Sygn. akt: KIO 432/19

WYROK
z dnia 29 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2019 r. przez **Lyreco Polska S.A. ul. Sokołowska 33, Sokołów 05 - 806 Komorów** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Intercity S.A., Al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa** działającą jako lider postępowania w imieniu i na rzecz Zamawiającego występującego wspólnie: PKP Intercity S.A., Aleje Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa, Polskie Koleje Państwowe S.A., Aleje Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, PKP CARGO S.A., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa, PKP CARGO Service Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa, PKP CARGO CONNECT Sp. z o.o., ul. Leszno 12, 01-192 Warszawa, PKP CARGOTABOR Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa, CARGOTOR Sp. z o.o., ul. Lubelska 13, 03-802 Warszawa, PKP CARGO Centrum Logistyczne Małaszewicze Sp. z o.o., ul. Kolejarzy 22b, 21-540 Małaszewicze, PKP CARGO Centrum Logistyczne Medyka-Żurawica Sp. z o.o., ul. Kolejowa 55, 37-710 Żurawica, PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o., ul. 22-400 Zamość, PKP Informatyka Sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa, Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o., ul. Sandomierska 17, 80-051 Gdańsk,

przy udziale wykonawcy **BIURPAP J.M.G. F. Sp. j., ul. Brukowa 28, 91-341 Łódź** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
   w tym odrzucenie oferty wykonawcy **BIURPAP J.M.G. F. Sp. j., ul. Brukowa 28, 91-341 Łódź** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Lyreco Polska S.A., Sokołów ul. Sokołowska 33, 05-806 Komorów** tytułem wpisu od odwołania;
   3.2 zasądza od Zamawiającego, na rzecz Odwołującego - **Lyreco Polska S.A., Sokołów ul. Sokołowska 33, 05-806 Komorów**, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione
   z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 432/19

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

Zamawiający - PKP Intercity S.A., Al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa, prowadzi jako lider grupy zakupowej w imieniu i na rzecz PKP Intercity S.A., Aleje Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa, Polskie Koleje Państwowe S.A., Aleje Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, PKP CARGO S.A., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa, PKP CARGO Service Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa, PKP CARGO CONNECT Sp. z o.o., ul. Leszno 12, 01-192 Warszawa, PKP CARGOTABOR Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa, CARGOTOR Sp. z o.o., ul. Lubelska 13, 03-802 Warszawa, PKP CARGO Centrum Logistyczne Małaszewicze Sp. z o.o., ul. Kolejarzy 22b, 21-540 Małaszewicze, PKP CARGO Centrum Logistyczne Medyka-Żurawica Sp. z o.o., ul. Kolejowa 55, 37-710 Żurawica, PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o., ul. 22-400 Zamość, PKP Informatyka Sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa, Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o., ul. Sandomierska 17, 80-051 Gdańsk, postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Sukcesywne dostawy artykułów biurowych, papieru ksero formatu A4 i A3 oraz pozostałych rodzajów papieru do urządzeń drukujących dla Grupy Zakupowej PKP”*. Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16.10.2018 r. pod nr 2018/S 199-452811 a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy
z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 28 lutego 2019 roku Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu czynności oceny ofert, w

wyniku której za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy BIURPAP J.M.G. F. Sp. j., ul. Brukowa 28, 91-341 Łódź. Od tej czynności w dniu 11.03.2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BIURPAP, mimo że oferta tego wykonawcy złożona w zakresie pierwszej części jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego, a produkty wskazane w pozycjach 71, 72, 102, 106, 140, 125 nie spełniają wymagań Zamawiającego wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia jako parametry minimalne;

2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie nieuprawnionych negocjacji
z Wykonawcą i przyjęcie składanych przez Wykonawcę pism jako wyjaśnień, mimo iż faktycznie na skutek tych pism doszło do nieuprawnionych zmian treści złożonej oferty;

3. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 84 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy BIURPAP, mimo iż oferta ta została zmieniona po terminie składania ofert, co powoduje jej niezgodność z przepisami ustawy Pzp;

4. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy
z postępowania, mimo iż w ocenie odwołującego Wykonawca wskazał w swojej ofercie produkty nieistniejące - błędnie powiązał kody produktów z producentami,
a następnie po wezwaniu do złożenia wyjaśnień w tym zakresie zmienił na swojej stronie internetowej producentów przy zaoferowanych kodach produktów, by strona internetowa i wskazywane na niej produkty po wpisaniu kodu ze złożonej oferty były zgodne z podanym w ofercie producentem, co doprowadziło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, iż kody produktów w ofercie przyporządkowane są do podanych producentów, a złożona oferta jest prawidłowa i kompletna i jako taka nie powinna zostać odrzucona;

