

WYROK

z dnia 23 września 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2019 r. przez wykonawcę Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów, 05-806 Komorów w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucję Gospodarki Budżetowej w Krakowie, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków

przy udziale wykonawcy Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o., ul. K. Hugona Kołłątaja 4, 05-092 Łomianki, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów, 05-806 Komorów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów 05-806 Komorów tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów, 05-806 Komorów na rzecz Sądu Apelacyjnego w Krakowie reprezentowanego przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucję Gospodarki Budżetowej w Krakowie, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków kwotę 1 200 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dwieście złotych zero groszy) z tytułu dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 Krakowie.

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa materiałów biurowych na rzecz sądów powszechnych obszaru apelacji: białostockiej, gdańskiej, katowickiej, krakowskiej, lubelskiej, łódzkiej i wrocławskiej”, prowadzonego przez Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucję Gospodarki Budżetowej w Krakowie, 31- 463 Kraków, ul. Farmaceutów 2 (dalej „zamawiający”) wykonawca Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów, 05-806 Komorów (dalej

„odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. (dalej „KBK”), mimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań postawionych przez zamawiającego w zakresie parametrów produktów, które były wymagane w opisie przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego, a także wobec zaoferowania produktów, których nie da się zidentyfikować - w jednej pozycji zaoferowano niedookreślony element przedmiotu zamówienia, mimo wymagań postawionych przez zamawiającego, aby produkty były identyfikowalne na podstawie danych podanych w ofercie, a także zaoferowanie produktów nieistniejących,
2. zaniechanie odrzucenia oferty KBK, mimo, że oferta tego wykonawcy została sprecyzowana i uzupełniona po upływie terminu składania ofert, poprzez złożenie wyjaśnień treści oferty co do elementów, których w tej ofercie nie było w dacie jej składania,
3. w konsekwencji - naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty KBK niezgodnie z przepisami ustawy, wbrew postawionym w SIWZ wymaganiom co do parametrów technicznych produktów, a także wbrew wymaganiu by produkty były identyfikowalne, co prowadzi do sytuacji, w której po terminie składania ofert odchodzi się od oceny spełniania pewnych wymagań, by pozostawić niezgodną z SIWZ ofertę w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KBK, mimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań zamawiającego wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia jako parametry minimalne, a nadto zawiera produkty które nie są możliwe do identyfikacji, a także nieistniejące na rynku jako produkty powszechnie dostępne,
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1, poprzez prowadzenie z wykonawcą niedopuszczalnych negocjacji i doprowadzenie tym samym do niedopuszczalnego uzupełnienia treści tej oferty po terminie jej otwarcia, co skutkuje niezgodnością treści oferty z ustawą i nakazuje odrzucić tak zmienioną ofertę,
3. w konsekwencji - art. 91 ust. 1, poprzez nieuprawniony wybór jako najkorzystniejszej oferty KBK, która to oferta powinna być odrzucona oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy 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.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert i odrzucenie oferty KBK z uwagi na niespełnienie parametrów przez zaoferowane produkty, zaoferowanie produktów niedookreślonych, a także produktów które nie są powszechnie dostępne na rynku mimo braku takiego ich określenia w ofercie, jak również z uwagi na dokonanie zmiany w ofercie poprzez jej uzupełnienie - po terminie składania ofert.

Odwołujący podał, że w dniu 2 września 2019 roku zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu czynności wyboru oferty wykonawcy KBK jako najkorzystniejszej.
Dowód: zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej

W ocenie odwołującego oferta KBK nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ. Wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wymagane parametry poszczególnych produktów zawarte zostały w formularzy cenowym (załącznik nr 3 do SIWZ) - zamawiający wymagał, aby wykonawca w kolumnach „dane oferowanego artykułu” wpisał informacje jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację (pkt 1 formularza).

Wskazał także, że w przypadku, gdy dany produkt produkowany jest na zamówienie należało wpisać „na zamówienie” (pkt 2 formularza).

Uzupełnił, że dane identyfikujące oferowane produkty należało wpisać w kolumnach:

7 (nazwa handlowa), 8 (symbol lub model producenta lub importera/dystrybutora, 9 (producent lub importer/dystrybutor).

Stwierdził, że na podstawie tych danych zamawiający miał mieć możliwość w sposób jednoznaczny zidentyfikować produkt, a jeśli miałby nie mieć takiej możliwości powinien był otrzymać informację, że produkt jest na zamówienie.

Uznał, że na podstawie formularza cenowego i danych w nim zawartych nastąpić miała weryfikacja zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego.

Odwołujący zakwestionował zgodność zaoferowanych w ofercie KBK produktów

z wymaganiami zamawiającego w pozycjach jak niżej.

Pozycja 87

Zamawiający opisał wymagany produkt jako: koperta bezpieczna C+, wymiar zewnętrzny 360x470 mm, biała.

Wykonawca KBK zaoferował produkt koperta bezpieczna C3+ Deposack.

