

Sygn. akt KIO 534/19

**WYROK**  
**z dnia 11 kwietnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2019 r. przez wykonawcę Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. w Łomiankach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sąd Apelacyjny w Łodzi przy udziale wykonawcy GROSS W. Sp. j. w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
  2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. w Łomiankach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. w Łomiankach tytułem wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1896 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 Łodzi.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt KIO 534/19

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Sąd Apelacyjny w Łodzi – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1896 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup materiałów biurowych dla sądów apelacji łódzkiej. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 stycznia 2019 r. pod numerem 2779- 2019-PL. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o. w Łomiankach wniósł odwołanie 23 marca 2019 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GROSS W. spółka jawna w Łodzi i wybrania jej 18 marca 2019 r. jako najkorzystniejszej, pomimo że jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ”);
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego zastosowanie i poprawienie oferty tego wykonawcy, pomimo że nie zaistniała inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, kwalifikująca się do poprawy w toku postępowania;
- 3) art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, a także dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) dokonanie powtórnego badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenia oferty GROSS W. spółka jawna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ;
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

GROSS W. spółka jawna w Łodzi przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Przystępujący, prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, nie stawiał się na nie i nie wziął udziału w rozprawie.

**Izba ustaliła, co następuje:**

W postępowaniu złożono dwie oferty z cenami odpowiednio: odwołujący – 1.551.774, 78 zł, przystępujący 1.421.488,74 zł. Zamawiający przed otwarciem ofert podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 1.425.604,28 zł.

Na ofertę wykonawcy w badanym postępowaniu składały się: Formularz oferty, którego wzór zamawiający ustalił w załączniku Nr 1 do SIWZ oraz Opis przedmiotu zamówienia-Formularz cenowy, którego wzór zamawiający ustalił w załączniku Nr 2 do SIWZ.

Pkt 1 formularza oferty zawierał oświadczenia wykonawcy, w tym w pkt 1 lit. b), że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W nagłówku Formularza cenowego zamawiający ustalił, że Wykonawca w kolumnie nr 6, 7 i 8 wpisuje informacje jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację. Zamawiający przewidział dostarczenie 314 produktów odrębnie wycenianych.

W poz. 305 Formularza cenowego zamawiający wymagał zaoferowania pudła do ekspediowania akt sądowych, tektura trzywarstwowa, falista, gramatura: min. 400g/m<sup>2</sup>, udźwig: min. 18kg, zintegrowana pokrywa, wymiary zew. 338 x312 x 628 mm (+/- 20 mm na każdym wymiarze). Dopuszczalne parametry zewnętrzne w zakresie długości to zatem: 628mm+20mm= max 648mm lub 628mm-20mm= min.608mm. Przystępujący wpisał w poz. 305 oznaczenie Fellowes 7205301L o wymiarach zewnętrznych: 338x312x428mm, cena tej pozycji w ofercie przystępującego wynosi 10.060, 70

zł.

W poz. 307 Formularza cenowego zamawiający wymagał zaofiarowania etykiet samoprzylepnych na arkuszu A4 210x297, kolor biały, zastosowanie: uniwersalne, adresowanie, organizowanie, znakowanie, trwały klej, kolor: biały matowy, opakowanie: 100 arkuszy, współpracują ze wszystkimi rodzajami drukarek igłowych, atramentowych i z większością drukarek laserowych, możliwość indywidualnego doboru ilości etykiet na arkuszu (tj. 1 szt. na arkusz/2 szt. na arkusz/4 szt. na arkusz/8 szt. na arkusz/12 szt. na arkusz/24 szt. na arkusz). Wykonawca zaofiarował etykiety samoprzylepne A4 210x297, kolor biały o oznaczeniu PX5xxx IDEST, cena tej pozycji w ofercie przystępującego wynosi 1.069,50 zł.

W poz. 194 Formularza cenowego zamawiający wymagał zaofiarowania poduszki do pieczętek, o wymiarach 150 x 96mm (+/-10mm), suchej, nie nasączonej tuszem. Minimalny rozmiar poduszki uwzględniający dopuszczalne odchylenia to zatem: 140mm x 86mm. Tymczasem zaofiarowana przez Wykonawcę poduszka 140-1032 KW Trade (dystrybutor marki HORSE) jest mniejsza od dopuszczalnego rozmiaru o 12mm, a jej wymiar wynosi 150 x 74mm, cena tej pozycji w ofercie przystępującego wynosi 999,38 zł.

Pismem z 28 lutego 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do wyjaśnienia treści oferty m.in. w odniesieniu do poz. 305 i 307 formularza cenowego. Wskazał, że w związku informacjami uzyskanymi od innego wykonawcy, prosi o potwierdzenie, że oferowany produkt posiada wymagane wymiary określone w SIWZ.

