

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

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba poddała analizie prawidłowość czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 16 grudnia 2019 r. tj. odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Prawidłowość ww. czynności podlegała badaniu przez pryzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego przedstawionego przez Zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 16 grudnia 2019 r., jako że ocenie Izby podlegać mogą tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy.

Izba oceniła działanie Zamawiającego, który odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ jako prawidłowe, uznając za niezasadne zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 ustawy Pzp przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z treścią 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 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei w myśl art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3.

Jak wskazuje się konsekwentnie w orzecznictwie niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez

Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. 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 (por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 346/18). Podkreślić należy, że to zamawiający określa w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ (por. m.in. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 9/17).

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający wymagał od wykonawców wskazania w formularzu ofertowym, w tabeli „Szczegółowe rozbięcie kosztów” w kolumnie drugiej typu, modelu i producenta dla każdej pozycji asortymentowej. Nie budziło wątpliwości Izby, iż celem takiego żądania była możliwość zidentyfikowania przedmiotu oferty przez Zamawiającego na podstawie podanego typu, modelu i producenta danego produktu oraz jego zweryfikowania pod kątem określonych w SIWZ wymagań (parametrów technicznych). Zamawiający na podstawie treści oferty musi mieć możliwość ustalenia w sposób jednoznaczny jaki produkt został mu zaoferowany, aby nie dopuścić do jego uzupełniania i precyzowania na dalszym etapie postępowania, po upływie terminu składania ofert. Dane te są niezbędne także, aby Zamawiający mógł poddać ocenie skonkretyzowany w ofercie produkt. Jeżeli Zamawiający wymagał od wykonawców składających oferty - poza ogólnym oświadczeniem o zgodności oferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia - podania danych dotyczących producenta, typu i modelu, pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty, to brak zastosowania się do tego wymogu może być podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż na podstawie danych wskazanych w ofercie przez Odwołującego nie można było ustalić, jakie konkretne produkty zostały zaoferowane przez Odwołującego. Odwołujący co prawda formalnie wskazał producenta urządzeń oraz pewne ich oznaczenie, niemniej taki opis uniemożliwiał Zamawiającemu zweryfikowanie produktów i prawidłową ocenę oferty.

Po pierwsze, Odwołujący dla każdej z około stu pozycji asortymentowych wskazał siebie jako producenta, co wzbudza uzasadnioną wątpliwość z uwagi na znaczną różnorodność produktów mających być przedmiotem dostawy (od projektorów multimedialnych i sprzętu komputerowego, stołów ślusarskich, wiertarek, pił, lutownic po obrabiarki czy tokarki). Pomimo powstania u Zamawiającego wątpliwości w powyższym zakresie, co jasno wynikało z treści wezwania z dnia 20 listopada 2019 r., Odwołujący udzielając wyjaśnień poprzestał na głośniejszym oświadczeniu, że jest producentem całego asortymentu stanowiącego przedmiot zamówienia, nie podejmując jakichkolwiek prób wykazania tego faktu. Odwołujący w żaden sposób nie uwiarygodnił swojego stanowiska. Również w postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która potwierdzałaby okoliczność, iż jest on producentem wszystkich produktów będących przedmiotem dostawy. Powoływanie się na definicje producenta wskazane w ustawie o systemie oceny zgodności, ustawie o ogólnym bezpieczeństwie produktów czy też Załączniku I do Decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 768/2008/WE w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, uchylającej decyzję Rady 93/465/EWG, Izba uznała za niewystarczające jako, że Odwołujący nie wykazał, iż spełnione zostały określone w tych przepisach przesłanki warunkujące uznanie go za producenta produktów, jak chociażby okoliczność, że wskazany w formularzu ofertowym asortyment Odwołujący oferuje pod własną nazwą lub znakiem towarowym. Izba, mając na względzie zasady doświadczenia życiowego, uznała za słuszne stanowisko Zamawiającego, iż trudno przypuszczać, aby Odwołujący był producentem każdego z kilkudziesięciu (prawie setki) różnorodnych produktów, stanowiących przedmiot zamówienia w zakresie zadania nr 1. Odwołujący, na którym w postępowaniu odwoławczym spoczywał ciężar dowodu zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, okoliczności tej nie udowodnił.