Odwołujący oświadczył, że na rynku nazwą „Deposack” oznaczone są koperty produkowane przez producenta IBEX - jedynie w ofercie tego producenta występują koperty Deposack, jednak mają one inne wymiary niż wymagane przez zamawiającego.

Uznał na powyższej podstawie, że wykonawca KBK zaoferował w konsekwencji produkt nieistniejący.

Oświadczył dodatkowo, że producent IBEX nie miał i nie ma w swojej ofercie koperty Deposack o wymiarach 360x470 mm.

Uzupełnił, że IbeX International Sp. j. nie posiada w swojej ofercie także kopert Deposack ze znakiem „+” - tak oznaczone są jedynie koperty Deposafe, i tak np. koperta Deposafe C3+ biała ma wymiar zewnętrzny 360x465 mm.

Stwierdził, że produkt wskazany w ofercie nie będzie produkowany na specjalne zamówienie, ponieważ taka adnotacja nie znalazła się przy produkcie z pozycji 87 tak jak np. w pozycjach 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140.

Podniósł, że wykonawca nie może na etapie badania ofert przez zamawiającego wykazywać, że produkt będzie produkowany na zamówienie, kiedy w ofercie informacja taka nie znalazła się już w momencie składania oferty - spowodowałoby to próbę dostosowania treści oferty do postawionych wymagań i próbę naprawienia niezgodności treści oferty w stosunku do wymagań SIWZ.

Podał, że w wyjaśnieniach dokonanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca KBK złożył oświadczenie firmy AG Koperty, w którym firma ta wskazała w sposób lakoniczny pochodzenie kopert Deposack C3+, tj. w pierwszym zdaniu wskazano, iż AG Koperty jest producentem kopert (nie konkretnej koperty), a na końcu, iż w swojej ofercie AG Koperty ma kopertę Deposack C3+ o wymiarach wymaganych przez zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że po wpisaniu w jakiegokolwiek wyszukiwarki internetowej nazwy Deposack C3+ jedynym produktem pojawiającym się w wynikach jest koperta DEPOSACK C3 (bez znaku +), tj. koperta o innych wymiarach niż oświadczone w ofercie.

Zauważył, że KBK w ofercie i wyjaśnieniach wskazało, że koperta oferowana znajduje się w standardowej ofercie firmy AG Koperty, co jest jednak niezgodne z powszechnie dostępnymi materiałami AG Koperty - ani w katalogu kopert standardowych, ani w katalogu kopert specjalnych produkowanych przez AG Koperty, dostępnych na stronach internetowych nie występuje koperta Deposack, co oznacza, że AG Koperty nie sprzedaje kopert Deposack jako swojego produktu.

Odwołujący stanął na stanowisku, że nie ma możliwości, aby na podstawie danych zawartych w pozycji 87 w ofercie KBK zidentyfikować produkt, ponieważ produkt taki nie występuje na rynku - nie występuje w ofercie AG Koperty, czy też w katalogu z którego taka identyfikacja byłaby możliwa.

Zdaniem odwołującego oparcie się przez zamawiającego na oświadczeniu AG Koperty,

iż mają w ofercie takie koperty o wskazanych parametrach wydaje się być przemykaniem oczu na zaferowanie produktu, którego nie da się odszukać na rynku.

Pozycja 152

Zamawiający wymagał koszulki A4 poszerzanej, wymiar min. 220x300mm, wykonanej z folii PP, otwieranej u góry, multiperforowanej, grubości min. 90 mic, pojemności min. 100 kartek.

Odwołujący podniósł, że wykonawca KBK zaferował produkt, co do którego nie określono wymiarów, a ich ustalenie na podstawie danych zawartych w ofercie nie było możliwe. Podał, że wykonawca KBK zaferował produkt: „Koszulka na dokumenty A4, poszerzana, z folii PP, 90 mic, op.50 szt, 200-0071., KONSORCJUM BIURO KLUB SP. Z O.O.”

W ocenie odwołującego pozycja 152 stoi w sprzeczności z powyższym wymaganiem, gdyż KBK wskazało swój numer katalogowy oraz opis niepotwierdzający wymagań zamawiającego w zakresie wymiarów.

Oświadczył, że produktu tego nie można znaleźć ani w katalogach, ani na stronie internetowej wykonawcy, czy też na jakichkolwiek innych stronach internetowych, za pośrednictwem których można by potwierdzić zgodność produktu z wymaganiami zamawiającego.

Uzupełnił, że nieuwzględnienie jednocześnie w treści samej oferty wymaganych przez zamawiającego parametrów powoduje, że nie ma możliwości zweryfikowania produktu, zaś pod wskazanym w ofercie kodem kryje się produkt - znany tylko wykonawcy -

którego zamawiający nie ma możliwości zweryfikować.

Podniósł, że doprecyzowanie i uzupełnianie parametrów produktów na etapie składania wyjaśnień stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty, po upływie terminu na dokonanie tej czynności i stoi w jawnej sprzeczności z postanowieniami art. 87 ustawy.