Przystępujący udzielił wyjaśnień pismem z 28 lutego 2019 r. i wskazał, że zaofiarowane w poz. 305 pudło (zgodnie z ceną) spełnia wymagania zamawiającego opisane w SIWZ oraz, że nastąpiła omyłka pisarska tj. zamiast symbolu 7205301 L powinien być symbol 7205401 L. Powołał, że potwierdza to oświadczenie producenta, w którym przy opisie „duże” widnieje właśnie taki symbol. W odniesieniu do poz. 307 przystępujący oświadczył, że zaofiarowane etykiety spełniają wymagania zamawiającego, co do wszystkich wymaganych rozmiarów. Rozmiar wpisany w nazwę handlową oznacza jedynie, że wszystkie inne formaty występują na arkuszach A4 (arkusz A4 dzielony wg wymagań).

Zamawiający wybrał ofertę przystępującego, o czym poinformował 1 marca 2019 r., jednak pismem z 6 marca 2019 r. unieważnił ten wybór. Tego samego dnia wezwał przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści oferty w poz. 305. Wskazał, że wpisany symbol wskazuje na pudło średnie, które nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ. Przystępujący odpowiedział pismem z 8 marca 2019 r., że zaofiarował pudło duże, jednak pomylił się przy oznaczeniu.

W związku z tym zamawiający pismem z 8 marca 2019 r. poinformował, że poprawia oznaczenie produktu zaofiarowanego w poz. 305 zgodnie z otrzymanymi wyjaśnieniami i po wyrażeniu zgody przez przystępującego na dokonaną poprawę, pismem z 18 marca 2019 r. wybrał ponownie ofertę przystępującego.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Nie podzielono poglądu zamawiającego co do braku wykazania przez odwołującego wymaganych przez art. 179 ust. 1 Pzp przesłanek dopuszczalności odwołania. Zamawiający wskazał na brak możliwości poniesienia szkody przez odwołującego, gdyż cena oferty odwołującego jest wyższa niż kwota podana przez zamawiającego przed otwarciem ofert. Dostrzec jednak trzeba, że Izba orzeka odnosząc się do czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia i w odniesieniu do tych czynności lub zaniechań ocenia przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, które są przesłankami koniecznymi rozpoznania odwołania. Uwzględnienie oświadczenia zamawiającego prowadziłoby do oddalenia odwołania wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz braku oceny podniesionych w nim zarzutów z powodu ewentualnej możliwości unieważnienia postępowania. W ocenie składu orzekającego oddalenie odwołania nie może nastąpić na podstawie deklaracji zamawiającego co do jego przyszłych i niepewnych czynności, których nie dotyczą zarzuty odwołania. Pogląd ten jest wyrażany w orzecznictwie Izby m.in. w sprawach KIO 1057/14, KIO 1736/17, KIO 1890/17, KIO 2012/17, KIO 2130/17 i znajduje wsparcie w stanowisku TSUE zajętemu w sprawach C-100/17 *Eastweb*, C-689/13 *Puligenica Facility Esco (PFE)*, C-131/16 *Archus et Gama*.

Izba rozpoznała zarzuty odwołania i uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z zarzutem dotyczącym poz. 305 Izba zważyła, że podanie w ofercie produktu oznaczonego Fellowes 7205301L, podczas gdy prawidłowe oznaczenie pudła to Fellowes 7205401L mogło nastąpić skutkiem omyłki wykonawcy. Różnica w oznaczeniu dotyczy jednej z ciągu cyfr i to cyfry poprzedzającej właściwą, albo pomyłki w odczytaniu wymagań formularza cenowego, gdzie zamawiający wymagał pudła małego i dużego. Zamiast „4” w oznaczeniu produktu podane zostało 3, co doprowadziło do wątpliwości w zakresie zgodności oferty przystępującego z wymaganiami SIWZ, gdyż podane wymiary nie są zgodne z oznaczeniem. Jest natomiast niesporne, że pudło Fellowes 7205401L wskazane w materiałach złożonych w postępowaniu spełnia wymagania SIWZ. Czynności zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia tej kwestii, pomimo braku podanie prawidłowej podstawy prawnej pierwszego wezwania,

zasługują na aprobatę.

Stan istniejący w poz. 305. można bowiem uznać, albo za świadome zaoferowanie danego produktu oznaczonego 7205301L, albo za omyłkę powodującą wewnętrzną sprzeczność w ofercie. Potwierdzenie przez przystępującego drugiej z tych ewentualności spowodowało konieczność zbadania możliwości poprawienia tej omyłki. Pisarski charakter popełnionego uchybienia oraz brak jego oczywistości (omyłka nie jest widoczna na pierwszy rzut oka, a do ustalenia jej istnienia oraz poprawienia niezbędna jest analiza katalogu dostawcy pudeł na akta sądowe) uzasadnia poprawienie omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba zważyła, że poprawa jest możliwa na podstawie oświadczeń i dokumentów posiadanych przez zamawiającego, zmiana jednej cyfry w oznaczeniu nie jest istotną ingerencją w treść oferty przystępującego. Dokonana poprawa nie powoduje zmiany ceny oferty oraz dotyczy jednej z 314 pozycji formularza cenowego, jednego produktu oraz wartości 10.060, 70 zł przy łącznej cenie oferty 1.421.604,78 zł.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący poz. 307, gdzie zamawiający wymagał etykiet A4 210x297mm, w kolorze białym, o oznaczeniu PX5xxx IDEST. Zdaniem sądu orzekającego przystępujący wskazał oferowany produkt spełniający wymagania zamawiającego dotyczące identyfikacji przedmiotu oferty. Odwołujący zarzucał jednak brak wyczerpującego oznaczenia tego produktu i możliwość złożenia przez przystępującego oferty wariantowej.

Izba dostrzegła, że zamawiający wymagał możliwości indywidualnego doboru liczby etykiet na arkusz, spośród 6 różnych rozmiarów, a wykonawcy mieli obowiązek zaoferowania wszystkich rozmiarów. Jednak zamawiający tak ustalił treść formularza cenowego, że nie przewidział odrębnego podawania i oznaczania arkuszy z kolejno wymaganymi liczbami etykiet. Zamawiający nie ustalał również liczby arkuszy z wszystkimi wymaganymi podziałami etykiet. Należy stąd wyprowadzić wniosek, że zamawiający jest uprawniony do wskazywania na etapie wykonania umowy, jakiej liczby etykiet na arkusz żąda w danym cząstkowym zamówieniu realizacyjnym. W związku z tym należy uznać, że wykonawca nie jest zobowiązany do wskazywania odrębnie oznaczeń wszystkich arkuszy w sposób zindywidualizowany (z poszczególną liczbą etykiet na arkusz), lecz może oznaczyć je zbiorczo, tak jak uczynił to przystępujący oraz, że – w sytuacji, gdy z materiałów katalogowych producenta wynika, że dane oznaczenie rodzajowo obejmuje wszystkie wymagane liczby etykiet na arkusz - wskazanie, który z rodzajów arkuszy stanowi przedmiot dostawy może nastąpić na etapie wykonania umowy.

Izba zgodziła się z zamawiającym, że uzyskanie wyjaśnień dotyczących liczby etykiet na arkusz było w okolicznościach sprawy prawidłowe. Alternatywnie zamawiający był uprawniony do tego, aby wpisać do formularza cenowego wykonawcy oznaczenia dotyczące wszystkich wymaganych liczb etykiet na arkusz. Taka zmiana formularza odpowiadałaby wymaganiom art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zwłaszcza, że wartość tej pozycji wynosiła 1.069,50 zł.

Izba uznała również, że zamawiający był uprawniony do przyjęcia oferty przystępującego pomimo tego, że wymiary oferowanej w poz. 194 poduszki do tuszu przewyższały dopuszczoną różnicę w stosunku do wymiaru podstawowego opisanego w tej pozycji.

Należy się zgodzić z poglądem, że opis pozycji nie zawiera wskazania, czy podane wymiary to wymiary wewnętrzne, samej poduszki, czy zewnętrzne, opakowania, w którym poduszka jest umieszczona. Zdaniem Izby przyjęcie pierwszego mniemania byłoby uzasadnione jedynie w tym przypadku, gdyby owa poduszka była produktem odrębnie konfekcjonowanym. Ponieważ jednak na produkt opisany numerem katalogowym składa się poduszka i opakowanie, w którym jest ona umieszczona, brak jest uzasadnionych podstaw do oceny jedynie wymiarów wewnętrznych całego produktu. Kolejno zgodzono się z zamawiającym, że nieuzasadnione i sprzeczne z celami procedury udzielania zamówienia byłoby odrzucenie oferty przystępującego tylko z tego powodu, że jeden z wymiarów zewnętrznych poduszki o 2 mm przewyższał tolerancję dopuszczoną przez zamawiającego (długość była o 12 mm większa od podstawowej przy dopuszczonej przez zamawiającego tolerancji  $\pm 10$  mm), skoro zamawiający spełnił cel swego żądania i zaspokoił oczekiwania tzn. otrzyma poduszkę, w której będzie mógł umieścić pieczęć albo stempel.

Odrzucenie oferty z powodu 2mm różnicy, przy braku znaczenia tej różnicy dla możliwości prawidłowego korzystania z produktu byłoby działaniem całkowicie nieracjonalnym, dokonany z błahych powodów, zwłaszcza, że wartość tej pozycji wynosiła 999,38 zł. Izba nie zaaprobowała takiego użytku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i uznała również ten zarzut odwołania za niepotwierdzony.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:.....**