5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która powinna być odrzucona
i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Lyreco Polska S.A. mimo, iż oferta tego wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych
w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu i nieuprawniony wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy BIURPAP, albowiem jest to oferta druga
w kolejności po dokonaniu prawidłowego badania i oceny ofert

6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie
z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez nieuprawnione pozostawienie w postępowaniu wykonawcy, którego oferta nie spełniała wymagań postawionych w SIWZ i w opisie przedmiotu zamówienia,
a nadto po ujawnieniu tych informacji przez Zamawiającego w sposób zamierzony modyfikował dostępne na stronach informacje, by dostosować je do błędnie wypełnionej oferty, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru w zakresie części 1 oferty Wykonawcy, który powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta winna zostać odrzucona.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania
i oceny złożonych ofert i odrzucenie oferty Wykonawcy BIURPAP J.M.G. sp. j. złożonej
w części 1 postępowania z uwagi na niespełnienie parametrów przez zaoferowane produkty,
a także wykluczenie tego wykonawcy i uznania jego oferty za odrzuconą wobec ziszczenia się przesłanki wykluczenia, wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że w dniu 28.02.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu czynności wyboru ofert w postępowaniu, w tym w zakresie części pierwszej poinformował, iż za najkorzystniejszą uznana została oferta Wykonawcy BIURPAP J.M.G. sp. j. Odwołujący nie zgadza się z takim rozstrzygnięciem postępowania, gdyż w jego ocenie oferta BIURPAP J.M.G. nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ w dwóch obszarach, co dalej zdaniem Odwołującego przełożyło się na zaistnienie przesłanki opisanej
w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, skutkującej koniecznością wykluczenia wykonawcy BIURPAP z postępowania.

Odwołujący wskazuje, że pierwsza grupa zarzutów dotyczy niespełniania przez produkty zaoferowane w pozycjach 71, 72, 102, 125,140 formularza cenowego wymagań postawionych przez Zamawiającego. I tak:

Poz. 71 - Zaoferowane markery nie występują w kolorach czarnym, niebieskim i białym,
a nadto nie mają skuwki w kolorze tuszu.

Poz. 72 - Zaoferowany marker ma pojemność 3 ml, mimo iż Zamawiający wymagał pojemności min. 4 ml.

Poz. 102 - Oferowany skoroszyt nie ma gramatury min. 150 mic.

Poz. 106 - Tablica zaoferowana w postępowaniu nie posiada załączonego bloku.

Poz. 125 - Oferowany zakreślacz nie posiada wymaganej grubości linii pisania.

Poz. 140 - Magnesy zaoferowane w postępowaniu są pakowane po 8 sztuk, mimo iż Zamawiający wymagał by magnesy z tej pozycji były pakowane po 6 sztuk.

Odwołujący informuje, że powyższe niezgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego, zostały przez Zamawiającego dostrzeżone i poza niezgodnością z pozycji 125 wykonawca BIURPAP został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie niespełniania parametrów wskazanych wyżej przez zaoferowane produkty.

W odpowiedzi złożonej w dniu 23.01.2019 roku wykonawca BIURPAP wyjaśnił w zakresie poz. 71 i 72, że firma PBS posiada w swojej ofercie szeroki wachlarz produktów, w tym robi produkty na specjalne zamówienia. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia te jednak nie naprawiają oferty Biurpap, zawierają bowiem deklaracje ogólną o zgodności produktów z wymaganiami, nie potwierdzają jednak - co jest z resztą niemożliwe - że konkretne zaoferowane i wskazane z numeru katalogowego produkty - spełniają wymagania co do konkretnych parametrów. Z informacji ze strony Wykonawcy wynika, że pod wskazanymi w ofercie kodami znajdują się produkty niespełniające podanych wymagań.

W odpowiedzi do pozycji 102 Wykonawca wskazał, że BIURFOL wykonuje zamówienia specjalne na jego rzecz. Odwołujący podnosi, że nie wskazuje to jednak na spełnianie wymagań w konkretnych pozycjach. Jest to jedynie ogólnikowe oświadczenie - na zasadzie potwierdzenia zgodności oferty z treścią SIWZ. Podobne nic nie potwierdzające wyjaśnienia zostały złożone dla pozycji 140. Odwołujący powołał się na wyroki KIO 377/18, KIO/UZP 1093/08, KIO 22/17