Stwierdził, że uzupełnienie oferty o ten parametr na skutek wezwania zamawiającego pokazuje, że zamawiający nie był w stanie samodzielnie tego parametru ustalić; gdyby produkt był możliwy do identyfikacji na podstawie danych zawartych w ofercie zamawiający nie musiałby wnioskować o udzielenie wyjaśnień. Treść wyjaśnień spowodowała istotną zmianę w treści oferty, poprzez podanie danych, których wcześniej w tej ofercie nie było, a które zgodnie z SIWZ stanowiły jej treść i powinny się w niej znaleźć w dacie otwarcia ofert.

Podniósł, że oferty zawierające błędy nie mogą być poprawiane, lecz podlegają odrzuceniu - wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, przepis ten natomiast wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, a za zmianę taką należy uznać wskazanie dodatkowych cech oferowanych rozwiązań, istotnych z punktu widzenia spełnienia wymagań SIWZ.

Pozycja 188

Zamawiający wymagał produktu: „Numeratorem automatyczny 6-cio cyfrowy wysokość cyfr 4-4,5 mm, numerowanie dokumentów w sposób ciągły oraz z opcją powielania odbicia - co najmniej co: 1,2,3,4,6,12 odbić, możliwość odbicia numeru z zerami lub bez zer poprzedzających, metalowa konstrukcja, z ergonomicznym uchwytem, pierścienie numeratora wykonane ze stopu metali, wkład samotuszujący numeratora w kolorze czarnym”.

Wykonawca KBK zaferował: „Numeratorem automatyczny 6-cio cyfrowy, HORRAY H56-6., COLOP’.

Oświadczył, że pod symbolem H56/6, w ofercie COLOP występują dwa numeratory - o wysokościach czcionek: 4,5 mm lub 5,5 mm oraz w czterech kolorach odbicia: czarnym, czerwonym, niebieskim oraz blanco do nasączenia dowolnym kolorem tuszu, co oznacza, że jeden z tych numeratorów nie spełnia wymagań zamawiającego.

Podniósł, że w świetle wymagań zamawiającego („Wykonawca w kolumnach „dane oferowanego produktu” wpisuje informacje jednoznacznie wskazujące na zaferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację”), zaferowanie niedookreślonego przedmiotu powoduje, że zamawiający nie jest w stanie ustalić jaki produkt jest oferowany.

Wskazał, że oferowany przez wykonawcę KBK produkt nie został skonkretyzowany, wykonawca nie wpisał informacji jednoznacznie wskazujących na zaoferowany produkt, pozwalających na jego identyfikację.

W ocenie odwołującego pod zaoferowaną pozycją znajduje się produkt, który nie spełnia wymagań zamawiającego i nie ma pewności, który z nich będzie dostarczany.

Podniósł, że precyzowanie treści oferty na tym etapie nie jest możliwe.

Pozycja 197.

Zgodnie z wymaganiem zamawiającego należało zaoferować: papier kserograficzny A3, gramatura 80(+/-3) g/m², białosc CIE 161(+/- 3), wilgotność 4, 5 (+/- 7%), nieprzeźroczystość nie mniej niż 91%, gładkość 180 +70-50, cm3/min, kolor biały.

Wykonawca KBK zaoferował produkt: POLLUX A3, INTERNATIONAL PAPER KWIDZYN, który nie spełnia wymagań w zakresie wilgotności, ponieważ zamawiający oczekiwał wilgotności mieszczącej się w zakresach 4.5 (+/-7%) czyli 4.19 - 4.82. natomiast w karcie

produktu POLLUX A3, INTERNATIONAL PAPER KWIDZYN tolerancja wskazana jest na poziomie 3,6 - 5.

Stwierdził, że zamawiający pominął tę rozbieżność przy ocenie oferty KBK w sytuacji, gdy nie ma możliwości by wycofać się z oceny tego parametru jeśli był on wymagany w SIWZ i pozostali wykonawcy musieli dostosować oferowane produkty w zakresie wszystkich parametrów do wymagań zamawiającego.

Podniósł, że zamawiający jest związany treścią SIWZ i postawionymi tam wymaganiami dokładnie tak, jak wykonawcy, którzy przystępują do postępowania; nie ma możliwości wprowadzania zmian do wymagań po tym jak wykonawcy złożą oferty, jedynie w celu pozostawienia w postępowaniu oferty najtańszej, która mimo ceny, nie spełnia podanych przez zamawiającego wymagań.