Po drugie zwrócić należy uwagę na sposób podania typu i modelu oferowanych produktów przez Odwołującego w treści oferty. Odwołujący dla każdej pozycji asortymentowej jako typ i model przekopiował nazwę przedmiotu zamówienia z kolumny 1 tabeli „Szczegółowe rozbieżności kosztów” oraz podał numer zestawu, nadając kolejnym produktom kolejne numery porządkowe zestawów. Powyższe uprawdopodobnia, iż numery zestawów zostały przyporządkowane poszczególnym produktom na potrzeby tego konkretnego zamówienia, co z kolei oznacza, że oferowane produkty pod tym oznaczeniem nie funkcjonowały wcześniej w obrocie. Za wiarygodne zatem Izba uznała twierdzenia Zamawiającego, iż na podstawie takiego oznaczenia nie był on w stanie zidentyfikować tego, co zostało mu zaoferowane, nie był w stanie zlokalizować wskazanych w ofercie produktów na rynku dostępnych w obrocie urzędów, jak również, że nie był w stanie odnaleźć tych produktów na stronie internetowej Odwołującego. Co istotne, Zamawiający zwracał

Odwołującemu na powyższą okoliczność uwagę w toku postępowania o udzielenie zamówienia - w wezwaniu z dnia 28 listopada 2019 r. Zamawiający zażądał wprost podania typów i modeli produktów, które umożliwią ich weryfikację. Pomimo wezwania Odwołujący nie przedstawił żadnych informacji, które chociażby przybliżyłyby Zamawiającego do ustalenia, co konkretnie zostało mu zaoferowane, wskazując jedynie, że podał odpowiednie dane w formularzu ofertowym. Tymczasem w świetle twierdzeń Odwołującego, iż jest producentem wszystkich wskazanych w ofercie urządzeń, przedstawienie na wezwanie informacji na temat oferowanych produktów nie powinno powodować po jego stronie większych trudności (Odwołujący mógł wskazać np. odpowiednie linki do własnej strony internetowej).

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił, że oferowane przez niego produkty faktycznie funkcjonują pod wskazanymi w ofercie oznaczeniami i na tej podstawie mogą być zidentyfikowane. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami (w tym przypadku odrzuceniem jego oferty), tak więc to na nim spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Za niewiarygodny Izba uznała złożony przez Odwołującego na rozprawie dowód w postaci zrzutu ekranu ze strony internetowej, mający potwierdzać, że karty katalogowe oferowanych produktów są dostępne na jego stronie internetowej. Wydruk ten był datowany na dzień rozprawy, a zatem brak jest potwierdzenia, że Zamawiający wcześniej mógł odnaleźć na stronie internetowej Odwołującego zaoferowany asortyment i karty katalogowe. Zauważyć trzeba także, że na przedstawionej liście produktów posiadających karty katalogowe znalazły się wyłącznie te stanowiące przedmiot zamówienia. Ponadto wskazano tam wszystkie zestawy będące przedmiotem dostawy, co pozostaje w sprzeczności z podnoszoną przez Odwołującego na rozprawie argumentacją, iż większość wyposażenia, które zamawia Zamawiający jest wyposażeniem specjalistycznym i konieczne jest jego wyprodukowanie bądź zlecenie produkcji, wobec czego zrobienie kart katalogowych dla takiego produktu nie jest uzasadnione na tym etapie.

Izba podkreśla, iż Odwołujący był dwukrotnie wzywany do wyjaśnień i nie przedstawił żadnych informacji poza oświadczeniem własnym, które uprawdopodobniałyby jego stanowisko. Odwołujący nie podjął jakiegokolwiek próby wyjaśnienia Zamawiającemu, że oznaczenia produktów wskazane w ofercie identyfikują konkretny produkt i umożliwiają jego weryfikację i ocenę zgodności z wymaganiami SIWZ. Zamiast tego Odwołujący poprzestał na powołaniu się na okoliczność, że Zamawiający nie żądał on wykonawców składania dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia parametrów wymaganych w SIWZ. Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, iż co prawda Zamawiający nie przewidział w treści

SIWZ obowiązku złożenia dokumentów przedmiotowych potwierdzających zgodność oferowanego zamówienia z treścią SIWZ, niemniej nie zwalniało to Odwołującego z obowiązku złożenia wyczerpujących wyjaśnień w sytuacji, gdy Zamawiający w toku procedury wyjaśniającej wprost wskazał, że nie jest w stanie zidentyfikować produktów na podstawie oznaczeń wskazanych przez Odwołującego w ofercie. Nie można zgodzić się także z Odwołującym, iż Zamawiający nie może samodzielnie poszukiwać informacji czy dokumentów, aby zweryfikować zgodność oferty z SIWZ. Zamawiający jest nie tylko uprawniony, ale wręcz zobowiązany do dokonania oceny zgodności oferowanych produktów z wymaganiami określony w SIWZ, a w sytuacji gdy powźmie w tym zakresie wątpliwości jest zobligowany podjąć działania w celu wyjaśnienia tychże wątpliwości, co też Zamawiający w przedmiotowym przypadku uczynił. Przyjęcie za prawidłowe stanowiska Odwołującego prowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający byłby zmuszony bezrefleksyjnie akceptować ofertę jako zgodną z SIWZ bazując wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy pomimo, iż bazując na oznaczeniach podanych w ofercie nie posiada wiedzy co faktycznie zostało mu zaoferowane i czy wskazany w ofercie produkt jest zgodny z wymaganiami wynikającymi z SIWZ.

W przedmiotowym stanie faktycznym kluczowa jest okoliczność, iż nie jest możliwe ustalenie, jakie produkty w istocie zostały Zamawiającemu zaoferowane. Pod wskazanymi w kolumnie drugiej tabeli „Szczegółowe rozbięcie kosztów” numerami zestawów kryć się mogą różne produkty, których wybór mógłby zostać dokonany przez Odwołującego na etapie realizacji umowy. Jediną informacją co do oferowanego asortymentu, jaką dysponuje Zamawiający jest jego cena. Oferta jest zatem niedookreślona, a jako taka nie odpowiada treści SIWZ. Nie można bowiem pozbawiać Zamawiającego prawa do tego, aby na podstawie treści oferty był w stanie w sposób jednoznaczny ustalić, co konkretnie zostało mu zaoferowane, czyli mówiąc wprost – co Zamawiający kupuje. Niezgodności oferty z treścią SIWZ nie można sprowadzać wyłącznie do płaszczyzny związanej z oceną parametrów oferowanego produktu, niezgodność taką stanowić może także nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w zakresie wymaganym przez zamawiającego, co miało miejsce w przedmiotowym przypadku. Żądanie wskazania typu, modelu i producenta w treści oferty wynikało z jednoznacznego, niebudzącego wątpliwości, wymagania zawartego w SIWZ, które to wymaganie nie było przez Odwołującego ani innych wykonawców sposób kwestionowane. Podanie tych danych miało konkretyzować zakres świadczenia wykonawcy, które ma zostać dostarczone Zamawiającemu w rezultacie udzielenia zamówienia. Sposób, w jaki Odwołujący opisał oferowane produkty takiej konkretyzacji nie umożliwiał, wobec czego Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji prawidłowa była także czynność unieważnienia postępowania przez Zamawiającego z uwagi na okoliczność, iż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, druga z ofert złożonych na realizację zadania nr 1 również została bowiem przez Zamawiającego odrzucona.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....