Odwołujący wywodzi, że produkty w wymienionych wyżej pozycjach nie spełniają wymagań Zamawiającego - przynajmniej w zakresie podanych kodów produktowych. Wskazuje, że potwierdzają to zawarte na stronach internetowych dla tych produktów parametry. Fakt, iż dane zamówienie będzie zamówieniem specjalnym winien być wskazany w ofercie, albowiem tylko w taki sposób wykonawca może zaznaczyć odmienność parametrów produktu z oferty od produktu opisanego określonym kodem. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której w ofercie zaoferowany jest konkretny produkt, który po odszukaniu na stronie zawiera odmienne parametry niż wymagane przez Zamawiającego, po czym na skutek wezwania do złożenia wyjaśnień dochodzi do niedopuszczalnej zmiany oferowanego produktu przez wskazanie, iż będzie to produkt odmienny, o innych parametrach, na specjalne zamówienie, dobierany z szerokiej gamy produktów danego producenta. Zdaniem Odwołującego akceptacja takich działań wykonawców w systemie zamówień publicznych wywoływałaby całkowitą dowolność w sposobie formułowania oferty, która nie może mieć miejsca. Dochodzi bowiem do sytuacji, w której wykonawca w ofercie może wpisać jakiekolwiek informacje i produkty, a następnie podkładać pod podane kody inne produkty, które nie są możliwe do identyfikacji na etapie badania ofert.

Odwołujący podnosi, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty wykonawcy. W ocenie Odwołującego wykonawca podał w ofercie produkty niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Po zwróceniu uwagi przez Zamawiającego na błędy w ofercie, Biurpap udzielił wymijających odpowiedzi, o czym była mowa wyżej, stwierdzając, że dostarczy produkty na specjalne zamówienie. Doszło tym samym po pierwsze do pierwotnego zaoferowania produktów niespełniających wymagań, a następnie do zmiany treści oferty w trakcie składanych wyjaśnień.

Podnosi, że w tej sytuacji zmiana oferty po terminie jej złożenia powoduje jej niezgodność z treścią ustawy i winna zostać odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zmiana oferty nastąpiła na skutek przekroczenia zakresu wyjaśnień, których mogą udzielać wykonawcy w ramach trybu opisanego w art. 87 ust. 1 ustawy.

Wywodzi, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej granicą wyjaśniania treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest doprowadzanie do nieuprawnionych negocjacji z wykonawcą, skutkujących zmianą treści złożonej pierwotnie oferty. Powołuje się na wyroki KIO 2337/18,, KIO 2110/18.

Dalej Odwołujący wskazuje, że podobnie sytuacja wyglądała w przypadku pozycji 21, 22, 24 - 29, 88,118, 136,137. Dla tych pozycji wykonawca Biurpap wskazał w ofercie kody produktów przyporządkowane do niewłaściwych producentów/importerów/dystrybutorów, co oznaczało że dla danego kodu produktu występował niewłaściwy producent. W konsekwencji należy uznać, że doszło do zaoferowania produktów nieistniejących - niezgodność kodu ze wskazanym producentem/dystrybutorem/importerem. Podnosi, że w złożonych w tym zakresie wyjaśnieniach - w dniu 7.01.2019 r. – wykonawca Biurpap wskazał, że na skutek wezwania do złożenia wyjaśnień „zaktualizował" stronę internetową i potwierdził, że producentami produktów wskazanych pozycji są podmioty wskazane w ofercie. W opinii Odwołującego doszło do uderzającej sytuacji, w której dostosowana została strona internetowa i opisy produktów do złożonej uprzednio błędnie oferty, w której produkty nie pokrywały się

z producentami, a zatem zaoferowano pierwotnie faktycznie produkty nieistniejące. Zdaniem Odwołującego działanie Biurpap było zamierzone w kontekście złożenia wyjaśnień potwierdzających prawidłowość złożonej oferty i wprowadziło Zamawiającego w błąd co do prawidłowości zaoferowania konkretnych produktów, co wypełniło dodatkowo przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Podnosi, że Zamawiający najprawdopodobniej zaniechał dalszej weryfikacji tak złożonych wyjaśnień, przyjmując je za prawidłowe, gdy tymczasem z tych samych pozmienianych stron należy wyczytać, że poza zmianą producenta na stronie pozostały i opisy i zdjęcia produktów, które widniały na niej wcześniej - innych producentów. Doszło zatem do dostosowania informacji do tych, które znalazły się w ofercie, albowiem Zamawiający wskazał jednoznacznie wezwaniem do wyjaśnień niezgodność w ofercie Biurpap. By udowodnić prawidłowość złożonej oferty wykonawca ten pozmieniał w sposób pobieżny informacje na stronie, celem udzielenia zadowalających wyjaśnień. Odwołujący wywodzi, że takie celowe działanie zmierzało do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, iż oferta złożona jest w sposób prawidłowy – mimo, że faktycznie przygotowana została w sposób błędny, z podaniem niewłaściwych producentów oferowanych produktów.

Podnosi, że przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp dotyczyć mogą zarówno winy umyślnej, jak i nieumyślnej. Zmiana informacji na stronach internetowych potwierdza kwalifikowaną postać winy - tj. winę umyślną i świadomość działania wykonawcy
w celu pozostania w postępowaniu. Nie ma również wątpliwości, że informacje podane
w wyjaśnieniach miały na celu uniknięcie odrzucenia oferty, co wypełniło przesłankę istotności podawanej informacji. Powołuje się na wyrok KIO 1401/18.

Do postępowania Odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpienie zgłosił wykonawca BIURPAP J.M.G. F. Sp. j., ul. Brukowa 28, 91-341 Łódź (dalej również jako Przystępujący).

Zamawiający w dniu 25.03.2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł
o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy przed Izbą strony i uczestnik podtrzymali swoje stanowiska oraz złożyli dowody na ich potwierdzenie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi
art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie
w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania,
w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny i prawny.

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą załącznika nr 1.1 do SIWZ – formularz cenowy. Formularz ten w części 1 zamówienia zawierał m.in. opis zamawianego asortymentu, osobno dla każdej z pozycji.

Formularz cenowy opisywał m.in. następujące przedmioty:

Poz. 71 - Marker olejowy z okrągłą końcówką; możliwość pisania po każdej gładkiej powierzchni; skuwka w kolorze tuszu grubość linii pisania od 2mm do 3mm; dostępny
w kolorze czarnym, niebieskim, białym; minimalna długość linii pisania: 240 m.

Poz. 72 - Marker suchościeralny z możliwością pisania zarówno na tablicach suchościeralnych jak i flipchartach; skuwka w kolorze tuszu; szybkoschnący; bezzapachowy; użyte na tablicy łatwo się ścierają; grubość linii pisania od 1mm do 3mm; dostępny w kolorze czarnym, niebieskim, czerwony, zielony; pojemność min 4 ml.

Poz. 102 Skoroszyt wpinany - twardy A4 - skoroszyt twardy format A4; przednia okładka przezroczysta, tylna okładka dostępna w min 4 kolorach wykonany ze sztywnego PCV min. 150 mic posiada papierowy, wysuwany pasek do opisu; zaokrąglone rogi, posiada boczną perforację, umożliwiającą wpięcie do segregatora z dowolnym ringiem; metalowe wąsy

pakowany po min. 10 szt.

Poz. 106 Tablica flipchart - wymiar minimalny: 66-100 (powierzchni do pisania) Uchwyt do zawieszania bloku z klipem; Aluminiowa rama; Powierzchnia lakierowana; Półka na markery

Regulowana wysokość; Z blokiem w komplecie 1 szt.

Poz. 125 – Zakreślacz - Zakreślacz fluorescencyjny; ścięta końcówka; pigmentowy atrament na bazie wodnej; nierozmazujący tusz; przeznaczony do wszystkich rodzajów papieru

gumowane boki obudowy; długość linii pisania min 200m; grubość linii pisania od 2mm do 5 mm; dostępny w min. 4 fluorescencyjnych kolorach,

Poz. 140 - Punkty magnetyczne (20mm), różnokolorowe - magnesy pokryte plastikiem
w kształcie koła, umożliwiającym przymocowanie papieru do metalowej powierzchni, ilość

w opakowaniu 6 sztuk, mix kolorów.

Wypełniając ww. formularz cenowy wykonawca zobowiązany był także do wypełnienia m.in. kolumn:

5 - Nazwa produktu oferowanego przez Wykonawcę,

6 - Specyfikacja asortymentu oferowanego przez Wykonawcę (należy wpisać właściwe parametry techniczne danego asortymentu wskazanego przez Wykonawcę, zawierające wszystkie parametry wskazane przez Zawierającego z kolumny nr 3 tj. rozmiar, technologia, napięcie, opakowanie, ilość arkuszy, gramatura, itp.);,

7 - Nazwa producenta lub dystrybutora lub importera,

8 - marka/ model/ typ,

9 - Indeks wykonawcy lub producenta lub dystrybutora lub importera.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

W pierwszej kolejności koniecznym jest odniesienie się do wniosku Zamawiającego o oddalenie odwołania z powodu niewskazania w nim wszystkich Zamawiających – tj. podmiotów z grupy zakupowej PKP. Izba uznała wniosek ten za bezpodstawny. Taka konkluzja podyktowana została przede wszystkim okolicznością, że identyfikacja postępowania, którego dotyczyło odwołanie, w żadnym stopniu nie była utrudniona, nie zachodziły w tym zakresie najmniejsze wątpliwości. Istotne było również, że odwołanie dotyczyło jednego postępowania, prowadzonego przez PKP Intercity S.A. w imieniu i na rzecz innych podmiotów – jednakże ta mnogość osób po stronie Zamawiającego nie wpływała na ilość postępowań. W konsekwencji, zarówno odwołanie, jak i wyrok Izby odnosił się do jednego postępowania i czynności jednego podmiotu prowadzącego te postępowanie – PKP Intercity S.A. Zwrócić należy również uwagę, że rzeczywiście, jak podnosił Odwołujący, Zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i innych dokumentach (np. wezwania do wyjaśnień) jako Zamawiającego wskazywał PKP Intercity S.A., nie zaznaczając przy tym, iż jest liderem konsorcjum. W tej sytuacji, przy przyjęciu logiki Zamawiającego, wykonawcy mogliby podnosić, iż np. rzeczone wezwania czy inne czynności (np. ocena ofert) nie są wiążące w stosunkach z pozostałymi Zamawiającymi z grupy zakupowej PKP. Twierdzenie takie byłoby oczywiście bezpodstawne. Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że brak wymienienia wszystkich podmiotów grupy zakupowej PKP –– w imieniu i na rzecz której postępowanie prowadzi wskazana PKP Intercity S.A,. nie może stanowić podstawy oddalenia odwołania. Odwołanie, zgodnie z art. 187 ust. 1 ustawy Pzp, podlegało rozpoznaniu.

Izba za zasadny uznała zarzut nr 1 odwołania, w części, w której dotyczył niezgodności z SIWZ artykułów zaoferowanych w poz. 72, 102 i 140. Zgodnie z wydrukami z katalogów producentów, znajdującymi się w aktach postępowania – w oparciu o które Zamawiający wezwał Przystępującego Biurpap do wyjaśnień, marker suchościeralny (poz. 72) nie posiada wymaganej pojemności 4 ml, skoroszyty (poz. 102) nie mają grubości PCV 150 mikronów na grzbiecie, a magnesy (poz. 140) pakowane są po 8 sztuk. Zamawiający m.in. wobec tych okoliczności wezwał wykonawcę do wyjaśnień i potwierdzenia, że oferowane produkty spełniają wymogi SIWZ zastrzegając, że dopuszcza jako dowody na potwierdzenie wyjaśnień Kartę Charakterystyki Produktu lub Specyfikację Produktu. Przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 23.01.2019 r., w których potwierdził, że ww. produkty spełniają wymogi SIWZ i oświadczył, że będą one dostarczane na specjalne, indywidualne zamówienie. Dla poparcia wyjaśnień do pisma dołączył oświadczenia trzech producentów – PBS, Taurus Trade i Biurfol. W ocenie Izby złożone dowody nie były wystarczające dla udowodnienia wyjaśnień. Oświadczenia PBS i Taurus Trade (w formularzu cenowym wskazani jako producenci odpowiednio – markerów (olejowych i suchościeralnych) oraz punktów magnetycznych) miały charakter jedynie ogólnikowy, wskazujący na realizację zamówień niestandardowych. Nie wynikało z nich, że producenci są w stanie dostarczyć produkty zgodne z SIWZ. Oświadczenie Biurfol (producent skoroszytów twardych, poz. 102) odnosiło się z kolei jedynie do folii spodniej skoroszytu – wymóg SIWZ w tym zakresie nie różnicował elementów skoroszytu - wobec czego koniecznym było wykazanie, że wszystkie jego elementy cechują się grubością 150 mikronów.

Izba za bezpodstawne i nieznajdujące potwierdzenia w realiach sprawy uznała twierdzenia Zamawiającego, iż weryfikacja zgodności ofert z SIWZ mogła odbywać się jedynie w oparciu o oświadczenia złożone w kolumnie 6 formularza cenowego, w której wykonawcy wpisywali specyfikację oferowanego asortymentu. Gdyby przyjąć tę logikę, to za zupełnie zbędne należałoby uznać kolumnę 7 – „nazwa producenta lub dystrybutora lub importera", kolumnę 8 – „marka/model/typ" i 9 – „indeks wykonawcy lub producenta lub dystrybutora lub importera". Zamawiający jednakże rubryki te w formularzu ofertowym zawarł i co więcej – dokonał weryfikacji zgodności oferty z SIWZ przy użyciu podanych w nich informacji, badając katalogi producentów – których mógł zidentyfikować dzięki informacjom z kolumny 7. Skoro więc Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie zgodności z SIWZ oferowanych produktów i wezwał Przystępującego do wyjaśnień, to nie sposób uznać, że weryfikował zgodność oferty z SIWZ jedynie na podstawie oświadczeń z kolumny 6 formularza cenowego. W rezultacie, wobec wszczęcia rzeczywistej weryfikacji zaoferowanych produktów, Zamawiający powinien dokonać jej rzetelnie. Tymczasem Zamawiający uznał za wystarczające wyjaśnienia opierające się o okoliczność możliwości zaoferowania produktów niestandardowych, na poparcie których złożono jedynie ogólne oświadczenia producentów. Wyjaśnienia te wraz z dowodami nie mogą być uznane za wystarczające, gdyż jak wskazano powyżej, oświadczenia producentów odnoszą się do ogólnej możliwości zrealizowania dostaw niestandardowych, pozakatalogowych. W tym miejscu należy podkreślić sposób sformułowania wezwania do wyjaśnień z 18.01.2019 r. Zamawiający wskazał, że jako dowody dopuszcza Karty Charakterystyki Produktu lub Specyfikację Produktu – co oznacza, że złożone dowody miały odnosić się do konkretnych produktów. Oczywiście, w sytuacji, gdy wykonawca powoływał się na okoliczność oferowania produktów wytwarzanych na specjalne zamówienie, złożenie ww. Karty czy Specyfikacji mogło być niemożliwe, wobec nieistnienia jeszcze asortymentu o wymaganych parametrach. W tej sytuacji jednakże składane oświadczenia producentów powinny poziomem szczegółowości odpowiadać ww. dowodom tj. wskazywać na konkretne produkty i potwierdzać, że są w stanie wyprodukować/dostarczyć Przystępującemu produkty o parametrach wymaganych w SIWZ. Brak takiego oświadczenia nie pozwala na uznanie, że Przystępujący jest w stanie dostarczyć produkty zgodne z SIWZ. Również w toku rozprawy przed Izbą Przystępujący Biurpap nie złożył dowodów potwierdzających zgodność oferowanych produktów z SIWZ. Za taki dowód nie mogą być bowiem poczytane wydruki z platformy zakupowej wykonawcy. Przystępujący w toku rozprawy przyznał, że sam odpowiada za treści na platformie, treści te podlegają ciągłym zmianom. Przedłożone wydruki potwierdzają jedynie, że na platformie zakupowej Przystępującego widnieją produkty o wymogach zgodnych z SIWZ, nie zaś, że rzeczywiście jest w stanie je zaoferować i dostarczyć. Co więcej, nawet te

wydruki nie wskazują np. na grubość oferowanych skoroszytów. Dalej, potwierdzają one wręcz niezgodność oferty z SIWZ – wydruk dotyczący magnesów (poz. 140 formularza cenowego) wskazuje „Magnesy 20mm./op. 8 szt." – co jest wprost niezgodne z SIWZ. Wymaga przy tym podkreślenia, że Zamawiający nie dopuszczał zaoferowania opakowań po 8 magnesów. Żądanie w tym zakresie zostało określone całkowicie jednoznacznie – na pytanie nr 35 do SIWZ, czy zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania punktów magnetycznych w opakowaniu zawierającym więcej niż 6 sztuk, Zamawiający udzielił odpowiedzi, że podtrzymuje w tym zakresie wymagania SIWZ (pismo z dnia 13.11.2018 r.).
Izba uznała także, że na obecnym etapie nie jest już możliwym sanowanie oferty Przystępującego, np. w drodze ponownych wyjaśnień. Wykonawca Biurpap był już wezwany do wyjaśnień w tym zakresie, w wezwaniu określono, jakie dowody powinien był dołączyć do wyjaśnień. W odpowiedzi Przystępujący złożył wyjaśnienia nieprzystające w pełni do ww. wezwania i nie pozwalające na ustalenie zgodności treści oferty z SIWZ. W tej sytuacji umożliwienie ponownych wyjaśnień stanowiłoby nierówne traktowanie wykonawców – ponowne wezwanie do wyjaśnień jest dopuszczalne w sytuacji pojawienia się nowych wątpliwości u Zamawiającego albo w przypadku błędów w wezwaniu (np. nadmiernej ogólności). Nie jest dopuszczalne wzywanie wykonawcy „do skutku", gdy nie dokłada on należytej staranności w przygotowaniu wyjaśnień (por. np. wyrok KIO z 25.10.2017 r., KIO 2111/17, z 27.10.2017 r., KIO 2142/17). Brak było również podstaw dla zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp. Zaoferowanie wyrobów nie spełniających wymogów SIWZ nie możne być traktowane w kategoriach omyłki, zresztą Przystępujący nie twierdził, by treść oferty była omyłką obarczona.
W świetle powyższych ustaleń należy uznać, że Zamawiający winien był uznać ofertę Przystępującego za niezgodną z SIWZ i odrzucić ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
Jednocześnie Izba uznała, że w zakresie pozycji 71, 106 i 125 formularza cenowego brak było podstaw dla uznania zaoferowanych produktów za niezgodne z SIWZ.
W pozycji 71 wskazano marker olejowy – producent lub dystrybutor lub importer – PBS, marka Donau. Odwołujący wywodził, że podany w kolumnie 9 indeks odnosił się do markera białego, a wymaganym było zaoferowanie markerów w kolorze niebieskim, białym i czarnym. Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie nr 2 do SIWZ w piśmie z dnia 18.11.2018 r.,
w przypadku, gdy Zamawiający wymaga zaoferowania produktów w więcej niż jednym kolorze lub rozmiarze, to nie precyzuje w tym zakresie wymagań – możliwe jest wpisanie symbolu przykładowego koloru lub rozmiaru albo wpisanie symboli dla wszystkich wymaganych lub dostępnych kolorów i rozmiarów. Jak wynikało z wydruków z katalogu producenta, poz. 71 dotyczyła markera Donau, zaś wskazany indeks odnosił się do koloru białego. Katalog potwierdzał również, że dostępne są inne kolory, w tym czarny i niebieski. Wskazany dla tego produktu indeks w formularzu cenowym pokrywa się również z numerem widocznym na dowodzie nr 1 złożonym przez Odwołującego – wydruk z katalogu PBS. Bez znaczenia pozostaje, że na platformie zakupowej Przystępującego wskazany jest inny kod katalogowy – kod ten dotyczy bowiem katalogu Przystępującego, nie producenta. Wskazać również należy, że zgodnie z oświadczeniem PBS Connect Polska Sp. z o.o., złożonym przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami z dnia 23.01.2019 r., firma ta realizuje prawa
i obowiązku producenta na rynku polskim m.in. dla marek Donau i Office Products. Koresponduje to ze wskazaniem w formularzu cenowym jako producenta PBS, jako marki – Donau.
Pozycja 106 dotyczyła flipchartu z blokiem w komplecie. Żaden z dowodów zgromadzonych w sprawie nie pozwalał na stwierdzenie, że wskazany w formularzu cenowym Przystępującego flipchart producenta 2X3 zawierał w komplecie blok bądź go nie zawierał.
W tej sytuacji Zamawiający nie miał podstaw dla uznania, że oferta Przystępującego w tym zakresie jest niezgodna z SIWZ. Nadto złożony przez Przystępującego dowód – oświadczenie producenta 2X3 pozwala na uznanie, że Przystępujący zgodnie z SIWZ zaoferował flipchart
z w komplecie z blokiem.
Pozycja 125 formularza cenowego opisywała zakreślacz charakteryzujący się m.in. grubością linii pisania od 2-5 mm. Odwołujący podnosił, że zakreślacz o wskazanym
w formularzu cenowym Przystępującego indeksie i nazwie na stronie Przystępującego ma podaną grubość linii 1-4 mm. Z przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie wydruku ze strony producenta wynika jednak, że ów zakreślacz – Taurus Trade XL-250 ma grubość linii 2-5 mm. W tej sytuacji należy dać wiarę stronie producenta, nie zaś Przystępującego – której treść, jak wywodził sam Odwołujący, kształtowana jest w sposób dowolny.
Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła w zakresie zarzutu nr 1 jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp.

Ad zarzutu 2 i 3 odwołania – rozpatrywanych razem wobec tożsamej podstawy faktycznej
i powiązanej podstawy prawnej.

Odwołujący naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 84 ust. 1 ustawy Pzp wywodził z okoliczności, iż produkty, które Przystępujący wskazał w ofercie są produktami odmiennymi od tych, które rzeczywiście zamierzał dostarczyć, co wynikało ze złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Twierdzenie w zakresie rzeczonej niezgodności opierał o to, że indeksy produktów wskazane w kolumnie 9, które przystępujący podał

w formularzu cenowym. Odwołujący wskazywał, że indeksy te należą do określonych, wytworzonych i skatalogowanych już produktów – które nie spełniały wymogów SIWZ. Zdaniem Odwołującego w tej sytuacji, skoro Przystępujący po wezwaniu do wyjaśnień oświadczył, że zamierza zaoferować odmienne produkty, wykonane na specjalne zamówienie, to doszło do negocjacji w wyniku których została zmieniona treść oferty po terminie składania ofert.

Izba nie dopatrzyła się w przedmiotowym postępowaniu ww. naruszeń. Wezwanie do wyjaśnień skierowane do Przystępującego w żadnym zakresie nie doprowadziło do zmiany treści oferty. Jakkolwiek, jak wskazano powyżej, Zamawiający bezpodstawnie uznał, że treść oferty Przystępującego odpowiada wymogom SIWZ, to nie było to wynikiem prowadzenia negocjacji, do oferty nie zostały wprowadzone nowe treści. Należy przy tym zaznaczyć, że

w kolumnie 9 formularza cenowego należało podać indeks wykonawcy lub producenta lub dystrybutora lub importera. Co za tym idzie, wykonawca mógł podać numer, który sam nadawał produktowi. Przy tym nie zawarto w SIWZ nakazu, by numer ten był zgodny np.

z informacjami ze strony czy zgodny był z katalogiem producenta. O ile zatem wykonawca był w stanie wykazać, że produkt danego producenta (kolumna 7) i danej marki/modelu/typu (kolumna 8) spełniał wymagania dot. specyfikacji asortymentu (kolumna 3), to nie było możliwym, wobec nieostrego opisu kolumny 9 uznanie na podstawie samego indeksu niezgodności produktu z SIWZ. Również informacje ze strony Przystępującego, jako niestanowiące treści oferty, nie mogą stanowić podstawy ustalenia niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z SIWZ. Odrzucenie oferty na podstawie samego wskazania z kolumny 9, wobec braku precyzji SIWZ w tym zakresie byłoby sprzeczne z przyjętą

zasadą, iż wszystkie nieścisłości i wątpliwości co do rozumienia postanowień specyfikacji należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy i stanowiłoby naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (por. np. wyrok KIO z 17.08.2017 r., KIO 1596/17, z 19.09.2017 r., KIO 1842/17).

W konsekwencji nie można uznać, że w sprawie doszło do nieuprawnionych negocjacji, zmiany treści oferty czy też złożenia oferty po terminie. Przedmiotowy zarzut Izba uznała za bezzasadny.

Ad zarzutu 4 – dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Biurpap, pomimo iż złożył on informacje nieprawdziwe – tj. zaoferował produkty nieistniejące.

Izba nie podzieliła zdania Odwołującego, który powyższy zarzut wywodził z okoliczności, że wykonawca błędnie powiązał kody produktów z producentami, po czym zmienił na stronie internetowej producentów zaoferowanych produktów. W ocenie Izby, z uwagi na opisaną powyżej nieostrość opisu kolumny 9 formularza cenowego i możliwość podania własnego, dowolnego, indeksu produktu, należało uznać, że informacje podane w kolumnie 9 pozostają bez wpływu na możliwość oceny zgodności oferty z SIWZ. W konsekwencji, wobec braku wykazania przez Odwołującego, że produkty wskazane w pozycjach 21, 22, 24-29, 88, 118, 136, 137 są niezgodne z SIWZ, nie można uznać, że przystępujący Biurpap złożył nieprawdziwe informacje, wobec czego nie zaszła podstawa wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, więc Zamawiający nie dopuścił się zaniechania w tym zakresie.

Ad zarzutu 5 – naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty, która powinna być odrzucona i zaniechanie jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Izba uznała zarzut za bezpodstawny. Należy zwrócić uwagę, że art. 91 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy oceny ofert zgodnie z przyjętymi kryteriami. Odwołujący naruszenia tego przepisu nie wywodził zaś z okoliczności dotyczących oceny zgodnie z kryteriami, a z wyboru oferty podlegającej odrzuceniu. Przy tym Odwołujący zasadnie podniósł w zarzucie pierwszym naruszenie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, co stanowi prawidłową podstawę prawną w przypadku zarzutu zaniechania odrzucenia oferty. W tej sytuacji, wobec braku uzasadnienia faktycznego dla omawianego zarzutu w zakresie błędnej oceny oferty zgodnie z przyjętymi kryteriami, omawiany zarzut podlegał oddaleniu.

Ad zarzutu 6 – naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Biurpap.

W ocenie Izby przedmiotowy zarzut nie potwierdził się. Pomimo uwzględnienia zarzutu naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, więc uznania przez Izbę, że oferta Przystępującego była niezgodna z SIWZ, brak jest podstaw dla przyjęcia, że Zamawiający naruszył również zasady określone w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Nie każda bowiem błędna ocena oferty stanowi naruszenie rzeczonych zasad. Naruszenie art. 7 ustawy Pzp rzeczywiście miałoby miejsce, gdyby doszłoby do nieprawidłowości podnoszonych w zarzutach nr 2 – 5 odwołania, w szczególności negocjacji z Przystępującym. Wobec braku potwierdzenia ww. zarzutów, przedmiotowy zarzut, wobec jego posiłkowego charakteru, należało uznać za bezpodstawny.

Mając na uwadze powyższe, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp oddaliła odwołanie w tym zakresie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).
O zasądzeniu kosztów zastępstwa przed Izbą na rzecz Odwołującego Izba orzekła na podstawie przedłożonej faktury, zgodnie z § 3 ust. 2 pkt b rozporządzenia.

Przewodniczący:

……