Zauważył, że parametr wilgotności był wymagany w tym postępowaniu od samego początku i nie był kwestionowany. Brak jego spełnienia przez zaoferowany produkt uznać należy za niezgodność treści oferty z wymaganiem.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych przy piśmie z dnia 18 września 2019 r. - dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami - pismo zamawiającego z 20 września 2019 r., przywołanych w dalszej części uzasadnienia dowodów złożonych na rozprawie, a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Nieprawidłowe dokonanie przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty przystępującego - bezpodstawne zaniechanie jej odrzucenia i uznanie za najkorzystniejszą oznaczałoby, że oferta odwołującego byłaby jedyną, podlegającą ocenie z zastosowaniem ustanowionych kryteriów oceny (ofercą ważną, która nie podlega odrzuceniu) i odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty:

- zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań zamawiającego wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia jako parametry minimalne, a nadto zawiera produkty które nie są możliwe do identyfikacji, a także nieistniejące na rynku jako produkty powszechnie dostępne, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- prowadzenia z wykonawcą niedopuszczalnych negocjacji i doprowadzenie tym samym do niedopuszczalnego uzupełnienia treści tej oferty po terminie jej otwarcia, co skutkuje niezgodnością treści oferty z ustawą i nakazuje odrzucić tak zmienioną ofertę, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
- a w konsekwencji zarzut nieuprawnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, która to oferta powinna być odrzucona oraz prowadzenia 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, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 oraz 7 ust. 1i 3 ustawy

Pzp

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Odwołujący kwestionował ocenę zamawiającego w zakresie 4 pozycji asortymentowych zaofiarowanych przez przystępującego, tj. 87, 152, 188 i 197.

Zgodnie z rozdziałem II pkt 2.1. SIWZ „Przedmiotem zamówienia jest realizacja dostaw materiałów biurowych, na rzecz jednostek sądownictwa znajdujących się w obszarze apelacji: białostockiej, gdańskiej, katowickiej, krakowskiej, lubelskiej, łódzkiej i wrocławskiej.”, a „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zawierający wielkość oraz zakres zamówienia stanowi Załącznik nr 3 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - Formularz cenowy.” (rozdział II pkt 2.2.).

W odniesieniu do wybranych pozycji asortymentowych (14, 21, 28, 75, 78, 104, 142, 145, 148, 166, 195, 250, 290, 348) zamawiający wymagał - w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, przedłożenia próbek oferowanych produktów (rozdział IX pkt 3.3. SIWZ) - wśród nich nie było pozycji kwestionowanych przez odwołującego.

Zamawiający żądał (rozdział X pkt 8), aby ofertę sporządzić zgodnie z wzorem Formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ na podstawie wypełnionego przez wykonawcę Opisu przedmiotu zamówienia - Formularza cenowego, stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ.

We wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ, w § 2 ust. 2 zamawiający wskazał: „Poszczególne rodzaje i maksymalne ilości asortymentu objętego przedmiotem Umowy, parametry techniczne oraz ceny jednostkowe określa SIWZ, Formularz ofertowy, stanowiący Załącznik nr 1 do Umowy (Załącznik nr 1 do SIWZ) oraz Opis przedmiotu zamówienia - Formularz cenowy, stanowiący Załącznik nr 2 do Umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ).”

We wzorze Załącznika nr 1 do SIWZ - Formularzu ofertowym - w części II pkt. 6 zamawiający przewidział złożenie przez wykonawcę oświadczenia o treści: „Oświadczamy, że wzór umowy będący załącznikiem do SIWZ został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na proponowanych warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.”

Przystępujący w swojej ofercie - Formularzu ofertowym złożył ww. oświadczenie.

W Załączniku nr 3, w kolumnie „Opis Przedmiotu Zamówienia” zamawiający w następujący sposób opisał swoje oczekiwania co do pozycji 87, 152, 188 i 197:

- pozycja 87 - „Koperta bezpieczna C3+, wymiar zewnętrzny 360x470 mm, biała”,
- pozycja 152 - „Koszulka A4 poszerzana, wymiary min. 220x300mm, wykonana z folii

PP, otwierana u góry, multiperforowana, grubość min. 90mic, pojemność min. 100 kartek’,

- pozycja 188 - „Numerators numeryczny 6-cio cyfrowy, wysokość cyfr 4 - 4,5mm, numerowanie dokumentów w sposób ciągły z opcją powielania odbicia co: 1, 2, 3, 6, 12 odbić, możliwość odbicia numeru z zerami lub bez zer poprzedzających, metalowa konstrukcja, z ergonomicznym uchwytem, pierścienie numeratora wykonane ze stopu stali, wkład samotuszujący numeratora w kolorze czarnym”,
- pozycja 197 - „Papier kserograficzny A3, gramatura 80 (+/-3) g/m², białosc CIE 161 (+/-3); wilgotność 4,5 (+/-7%), nieprzezroczystość nie mniej niż 91%, gładkość 180 +70/-50cm³, kolor biały’.

Tabele w Formularzu cenowym (Załącznik nr 3 do SIWZ) poprzedzała „instrukcja” zamawiającego co do sposobu wypełnienia tabeli, w tym:

1. „Wykonawca w kolumnach „dane oferowanego artykułu” wpisuje informacje jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację. ”
2. W przypadku, gdy oferowany produkt jest produkowany na zamówienie, proszę wpisać „na zamówienie”.

Wzór Załącznika nr 3, tj. Formularza cenowego, poza wypełnioną przez zamawiającego kolumną „Opis Przedmiotu Zamówienia” przewidywał do wypełnienia przez każdego wykonawcę m.in. kolumny: „Dane oferowanego produktu”, na którą składały się trzy „podkolumny”: „nazwa handlowa”, „symbol lub model producenta lub importera/dystrybutora”, „producent lub importer/dystrybutor.

Przystępujący w Formularzu cenowym, pozostawiając wypełnioną przez zamawiającego kolumnę „Opis Przedmiotu Zamówienia”, wypełnił ww. trzy „podkolumny” w następujący sposób:

- pozycja 87 -
 - (1) „Koperta bezpieczna C3+, wymiar zewnętrzny 360x470 mm, biała Deposack op. 100szt.”,
 - (2) „Koperta bezpieczna C3+, wymiar zewnętrzny 360x470mm, biała Deposack”,

(3) AG Koperty,

- pozycja 152 -

(1) „Koszulka na dokumenty A4 poszerzana, z folii PP, 90mic, op. 50 szt.”,

(2) „200-0071”,

(3) „Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o.”,

- pozycja 188 -

(1) „Numerator numeryczny 6-cio cyfrowy”,

(2) „Horray H56-6”,

(3) Colop”,

- pozycja 197 -

(1) „Papier kserograficzny A3 80 (+/-2) g/m2, biały, 500ark”,

(2) Pollux A3”,

(3) International Paper Kwidzyn”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby, jak uczynił to odwołujący w odwołaniu, odniesie się zbiorczo do wszystkich ujętych w odwołaniu zarzutów.

Część wstępna.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby zauważył, że odwołujący nie kwestionował, aby przystępujący - w odniesieniu do którejkolwiek z pozycji - nie wywiązał się z obowiązku podania „nazw handlowych”, „symboli lub modeli producenta lub importera/dystrybutora”,

„producenta lub importera/dystrybutora”.

Jest to istotne, ponieważ - wbrew stanowisku odwołującego - podanie tych danych wyczerpywało obowiązek jednoznacznego wskazania zaoferowanych produktów, pozwalających na ich identyfikację.

Wniosek taki wywieść należy z opisu kolumny „Dane oferowanego artykułu”, na które to dane składały się właśnie: „nazwa handlowa”, „symbol lub model producenta lub importera/dystrybutora”, „producent lub importer/dystrybutor” a do której odnieść należy pkt 1 instrukcji zamawiającego.

Innymi słowy, zamawiający uznał, że dane z trzech „podkolumn” to dane jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację. Podkreślić przy tym należy, że dla oceny wywiązania się przez wykonawcę z obowiązku wskazania danych oferowanego produktu bez znaczenia pozostaje, czy rzeczywiście dane te w sposób wystarczający identyfikują artykuł. Wykonawcy nie mają obowiązku ujmowania w ofertach informacji w zakresie szerszym niż żąda zamawiający.

Pkt 1 instrukcji zamawiającego z Formularza cenowego nie daje podstaw do wysnucia wniosku, iż w odniesieniu do poszczególnych pozycji asortymentowych obowiązkiem wykonawcy było podanie wszystkich cech, parametrów artykułów, ponieważ przeczy temu brzmienie tego punktu. Wniosek taki jest także nie do pogodzenia z ustawowo nałożonym na zamawiającego obowiązkiem przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), ponieważ każdy z wykonawców w odmienny sposób mógłby postrzegać zakres obowiązkowych cech, produktów opisujących zaoferowany produkt.

Wykonawca w ramach kolumny „Dane oferowanego artykułu” miał zidentyfikować artykuł w sposób przewidziany przez zamawiającego (dane z trzech „podkolumn”), a nie go opisywać.

Nie można także pominąć, że każdy wykonawca częścią swojego oświadczenia co do zaoferowanych produktów - ich cech i parametrów uczynił sam opis poszczególnych artykułów

zawarty w kolumnie „Opis Przedmiotu Zamówienia”. Tak opisane produkty, o wyspecyfikowanych w tej kolumnie cechach i parametrach miał zidentyfikować każdy wykonawca w kolumnie „Dane oferowanego artykułu”.

Nie sposób wreszcie nie dostrzec, że wzór umowy zaakceptowany przez każdego wykonawcę (Formularzu ofertowy część II pkt 6) przewidywał obowiązek dostawy asortymentu zgodnego co do parametrów technicznych z Opiszem przedmiotu zamówienia - Formularzem cenowym, na który bezsprzecznie składała się także kolumna „Opis Przedmiotu zamówienia”.

Uwzględniając powyższe, w odniesieniu do zakwestionowanych przez odwołującego pozycji, skład orzekający Izby wskazuje, jak niżej.

Część szczegółowa.

Pozycja 87 - koperta bezpieczna C3+, wymiar zewnętrzny 360x470mm, biała.

Odwołujący twierdził, że na rynku nazwą „Deposack”, którą posłużył się przystępujący oznaczone są jedynie koperty produkowane przez producenta lbex, ten jednak w swojej ofercie nie miał i ma kopert o żądanych przez zamawiającego wymiarach, ani nie posiada kopert Deposack ze znakiem „+”.

Odwołujący nie wykazał ani tego, że na rynku nazwą „Deposack”, którą posłużył się przystępujący oznaczone są jedynie koperty produkowane przez producenta lbex (1), ani tego, że lbex nie miał i nie ma kopert o żądanych przez zamawiającego wymiarach oraz, że nie posiada kopert Deposack ze znakiem „+” (2).

Pierwsze z twierdzeń było całkowicie gołosłowne (odwołujący nie przedstawił np. oświadczenia producenta lbex).

Natomiast zamawiający uprawdopodobnił (załącznik nr 1 do Odpowiedzi na odwołanie), że na rynku nie tylko producent lbex posługuje się nazwą Deposack, poprzez wydruki ze stron internetowych (A&G Koperty, A&G Kopy) dotyczące oferowania kopert Deposack.

Drugie z twierdzeń także było gołosłowne, ponieważ zostało oparte na oświadczeniu własnym odwołującego, tj. podaniu w zestawieniu tabelarycznym zestawu cech, parametrów jakiegoś produktu, których pochodzenie nie jest nawet wiadome.

Podkreślić jednak przede wszystkim należy, że odwołujący błędnie, wbrew treści oferty przystępującego (gdzie wskazano: AG Koperty), przyjął, że przystępujący zaoferował koperty producenta lbex. Bez znaczenia zatem w ogóle pozostaje, czy asortyment kopert producenta lbex obejmuje koperty C3+ Deposack o żądanych wymiarach.

W konsekwencji błędnie także odwołujący założył, że koperty musiałyby zostać wyprodukowane przez lbex dla przystępującego na zamówienie (specjalne zamówienia wykraczające poza ofertę standardową producenta lbex), co wiązałoby się z obowiązkiem wskazania przez przystępującego, że chodzi o koperty „na zamówienie” (abstrahując w tym miejscu od kwestii rozumienia zwrotu „na zamówienie”).

Skład orzekający Izby nie podzielił wątpliwości odwołującego co do treści oświadczenia producenta A&G Koperty z dnia 2 sierpnia 2019 r., złożonego zamawiającemu (przed terminem wyboru oferty najkorzystniejszej) przez przystępującego. Jest ono spójne - pochodzi od producenta kopert, który oświadcza, iż posiada w swojej ofercie szeroki asortyment kopert, a produktem w ofercie jest koperta bezpieczna Deposack C3+, posiadająca wymiar zewnętrzny 360x470 mm, kolor biały.

Co więcej, oświadczenie to zostało potwierdzone przez tegoż producenta oświadczeniem z dnia 19 września 2019 r. złożonym na rozprawie przez przystępującego („Potwierdzamy, że koperty DeposackC3+, o wymiarach zewnętrznych koperty 360x470mm, białe są kopertami, które posiadamy w swojej ofercie.”).

Odwołujący twierdził także, że A&G Kopy nie posiadają ani w swojej ofercie „standardowej”, ani ofercie „specjalnej” kopert Deposack C3+, wobec czego „AG koperty nie sprzedaje kopert Deposack jako swojego produktu”.

Odwołujący przedstawił na rozprawie, pochodzący ze stycznia 2019 roku (opis w lewym górnym rogu) cennik handlowy A&G Kopy (taki tytuł nosi zestawienie), wydruk ze strony producenta A&G Kopy dotyczący kopert bezpiecznych (brak daty), zestawienie kopert nietypowych A&G Kopy (taki tytuł nosi to zestawienie, brak daty) oraz informacje ogólne o ww. producencie pochodzące z jego strony internetowej (brak daty).

Wraz z powyższymi materiałami odwołujący przedstawił korespondencję e-mail pomiędzy Panem M.P. (@gazeta.pl) a Panią S.F. (@agkoperty.com.pl) z 18 września 2019 r., w której na pytanie „Czy to są wszystkie koperty jakie macie dostępne czy też posiadacie katalog jakiś kopert niestandardowych bądź na zamówienie ?” udzielono odpowiedzi: „To wszystko co mamy w ofercie.”

Skład orzekający Izby uznał, że powyższe nie może stanowić potwierdzenia, że w standardowej ofercie producenta A&G Koperty nie ma kopert bezpiecznych C3+ o wymiarach zewnętrznych 360x470 mm, białych Deposack, ponieważ brak jest możliwości powiązania, że Pani S.F. wypowiada się co do asortymentu ujętego w ww. cenniku i zestawieniach. Dodatkowo oświadczenie Pani S.F. pozostawałoby w sprzeczności z przedłożonym przez przystępującego na rozprawie oświadczeniem Prezesa zarządu A&G Koperty Pana A.Ś. (stanowisko i zakres uprawnień Pani S.F. nie w ogóle są znane) z 19 września 2019 r. zgodnie z którym ww. koperty są kopertami, które firma posiada w swojej ofercie.

Nie bez znaczenia jest także oświadczenie Prezesa zarządu A&G Koperty Pana A.Ś., iż „AG Koperty Sp. z o.o. posiada w swojej ofercie szeroki asortyment różnorodnych kopert, nie wprowadzamy wszystkich modeli i parametrów do naszego katalogu na stronie internetowej”. Oznacza to bowiem, iż łatwo, ogólnie dostępne informacje co do oferowanych przez AG Koperty kopert nie wyczerpują pełnego spektrum asortymentu tego producenta.

Uzupełniający skład orzekający Izby wskazuje, że sformułowanie użyte przez zamawiającego w pkt. 2 „instrukcji” Formularza cenowego: „gdy oferowany produkt jest produkowany na zamówienie, proszę wpisać „na zamówienie” nie jest jednoznaczne, ponieważ - o ile wykonawcą nie jest producent - każda dostawa jest w istocie „na zamówienie”.

W języku polskim zamówienie rozumiane jest jako „polecenie, dyspozycja dostarczenia lub wykonania czegoś, wyrażone ustnie lub pisemnie”.

Przeciwstawienie „produktu na zamówienie” „produktowi standardowemu”, jak uczynił to odwołujący nie znajduje oparcia w brzmieniu pkt. 2 „Instrukcji”.

Odnosząc się do złożonej przez odwołującego na rozprawie kopii oferty przystępującego z postępowania Sadu Apelacyjnego w Warszawie ZP-765-7/19 („Koperta bezpieczna C3+, wymiar zewnętrzny 360x470mm, biała, na zamówienie specjalne”), skład orzekający Izby wskazuje, że sposób opisu kopert przez przystępującego w ofercie złożonej w innym postępowaniu nie może stanowić podstawy oceny treści oferty tego wykonawcy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Sąd Apelacyjny w Krakowie. Tym bardziej, że nie są znane, jakie były oczekiwania Sądu Apelacyjnego w Warszawie co do sposobu opisu artykułów. Z samej instrukcji zwartej na stronie ostatniej tabelarycznego opisu przedmiotu zamówienia wynika tyle tylko, że „Brak wskazania przez wykonawcę Producenta [dystrybutora] oraz symbolu produktu lub nazwy handlowej może skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy”.

Reasumując, przystępujący w przewidziany przez zamawiającego w SIWZ sposób zidentyfikował produkt w pozycji 87 - koperty A&G Koperty, a odwołujący nie udowodnił, że produkt nie znajduje się w asortymencie tego producenta („standardowym”, czy nie).

Pozycja 152 - koszulka A4 poszerzana, wymiary min. 220x300 mm, wykonana z folii PP, otwierana z góry, multiperforowana, grubość min. 90 mic, pojemność min. 100 kartek

Odwołujący twierdził, że przystępujący nie określił wymiarów koszulki, a ich ustalenie na podstawie danych z oferty nie jest możliwe, co przesądza o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ.

Skład orzekający Izby podtrzymuje argumentację zaprezentowaną w części wstępnej, przypominając w tym miejscu, że to zamawiający uznał, że dane z trzech „podkolumn” kolumny „Dane oferowanego artykułu” to dane jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację oraz, że treścią oferty przystępującego był także opis artykułów ujęty w kolumnie „Opis Przedmiotu Zamówienia”, w tym w szczególności - w odniesieniu do koszulek - ich wymiar, tj. 220x300 mm, wobec czego uzupełnienie oferty o ten element było zbędne (nie było możliwe skoro element ten oferta zawierała).

Fakt, że zamawiający - w konsekwencji pisma odwołującego skierowanego do zamawiającego na etapie badania i oceny ofert (pismo odwołującego z dnia 30 lipca 2019 r.) - skierował do przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy

Pzp (pismo zamawiającego z dnia 30 lipca 2019 r.), a przystępujący do odpowiedzi załączył Kartę charakterystyki produktu 200-0071 (zawierającą także wymiary zaoferowanych koszulek) nie oznacza, że dopiero na tym etapie przystępujący zidentyfikował produkt co do jego wymiarów.

Po pierwsze dlatego, że identyfikacja taka w ramach kolumny „Dane oferowanego artykułu” nie była obowiązkiem wykonawcy.

Po drugie dlatego, że treścią oferty przystępującego był także opis artykułów ujęty

w kolumnie „Opis Przedmiotu Zamówienia”, w tym w szczególności - w odniesieniu do koszulek

- ich wymiar, tj. 220x300 mm.

Na marginesie dostrzec należy, że przystępujący jako producent zaoferowanych koszulek złożył na rozprawie dodatkowe oświadczenie z dnia 18 września 2019 r. co do ich wymiarów (zgodnych z SIWZ).

Pozycja 188 - numerator automatyczny 6-cio cyfrowy, wysokość cyfr 4 - 4,5mm, numerowanie dokumentów w sposób ciągły z opcją powielania odbicia co: 1, 2, 3,6, 12 odbić, możliwość odbicia numeru z zerami lub bez zer poprzedzających, metalowa konstrukcja, z ergonomicznym uchwytem, pierścienie numeratora wykonane ze stopu stali, wkład samotuszujący numeratora w kolorze czarnym.

Poza sporem był fakt, że producent ujmuje pod jednym symbolem Horray H56-6 dwa numeratory - o wysokości czcionki 4,5 mm albo 5,5 mm.

Poza sporem było także to, że zamawiający oczekiwał wysokości czcionki mieszczącej się w przedziale 4 - 4,5 mm, wobec czego tylko jeden z numeratorów kryjących się pod ww. symbolem spełnia wymagania zamawiającego.

Skład orzekający Izby podtrzymuje argumentację zaprezentowaną w części wstępnej, przypominając w tym miejscu, że to zamawiający uznał, że dane z trzech „podkolumn” kolumny „Dane oferowanego artykułu” to dane jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację oraz, że treścią oferty przystępującego był także opis artykułów ujęty w kolumnie „Opis Przedmiotu Zamówienia”, w tym w szczególności

- w odniesieniu do numeratorów - wysokość czcionki, tj. 4- 4,5 mm.

Pozycja 197 - Papier kserograficzny A3, gramatura 80 (+/-3) g/m², białosc CIE 161 (+/-3); wilgotność 4,5 (+/-7%), nieprzezroczystość nie mniej niż 91%, gładkość 180 +70/-50cm³, kolor biały.

Odwołujący twierdził, że dopuszczony przez zamawiającego zakres wilgotności to 4,19 - 4,82, wobec czego zaoferowanie przez przystępującego papieru o wilgotności 3,6 - 5% (zaoferowanie przez przystępującego papieru o takiej wilgotności nie było sporne) jest niezgodne z oczekiwaniem zamawiającego z SIWZ.

Kluczowym dla rozstrzygnięcia, czy zaoferowany przez przystępującego papier o wilgotności 3,6 - 5% jest niezgodny z oczekiwaniem zamawiającego jest ustalenie, jaką tolerancję od wskazanej wielkości 4,5 dopuścił zamawiający, co wymaga interpretacji, co oznacza „wilgotność 4,5 (+/-7%)”.

Odwołujący prezentował stanowisko, że 7% od 4,5 to 0,315 wobec czego dopuszczalny zakres tolerancji to 4,185 - 4,815 (po zaokrągleniu 4,19 - 4,82).

Zamawiający i przystępujący prezentowali stanowisko, że ze względu na fakt, że

„jednostką wilgotności” jest „%”, to dopuszczalny zakres tolerancji (odpowiednio po dodaniu i odjęciu) wynosi od 0% (wilgotność nie może przybierać wartości ujemnej - 2,5%) do 11,5%.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że oba wskazane wyżej sposoby obliczenia tolerancji wilgotności papieru kserograficznego są, w świetle SIWZ, uprawnione.

Z jednej bowiem strony możliwe było odniesienie 7% do wartości 4,5, z drugiej

uwzględnienie oczywistego faktu, że wilgotność papieru wyrażana jest w „%” i odniesienie +/-7% do wartości 4,5%.

Dodatkowo skład orzekający Izby wziął pod uwagę praktykę rynku zamówień publicznych, tj. iż zakres tolerancji papieru jest rozumiany w sposób prezentowany przez zamawiającego i przystępującego, co wynika z faktu, że przy tak samo opisanym sposobie wymogu dotyczącym wilgotności [4(+/-1%)] dopuszczalny zakres tolerancji to przedział liczony jako in plus oraz in minus od wartości podstawowej w %, co potwierdzają pytanie i odpowiedź z postępowania Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu Z-363-21/17, zgodnie z którymi:

„(...) Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 20 dotyczące parametrów papieru w zakresie wilgotności 4(+/-1%). Ponieważ zapis w tej formie budzi wątpliwości, zwracam się o uściślenie, czy wymagane granice odchyień przy tym parametrze nie mogą przekroczyć wartości min. 3.-max.5%?”

„Zamawiający miał na myśli przedział pomiędzy 3.0 a 5.0%.”

Skoro zatem na podstawie SIWZ nie można ustalić tylko jednego prawidłowego sposobu obliczenia zakresu tolerancji wilgotności papieru, to w konsekwencji nie sposób uznać, że zamawiający określił ten parametr jako przedział 4,19-4,82 jak wynika ze sposobu obliczenia przyjętego przez odwołującego.

Przystępujący, oferując papier o wilgotności 3,6-5% zaoferował produkt mieszczący się w wymaganiu 0-11,5% (obliczonym wg drugiego z możliwych sposobów).

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, zawarte tak w części wstępnej, jak i szczegółowej, odnoszącej się kolejno do wszystkich zakwestionowanych przez odwołującego pozycji asortymentowych, skład orzekający Izby uznał, że żaden z zarzutów odwołanie się nie potwierdził, wobec czego odwołanie należało oddalić.

Bezpodstawność zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego oznacza także w konsekwencji bezpodstawność zarzutu dotyczącego wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej i naruszenia zasad wynikających z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. a) 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).

Przewodniczący: