

WYROK

z dnia 26 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 października 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2018 r.

przez wykonawcę **A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Parasnake A. S. z siedzibą w Kielcach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierzu**

przy udziale wykonawcy **Marabut Sp. z o.o. z siedzibą w Czernichowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Parasnake A. S. z siedzibą w Kielcach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Parasnake A. S. z siedzibą w Kielcach** 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 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierzu dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę sprzętu survivalowego*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 września 2018 r. pod nr 614218-N-2018.

W dniu 8 października 2018 r. wykonawca A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Parasnake A. S. z siedzibą w Kielcach, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, podczas gdy takiej niezgodności brak;
- 2.art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia ofert pozostałych wykonawców z uwagi na ich niezgodność z SIWZ, co prowadzi do nierównego traktowania wszystkich uczestników postępowania i naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
- 3.art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia wykonawców oferujących dostawę nieprodukowanych towarów, co wprowadza w błąd Zamawiającego;
- 4.art. 89 ust. 1 pkt 6) w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy MAXMED Zakład Usługowo - Handlowy M. M. i dokonanie bezpodstawnej poprawy cen uznając, że jest oczywista omyłka rachunkowa;
- 5.art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy powinna podlegać ona ocenie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego; odrzucenia ofert pozostałych wykonawców; wykluczenia pozostałych wykonawców; powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że zaoferowane przez niego krzesiwo Wildo FireFlashLarge – Olive, mimo posiadania pręta o średnicy 9,4 mm, zamiast określonych 10 mm, spełnia wymagania Zamawiającego. Odwołujący podnosił, że wpływ na trwałość i efektywność krzesiwa ma nie tyle średnica, co powierzchnia pręta. Krzesiwo Wildo posiada pręt o długości 55 mm, a więc 20 mm dłuższe niż wymagane w Załączniku nr 1 do SIWZ. Tym samym, dzięki przeszło 50% większej powierzchni roboczej skuteczność krzesiwa Wildo jest znacznie wyższa. Odwołujący wskazywał też, że wymagane przez Zamawiającego krzesiwo USTStrike Force jest od wielu lat nieprodukowane, jego dostępność jest ograniczona do pojedynczych sztuk, pochodzących ze starych stanów magazynowych. Odwołujący oferując krzesiwo Wildo wybrał model najbardziej zbliżony do krzesiwa Strike Force.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący kwestionował oferty pozostałych wykonawców. Odnosząc się do oferty wykonawcy MARABUT Sp. z o.o. z siedzibą w Czernichowie podnosił, że w pozycji nr 1 (krzesiwo pudełkowe) wykonawca zobowiązał się do dostarczenia krzesiwa, które nie jest produkowane od dłuższego czasu, co potwierdza załączone pismo od firmy SPC. Następnie stwierdzał, że zaoferowany w pozycji nr 13, kompas mapowy - Recta DP6 jest produktem wycofanym z produkcji, ostatnia dostępność kompasów Recta występowała około 5 lat temu, a marka Recta została przejęta przez Suunto i jako taka nie istnieje. Naturalnym zamiennikiem kompasu Recta DP6 jest oferowany przez Odwołującego kompas Suunto MB6 Global. Takie działanie wykonawcy wprowadza zatem w błąd Zamawiającego, że dostarczy określone towary, które nie są już w produkcji.

Odnosząc się do oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „BMS” Sp. J. Z. B. z siedzibą w Kwidzynie podnosił, że pod pozycją nr 1 zaoferowano produkt niedostępny - analogicznie jak w przypadku oferty wykonawcy MARABUT Sp. z o.o. Nadto w pozycji nr 12, kompas guzikowy, Zamawiający wymagał kompasu o średnicy max 15 mm, a zaoferowany kompas STRAPWATCH HIGHLANDER którego wymiary to 25x25 mm, nie spełnia wymagań określonych w Załączniku nr 1 do SIWZ. Dodatkowo w pozycji nr 6, Kompas mapowy Recta DP6, zaoferowano produkt niedostępny, analogicznie jak w przypadku oferty wykonawcy MARABUT Sp. z o.o. W odniesieniu do oferty wykonawcy M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy Maxmed M. M. wskazywał, że w pozycji nr 1 zaoferowano produkt Gerber Bear Grylls, który posiada pręt o średnicy 8 mm, co nie spełnia wymagania Zamawiającego, a w pozycji nr 9, poncho przeciwdeszczowe, zaoferowano poncho w kolorze olive green, co również nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Następnie Odwołujący podnosił, że Zamawiający dokonał bezpodstawnej poprawy oferty złożonej przez wykonawcę M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy Maxmed M. M.. W ocenie Odwołującego nie są to błędy rachunkowe, tylko błąd w obliczeniu ceny. Nie sposób uznać za błąd rachunkowy różnicy w cenie pierwotnej i poprawionej wynoszącej 3 999,43 zł, co stanowi 20,51% wartości pierwotnej oraz 25,80 % wartości poprawionej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Marabut Sp. z o.o. z siedzibą w Czernichowie, dalej również „Przystępujący”, uznając zarzuty Odwołującego za bezpodstawne.

Pismem z dnia 23 października 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych przez wykonawców, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 24 października 2018 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest dostawa sprzętu survivalowego SERE.

Zamawiający określił zgodnie z Rozdziałem III pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”,

wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia:

1) Towary muszą odpowiadać obowiązującym normom z zakresu gatunku pierwszego. Towary muszą być fabrycznie nowe, nieużywane, oraz spełniać wymagania techniczne

– jakościowe określone w dokumentacji technicznej producenta na dany wyrób oraz odpowiednie normy

2) Towar musi być dostarczony w oryginalnym opakowaniu fabrycznym z zabezpieczeniami stosowanymi przez producenta. Opakowanie musi umożliwić pełną identyfikację towaru np. ilość, rodzaj, parametry, data ważności itp. bez konieczności naruszania opakowania.

3) Wymagany przez Zamawiającego minimalny okres gwarancji:

24 miesiące od daty odbioru towaru tj. od daty podpisania protokołu odbioru.

4) Towar musi odpowiadać lub mieć parametry jakościowe nie gorsze niż określone w załączniku nr 1 do SIWZ.

5) Zamawiający dopuszcza składanie ofert na produkty równoważne w pozycjach, gdzie Zamawiający wskazał producenta/markę. Przez ofertę równoważną Zamawiający rozumie produkt o parametrach i standardach jakościowych takich samych, bądź lepszych w stosunku do produktów wskazanych (pożądanych) przez Zamawiającego.

6) W przypadku zaferowania produktów równoważnych, Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wraz z ofertą szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w postaci np. kart katalogowych lub kart charakterystyki lub specyfikacji technicznych, itp. zawierających informacje na podstawie których Zamawiający będzie miał możliwość jednoznacznie potwierdzić, że oferowany asortyment spełnia wymagania wskazane w SIWZ. Nie złożenie ww dokumentów skutkować będzie odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

7) Wykonawca zobowiązany jest wskazać w ofercie (**zał. nr 1 do SIWZ**) numer karty katalogowej lub karty charakterystyki lub specyfikacji technicznych (kol. Nr 10) oraz podać nazwy producentów i model produktów (kol. nr 11), które oferuje. Oferta w której Wykonawca nie poda ww informacji zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W sytuacji niewskazania (niewpisania) w ofercie numeru karty katalogowej lub karty charakterystyki lub specyfikacji technicznych w kolumnie nr 10 oraz produktu równoważnego w kolumnie nr 11 należy wstawić znak „X” w obydwu tych kolumnach tj. nr 10 i nr 11, co oznaczać będzie dostarczenie przez Wykonawcę produktu wskazanego przez Zamawiającego i tym samym niezaoferowanie produktu równoważnego w danej pozycji

Niewstawienie znaku „X” w kolumnie nr 10 i kolumnie nr 11 lub nie wskazanie w ofercie (zał. nr 1 do SIWZ) numeru karty katalogowej lub karty charakterystyki lub specyfikacji technicznych (kol. Nr 10) oraz niepodanie nazwy producentów i modelu produktów (kol. nr 11) w jakiegokolwiek pozycji w zadaniu nr 1 skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z informacją z dnia 20 września 2018 r. w wyznaczonym terminie złożono cztery oferty: wykonawcy MARABUT Sp. z o.o. z siedzibą w Czernichowie na kwotę 218,70 zł, wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „BMS” Sp. J. Z. B. z siedzibą w Kwidzynie na kwotę 39 627,10 zł, wykonawcy M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy Maxmed M. M. z siedzibą w Orle na kwotę 279 479,36 zł oraz wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Parasnake A. S. z siedzibą w Kielcach na kwotę 254 218,86 zł.

W dniu 2 października 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MARABUT Sp. z o.o. z siedzibą w Czernichowie oraz odrzuceniu oferty wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Parasnake A. S. z siedzibą w Kielcach.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego Izba ustaliła, że zgodnie z informacją przekazaną Odwołującemu podstawą odrzucenia było zaoferowanie krzesiwa, które nie posiada wodoszczelnego

schowka na hubkę oraz nie posiada minimalnego parametru średnicy. Zamawiający stwierdzał, że średnica pręta wynosząca 9,4 mm oznacza, iż krzesiwa o średnicy poniżej wartości wymaganej (minimum 10 mm) są *mniej wytrzymałe, gorszej jakości, o krótszym okresie użytkowania. Poza tym zaproponowane przez wykonawcę krzesiwo nie posiada wodoszczelnego schowka na hubkę, tym samym nie odpowiada parametrom jakościowym określonym w załączniku nr 1 do SIWZ.*

Izba wskazuje, że odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, czyli obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego. Izba wskazuje, że w części odwołania zawierającej uzasadnienie Odwołującego, brak jest jakiegokolwiek argumentacji, stanowiska faktycznego uzasadniającego podnoszone przez Odwołującego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w kontekście wodoszczelnego schowka na hubkę. Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do braku wodoszczelnego schowka na hubkę w zaferowanym krzesiwie. Ponieważ zakres zarzutu w odwołaniu wyznacza nie tylko wskazana podstawa prawna, ale przede wszystkim okoliczności faktyczne wskazane w uzasadnieniu, Izba nie mogła uwzględnić w swoim stanowisku rozszerzenia zarzutu, ponad stan faktyczny opisany w odwołaniu i pominęła tę część argumentacji prezentowaną przez Odwołującego. Brak określenia zarzutów w odwołaniu, czyli poza podstawą prawną wskazania stanu faktycznego, uniemożliwia merytoryczne odniesienie się, a w konsekwencji rozpoznanie zarzutu.

Odnosząc się do parametru średnicy krzesiwa Izba ustaliła, że zgodnie z formularzem cenowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, jako przykładowy model (nie gorszy niż podany) krzesiwa pudełkowego, spełniającego następujące parametry: *preferowany kolor czarny, opakowanie - pudełko. Jego jedna część jest jednocześnie uchwytem i mocowaniem prętu roboczego, druga uchwytem i mocowaniem iskrownika, wodoszczelny schowek na hubkę, pręt roboczy o średnicy minimum 10mm i długości co najmniej 35 mm, otwory umożliwiające przewleczenie linki zabezpieczającej przed zgubieniem lub wypuszczeniem z dłoni krzesiwa* Zamawiający wskazał krzesiwo UST STRIKE FORCE. Zgodnie z Rozdziałem III pkt 5 ppkt 5 SIWZ *Zamawiający dopuszcza składanie ofert na produkty równoważne w pozycjach, gdzie Zamawiający wskazał producenta/markę. Przez ofertę równoważną Zamawiający rozumie produkt o parametrach i standardach jakościowych takich samych, bądź lepszych w stosunku do produktów wskazanych (pożądanych) przez Zamawiającego.*

Odwołujący zaferował krzesiwo Wildo FireFlashLarge – Olive, którego średnica prętu wynosi 9,4 mm. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał przyczyny, dla których krzesiwa o średnicy poniżej określonej wartości nie spełniają jego oczekiwań, podkreślając m.in. że są mniej wytrzymałe oraz o krótszym okresie użytkowania. Zdaniem Odwołującego wpływ na trwałość i efektywność krzesiwa ma nie tyle średnica, co powierzchnia pręta, a zaproponowane krzesiwo Wildo posiada pręt o długości 55 mm, a więc 20 mm dłuższe niż wymagane, tym samym dzięki przeszło 50% większej powierzchni roboczej skuteczność krzesiwa Wildo jest znacznie wyższa. Niemniej Odwołujący nie udowodnił, że rzeczywiście tak jest. Nawet przedłożona na rozprawie opinia, którą Izba potraktowała jako stanowisko własne Odwołującego wyrażone w dokumencie prywatnym, nie rozstrzyga kwestii podnoszonych przez Zamawiającego. Przedstawiona opinia stwierdza jedynie, że użyteczność wykorzystania krzesiwa syntetycznego w warunkach środowiska naturalnego opiera się w głównej mierze na temperaturze krzesanych iskiei. W ocenie autora opinii nie widać znaczącej różnicy w użytkowaniu obu krzesiw przy rozpalaniu ognia w warunkach środowiska naturalnego. W świetle powyższego Izba uznała, iż wykonawca nie udowodnił, że zaferowane krzesiwo jest równoważne. Odwołujący w sposób jednoznaczny nie wykazał, że Zamawiający ma dostateczne podstawy, odpowiednio uzasadnione, by uznać, że wykonawca zaferował produkt równoważny.

Na uwagę zasługuje również fakt, że przedmiotem zamówienia jest zarówno krzesiwo pudełkowe, jak i kluczykowe, które stanowią dwa odrębne rodzaje asortymentu, różniące się stopniem specjalizacji oraz przeznaczeniem. Zamawiający pod pozycją nr 1 formularza cenowego wymagał krzesiwa pudełkowego, natomiast pod pozycją nr 2 krzesiwa kluczykowego. Zgodnie z odpowiedzią na odwołanie zaferowane przez Odwołującego krzesiwo Wildo FireFlashLarge – Olive pod pozycją nr 1 jest krzesiwem kluczykowym, a nie pudełkowym, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Dodatkowo, Zamawiający wskazał przykłady produktów równoważnych do produktu znajdującego się pod pozycją nr 1 (krzesiwo pudełkowe), tj. krzesiwo Pinguin Firestarter BOX, Spark ForceTM FireStarter, a zatem inne niż oferowane przez Odwołującego.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty Przystępującego Odwołujący podnosił, że zaferowane przez wykonawcę w pozycji nr 1 krzesiwo pudełkowe nie jest produkowane od dłuższego czasu, a wskazany w pozycji nr 13 kompas mapowy - Recta DP6 jest produktem wycofanym z produkcji. Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem III pkt 5 ppkt 1 SIWZ *Towary muszą być fabrycznie nowe, nieużywane (...).* Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie

wymagała natomiast, aby sprzęt pochodził z bieżącej produkcji. W ocenie Izby na obecnym etapie postępowania, nie ma miejsca na modyfikację postanowień SIWZ, co do którego wykonawcy nie zgłaszali wcześniej pytań. Izba uznała, że wobec wyraźnego wskazania przez Zamawiającego przykładowych modeli sprzętu, spełniających opis przedmiotu zamówienia, w samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie można dojść do wniosku, że oferta, w której zaoferowano dokładnie taki model krzesiwa pudełkowego lub kompasu mapowego, podlega odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Skoro Odwołujący nie zaskarżył postanowień SIWZ w zakresie produktu referencyjnego, który jakoby nie spełnia wymagań Zamawiającego, to postanowienia te były wiążące dla wykonawców

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że oś sporu między stronami sprowadza się do ustalenia, czy urządzenia referencyjne wskazane w opisie przedmiotu zamówienia, a zaoferowane przez Przystępującego, nadal znajdują się w produkcji. Odwołujący na rozprawie podjął próbę wykazania, iż zaoferowane przez wykonawcę Marabut Sp. z o.o. krzesiwo pudełkowe oraz kompas mapowy są produktami niedostępnymi. Izba uznała jednak, że przedstawienie pisma od jednego z dystrybutorów czy też przedłożenie wydruków z polskich stron internetowych nie przesądza jeszcze, że zaoferowane produkty są niedostępne. Tym bardziej, że Zamawiający otrzymał pozytywną odpowiedź o dostępności tego asortymentu w magazynie, a oświadczenie od jednego z wielu dystrybutorów nie przesądza jeszcze o braku dostępności krzesiwa. Nadto, z ustaleń Zamawiającego wynika, że pomimo połączenia firm Recta i Suunto, kompas mapowy Recta są nadal produkowane w Finlandii w fabryce Suunto i nadal dostępne w sprzedaży, a produkt pozostaje dostępny u europejskich dystrybutorów sprzętu survivalowego, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Zatem Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, że zaoferowane produkty nie są ogólnie dostępne na rynku europejskim.

W związku z powyższym nie ma też podstaw do stwierdzenia, że wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Skoro, jak stwierdzono, oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w zakresie w jakim to zostało zaprezentowane przez Odwołującego, tym samym nie ziściły się przesłanki do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy Maxmed M. M. jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem XII pkt 4 i 5 SIWZ (opis sposobu obliczenia ceny) *Cenę jednostkową netto należy przedstawić wg formularza cenowego (załącznik nr 1 do SIWZ) za 1 sztukę. Dla zadania nr 1 należy obliczyć wartość netto (kol. 7) przez pomnożenie ceny jednostkowej netto (kol. 6) za 1 sztukę przez podaną razem ilość (kol. 5), a następnie tak wyliczoną wartość netto (kol. 7 = kol. 5 x kol. 6) należy powiększyć o kwotę podatku VAT (kol. 8), otrzymując w ten sposób wartość brutto oferty (kol. 9 = kol. 7 x kol. 8).* Zamawiający przy każdej pozycji w formularzu cenowym podał ilość sprzętu w kolumnie 5 oraz stawkę podatku VAT w kolumnie 8 formularza.

Wykonawca M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy Maxmed M. M. złożył wraz z ofertą formularz cenowy (załącznik nr 1 do SIWZ) zgodny ze wzorem opracowanym przez Zamawiającego, zawierający tabelę cenową, obejmującą wskazanie ceny jednostkowej w zł netto za poszczególne produkty, wskazanie ilości oferowanego sprzętu (zgodnie ze wzorem formularza cenowego), wartości w zł netto, wskazanie stawki podatku VAT (zgodnie ze wzorem formularza cenowego) oraz wartości w zł brutto. Zamawiający pismem z dnia 2 października 2018 r. zawiadomił o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych, wskazując iż:

1. w pozycji nr 4 dla zadania nr 1 wartość netto ulega zmianie z kwoty 15.853,44 zł na kwotę **15.853,90 zł**;
2. w pozycji nr 4 dla zadania nr 1 wartość brutto ulega zmianie z kwoty 19.499,73 zł na kwotę **15.500,30 zł**;
3. w pozycji nr 8 dla zadania nr 1 wartość netto ulega zmianie z kwoty 1.301,11 zł na kwotę **1.301,18 zł**;
4. w pozycji nr 8 dla zadania nr 1 wartość brutto ulega zmianie z kwoty 1.600,37 zł na kwotę **1.600,45 zł**;
5. w pozycji nr 10 dla zadania nr 1 wartość netto ulega zmianie z kwoty 33.117,24 zł na kwotę **33.117,70 zł**;
6. w pozycji nr 10 dla zadania nr 1 wartość brutto ulega zmianie z kwoty 40.734,21 zł na kwotę **40.734,77 zł**;
7. cena ofertowa netto dla zadania nr 1 ulega zmianie z kwoty 227.218,99 zł na kwotę **227.219,98 zł**;
8. cena ofertowa brutto dla zadania nr 1 ulega zmianie z kwoty 279.479,36 zł na kwotę **279.480,58 zł**.

Zdaniem Odwołującego nie są to błędy rachunkowe, tylko błąd w obliczeniu ceny, bowiem błędem rachunkowym nie może być różnica w cenie pierwotnej i poprawionej wynoszącej 3 999,43 zł. Odwołujący w zasadzie poprzestał na ww. argumentacji, nie wykazując przykładowo, że wykonawca dokonując obliczenia ceny oferty nie uwzględnił całego zakresu przedmiotu zamówienia, że nie wycenił pewnych pozycji, wynikających ze wzoru formularza cenowego, czy też,

że przyjął błędne ilości poszczególnych elementów asortymentu. Odwołujący nie podawał również, że sposób obliczenia ceny przyjęty przez wykonawcę jest niezgodny ze sposobem obliczenia ceny określonym przez Zamawiającego w SIWZ.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Omyłek popełnionych przez wykonawcę w niniejszym stanie faktycznym, a polegających na błędach w działaniach matematycznych (nieprawidłowy wynik iloczynu ceny jednostkowej zaoferowanych produktów oraz ich ilości, a następnie suma tych iloczynów), nie można zakwalifikować jako błędów w obliczeniu ceny, będących podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, lecz należy je zakwalifikować jako klasyczne oczywiste omyłki rachunkowe, ponieważ dotyczą jedynie działań matematycznych. Wykonawca zachował układ wzoru formularza cenowego z podziałem na odpowiednie kolumny i wiersze, podając opis sprzętu i ich ilość oraz stawkę podatku VAT, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Do wykonawcy należało m.in. zaoferowanie ceny jednostkowej w zł netto, podanie wartości netto w zł, a także wartości brutto w zł, według określonego przez Zamawiającego działania matematycznego: kol.7.=kol.5xkol.6 (co oznacza, że wartość netto w zł stanowiła iloczyn ilości, określonej w kolumnie 5 oraz ceny jednostkowej w zł netto, określonej w kolumnie 6) oraz kol.9.=kol.7xkol.8 (co oznacza, że wartość brutto w zł stanowiła iloczyn wartości netto w zł, określonej w kolumnie 7 oraz stawki podatku VAT, określonej w kolumnie 8).

Izba wskazuje, że jeżeli oferta zawiera omyłki rachunkowe, które nadają się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, to ich wartość czy też różnica w cenie pierwotnej i poprawionej nie może niwelować obowiązku ich poprawienia. Wartość omyłek rachunkowych nie może być automatycznie utożsamiana z ich istotnością. Skoro są to oczywiste omyłki rachunkowe, które wynikają z nieprawidłowych działań matematycznych, to winny być poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zatem Zamawiający prawidłowo dokonał poprawienia w ofercie wykonawcy M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy Maxmed M. M. omyłek rachunkowych. Izba podziela również argumentację Zamawiającego, że nieprawidłowe wpisanie wartości brutto w pozycji 4 (w miejsce kwoty brutto 15.500,30 zł powinno być 19.500,30 zł) stanowi „typowy błąd pisarski”.

Odnosząc się do zarzutów zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe BMS Sp. j. Z. B. oraz M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy Maxmed M. M. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy wskazać, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uznał, że oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe BMS Sp. j. Z. B. winna podlegać odrzuceniu, gdyż zaoferowany w pozycji nr 12 załącznika nr 1 do SIWZ kompas guzikowy nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, zgodnie z którą średnica kompasu miała wnosić max. 15 mm, podczas gdy zaproponowany przez wykonawcę produkt równoważny, kompas „STRAP WATCH HIGHLANDER” posiada wymiary 25 x 25 mm. Zamawiający uznał również, że ofert wykonawcy M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy Maxmed M. M. podlega odrzuceniu, gdyż zaproponowany w pozycji nr 1 załącznika nr 1 do SIWZ produkt, tj. krzesiwo „GERBER BEAF GRILLS” posiada pręt o średnicy 8 mm, podczas gdy wymagana postanowieniami SIWZ minimalna średnica pręta powinna wynosić min. 10 mm. Zamawiający podnosił, że nie dokonał czynności odrzucenia ofert ww. wykonawców, jednakże zaniechanie odrzucenia przedstawionych powyżej ofert nie mogło i nie miało wpływu na wynik postępowania, bowiem wykonawcy ci zaoferowali wyższą cenę za realizację zamówienia (zgodnie z Rozdziałem XIII SIWZ jedynym kryterium oceny ofert była cena brutto). Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i uznała, że zarzuty, które okazały się zasadne, nie mają wpływu na wynik postępowania, dlatego orzekła jak w sentencji, oddalając odwołanie.

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz zasad Prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: