Sygn. akt KIO 1672/19

WYROK

z dnia 12 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2019r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2019r., przez wykonawcę Golden Line Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej

przy udziale wykonawcy Grupa Marcova Polska Office Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., 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: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Centrum Obsługi Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup wraz z dostawą materiałów eksploatacyjnych do drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych, kserokopiarek i faksów".

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na

podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 23 sierpnia 2019r. Zamawiający poinformował wykonawcę Golden Line Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Odwołujący") o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w części I zamówienia - Materiały eksploatacyjne gwarantowane.

Na powyższą czynność Zamawiającego Odwołujący w dniu 28 sierpnia 2019r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ);

2) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące przeprowadzeniem badania oferty Odwołującego w sposób, który uniemożliwiał zachowanie uczciwej konkurencji poprzez podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, podczas gdy rzetelne zbadanie oferty przez Zamawiającego winno prowadzić do dopuszczenia oferty wykonawcy do dalszego procedowania.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że w informacji o odrzuceniu złożonej przez niego oferty Zamawiający wyjaśnił, że niezgodność oferty z treścią SIWZ polegać miała na tym, że w zakresie pozycji nr 4 i 5 załącznika nr 6 do SWIZ Formularz Cenowy Opis przedmiotu zamówienie cz. I Materiały eksploatacyjne gwarantowane zaoferował on produkt w postaci dwupaku tuszy HP o symbolach odpowiednio: CB331EE oraz CB332EE co było niezgodne z treścią SIWZ, albowiem w kolumnie E formularza cenowego zatytułowanej Rodzaj wymiaru ilościowego Zamawiający określił jednostkę ilości „szt.", a nie opakowania. Według Odwołującego w sprawie brak było jednak przesłanek do odrzucenia jego oferty, ponieważ niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Tylko więc niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, rozumiana jako materialna niezgodność zobowiązania wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego, skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wytycznymi zawartymi w SIWZ, dotyczącymi sposobu jej wyrażenia stanowi jedynie uchybienie o charakterze formalnym, niewiążące się z jakimikolwiek negatywnymi skutkami dla wykonawcy. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, iż oferta złożona przez niego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że zarówno z treści SIWZ jak i treści załącznika nr 6 do SIWZ wynika, że wykonawcy byli zobowiązani do zaoferowania „jednego artykułu jednego producenta" dla danej pozycji w formularzu cenowym. Jednocześnie w żadnym fragmencie SIWZ Zamawiający nie sformułował żądania, by wykonawcy zaoferowali w formularzu cenowym dostawę jednej sztuki danego tuszu. Wskazał, że Zamawiający posłużył się w SIWZ sformułowaniem „artykuł", który w ocenie Odwołującego można utożsamiać wyłącznie z pojęciem „produktu" jako przedmiotu handlu. Takie rozumienie użytego przez Zamawiającego w SIWZ pojęcia „artykuł' wynika wprost z definicji tego słowa. Zgodnie z definicją zawartą w słowniku języka polskiego „artykuł' to „rzecz będąca przedmiotem handlu, produkt, towar" (. Także w słowniku synonimów słowo „artykuł" występuje jako „przedmiot handlu, fabrykat, produkt, przetwór, wyrób towar", a zgodnie z definicją pojęcia zawartą w słowniku języka polskiego PWN „artykuł' to „rzecz, która jest przedmiotem handlu". Uwzględniając więc powyższą wykładnię językową pojęcia „artykuł" nie sposób twierdzić, że Odwołujący powinien, utożsamiać „jeden artykuł jednego producenta" z „jednym tuszem jednego producenta", nie zaś jak uczynił to Odwołujący w odrzuconej ofercie z „jednym produktem jednego producenta". Odwołujący zauważył także, że stanowisko Zamawiającego pozostaje niezrozumiałe także przez wzgląd na zapisy załącznika nr 6 do SIWZ, bowiem w kolumnie E tego załącznika Zamawiający posłużył się skrótem „szt.", jednakże zgodnie z tytułem tej rubryki skrót ten odnosi się wyłącznie do „Rodzaju wymiaru ilościowego". W ocenie Odwołującego, jeżeli Zamawiający istotnie wymagałby zaoferowania przez wykonawców „jednej sztuki danego tuszu" to w kolumnie E formularza cenowego przed skrótem „szt." widniałaby cyfra „1" lub słowny zapis „jedna szt.". Odwołujący wyjaśnił, że dokonując logicznej analizy treści SIWZ uznał, że skrót „szt." oznaczać miał wyłącznie jednostkę miary w jakiej wykonawcy mieli zaoferować artykuł (produkt). W konsekwencji Zamawiający odrzucając jego ofertę błędnie zinterpretował postanowienia SIWZ na niekorzyść Odwołującego przyjmując, że wykonawcy będąc zobowiązani do zaoferowania „jednego artykułu jednego producenta dla danej pozycji w formularzu cenowym" mieli w formularzu cenowym określić „jedną sztukę tuszu dla każdej pozycji". W ocenie Odwołującego taka interpretacja jest dowolna i wadliwa oraz nie znajduje

uzasadnienia, ani potwierdzenia w postanowieniach SIWZ. Odwołujący wskazał, że prezentowane przez niego stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku z dnia z dnia 9 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 2618/18, oraz w wyroku z dnia z dnia 9 października 2018 r., sygn. akt KIO 1906/18.

Według Odwołującego miał on prawo interpretować wymagania Zamawiającego w zakresie możliwości zaoferowania dwupaku tuszu rozumianego jako jeden artykuł z uwagi na treść pkt. 2 Załącznika nr 2 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia. Zgodnie z tym dokumentem wykonawcy zobowiązani zostali do zaoferowania materiałów eksploatacyjnych fabrycznie nowych, nieużywanych, wolnych od wad fizycznych i prawnych oraz kompletnych. Skoro zatem na rynku tuszy funkcjonuje produkt firmy HP spełniający wymagania Zamawiającego, który to produkt występuje w dwupaku to uznać należy, że jest to produkt fabrycznie nowy i kompletny oraz powinien być traktowany jako jeden artykuł (produkt), którego zaoferowania wymagał zamawiający. Odwołujący wskazał również, że gdyby podjął próbę ingerencji w substancję produktu zaoferowanego w dwupaku to artykuł ten straciłby cechy nowości, nieużywalności oraz kompletności, których wymagał Zamawiający.

Końcowo Odwołujący stwierdził, że nawet gdyby przyjąć założenie, że miał obowiązek określenia w formularzu cenowym ceny dla jednej sztuki tuszu to zaoferowanie przez niego tuszu w dwupaku ma charakter błędu formalnego, który nie powinien prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego. Takie stanowisko odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 12 stycznia 2018 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2739/17 Izba wskazała, iż o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp wskazał, że Zamawiający dokonał badania jego oferty w sposób sprzeczny z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający dokonał niekorzystnej dla niego interpretacji postanowień SIWZ co skutkowało odrzuceniem oferty. Takie postępowanie Zamawiającego doprowadziło do nieuzasadnionego uprzywilejowania ofert wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone bowiem oferta Odwołującego pomimo spełnienia wymagań Zamawiającego i zawarcia w niej najkorzystniejszej ceny została odrzucona.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 września 2019r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości. Wskazał, że Formularz cenowy jest integralną częścią SIWZ (stanowi załącznik nr 6 do SIWZ), w którym w kolumnie E wyraźnie wskazano, że w poz. 4 i 5 wykonawca zobowiązany jest wskazać jedną sztukę tuszu. Natomiast w przypadku, gdy Zamawiający wymagał dostarczenia kompletu tuszu lub tonera przedmiotowy wymóg expressis verbis zawarł w kolumnie E (LP 15 i 56). Wyjaśnił, że wymóg zaoferowania jednego artykułu jednego producenta należy interpretować w ten sposób, że pod pojęciem artykuł należy rozumieć jedną sztukę lub jeden komplet danego materiału eksploatacyjnego. Wskazanie przez Zamawiającego w SIWZ, że Wykonawca zobligowany jest do dostarczenia jednego artykuł danego producenta miało na celu niedopuszczenie do sytuacji, w której Wykonawca zaproponuje alternatywnie tonery różnych producentów (wówczas nie było by wiadome jaki w rzeczywistości artykuł oferowany jest Zamawiającemu). Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, że toner należy traktować jako złożoną całość. W rozumieniu LP 4 i 5 załącznika nr 6 do SIWZ poprzez toner należy rozumieć pojemnik/kartridż zawierający proszek, trudno więc uznać, że toner stanowi złożoną całość łącznie z drugim tonerem, bowiem w takim układzie mamy do czynienia z dwiema sztukami danego artykułu. Zamawiający podkreślił, że wyraźnie wskazał w kolumnie E wymóg wskazania sztuki produktu, w kolumnie C precyzując, jaką ilość sztuk danego artykułu planuje zamówić. Wyjaśnił ponadto, że Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 09.08.2019 r. przyznał, że zaoferował opakowanie,

które zawiera kilka sztuk tonera („Bez znaczenia pozostaje, czy będzie to jedno opakowanie

zawierające fizycznie kilka sztuk tonera tuszu. czy też jedna kaseta (...).”. Zdaniem Zamawiającego również, definicja sztuki zawarta w Słowniku Języka Polskiego PWN, zgodnie z którą sztuka to pojedynczy przedmiot potwierdza prezentowaną przez niego interpretację. Stwierdził, że nie jest słuszny również zarzut, że dwupak należy traktować jako jeden artykuł. Powyższe, zdaniem Zamawiającego potwierdza, że postanowienia SIWZ są zatem jasne i klarowne, a oferta Odwołującego jest sprzeczna SIWZ w zakresie LP 4 i 5 załącznika nr 6 do SIWZ. W konsekwencji z uwagi na brak zasadności zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1

pkt 2 Pzp Zamawiający za bezzasadny uznał zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Przystępujący - Grupa Marcova Polska Office sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie w piśmie procesowym z dnia 9 września 2019r. wniósł o oddalenie odwołania, stwierdzając, że podniesione w nim zarzuty są bezzasadne. Wskazał, że Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp całkowicie błędnie wywodzi, iż wskazana niezgodność jego oferty z treścią SIWZ, miała charakter formalny. W opinii Przystępującego nie można uznać za uchybienie formalne zaproponowanie w ofercie innego „Rodzaju wymiaru ilościowego" niż wskazany w SIWZ przez Zamawiającego. Wskazał, iż Zamawiający miał prawo określić swoje oczekiwania co do przedmiotu zamówienia i tak też uczynił. Samo stanowisko Odwołującego w tym zakresie jest wewnętrznie sprzeczne, gdyż z jednej strony wskazuje, iż uchybienie miało charakter formalny, a z drugiej strony dokonuje bardzo szerokiej wykładni oświadczeń woli zawartych w SIWZ oraz w swojej ofercie. Przystępujący zauważył ponadto, że Odwołujący prowadząc tak szeroko polemikę z wykładnią treści SIWZ oraz treści swojej oferty, w rzeczywistości zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 65 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w związku z art. 14 Pzp. Jednak taki zarzut ze wskazaniem naruszonych przepisów Pzp w odwołaniu się nie pojawił. Przystępujący podniósł, że niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ wynika wyłącznie z braku należytej staranności po stronie Odwołującego w przygotowaniu oferty. Obecnie na etapie postępowania odwoławczego, Odwołujący podejmuje nieudolną próbę uniknięcia niekorzystnych skutków własnych działań i zaniechań. W jego opinii Odwołujący całkowicie pominął okoliczność (wskazaną w uzasadnieniu odrzucenia oferty z dnia 23 sierpnia 2019 r.) a dotyczącą składanych przez Odwołującego wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający w Informacji o odrzuceniu oferty powołał się na tą korespondencję jako element podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Natomiast sam Odwołujący w odwołaniu pominął tę okoliczność, nie sformułował żadnych zarzutów w tym zakresie lub twierdzeń, w związku z czym jest to okoliczność bezsporna dla Odwołującego. W ocenie Przystępującego można zakładać, iż dopiero na etapie odwołania Odwołujący dokonał zaproponowanej przez siebie interpretacji treści SIWZ i swojej oferty, jaką prezentuje w zarzutach i ich uzasadnieniu. Wcześniej, na etapie postępowania, w tym postępowania wyjaśniającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, nie dokonywał takiej wykładni oświadczeń woli Zamawiającego oraz swoich zawartych w SIWZ i w ofercie.

Odwołujący w złożonym na rozprawie piśmie procesowym wskazał, że tak Zamawiający jak i Przystępujący nie przedstawili żadnych argumentów, na podstawie których można byłoby stwierdzić, że w niniejszym postępowaniu złożył ofertę niezgodną z postanowieniami SIWZ. Podkreślił, iż całkowicie pominęli treść SIWZ, z której wprost miałby wynikać jednoznacznie, że Zamawiający wymagał wskazania w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ „ceny dla jednej sztuki tuszu". Odwołujący podkreślił, że treść SIWZ jak i treść załączników do SIWZ nie zawierają jednoznacznego stwierdzenia, że Zamawiający wymagał określenia w formularzu cenowym „ceny jednostkowej dla jednej sztuki tuszu". Zamawiający oczekiwał zaoferowania „jednego artykułu jednego producenta". Tym samym oferta Odwołującego odpowiada treści SIWZ, albowiem Odwołujący zgodnie z treścią SIWZ zaoferował dla pozycji 4 i 5 załącznika nr 6 do SIWZ jeden artykuł jednego producenta dla każdej tych pozycji, tj. uczynił to zgodnie z treścią SIWZ i oczekiwaniami Zamawiającego. Dodatkowo Odwołujący podniósł, że Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ wyłącznie w przypadku, gdy niezgodność ta ma charakter jednoznaczny tj. zostaje stwierdzona na podstawie konkretnego i precyzyjnego postanowienia SIWZ. Jednocześnie wszelkie wątpliwości, które mogą wynikać z treści opisu przedmiotu zamówienia, należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Odrzucanie oferty wykonawcy na podstawie przesłanek, które nie zostały jednoznacznie wskazane w treści SIWZ, stanowi również przejaw naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym niemniej zawsze należy wykazać na czym konkretnie ta niezgodność polega, poprzez jednoznacznie wskazanie w ofercie co nie jest zgodne i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia, ewentualnie również z uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami i wyjaśnieniami zamawiającego (zob. wyrok KIO z dnia 08.02.2019r. sygn. akt KIO 144/19).

W świetle powyższego Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty nie wskazał konkretnego i precyzyjnego postanowienia SIWZ, na podstawie którego uznać można, że złożona przez niego oferta nie odpowiada treści SIWZ. W ocenie Odwołującego zarówno Zamawiający jak i Przystępujący nadinterpretują postanowienia SIWZ twierdząc, że Zamawiający wymagał przedstawienia w formularzu cenowym „ceny dla jednej sztuki tuszu".

Kolejno Odwołujący wskazał, że nie można zgodzić się z twierdzeniem, że gdyby Zamawiający dopuszczał zaoferowanie tuszy w dwupaku to w odpowiedniej pozycji formularza cenowego zawarłby sformułowanie „komplet". Odwołujący zauważył, że Zamawiający w załączniku nr 6 do SIWZ - Formularz cenowy jedynie w dwóch pozycjach nr 15 i 56 określił rodzaj wymiaru ilościowego jako „komplet". Pozycje te odnoszą się jednak do tuszy

kolorowych, w których wyróżnia się kilka kolorów, zaś Zamawiający określając dla tych pozycji wymóg zaoferowania kompletu chciał, aby oferenci dostarczyli mu wszystkie kolory tuszu. Podkreślenia wymaga fakt, iż rzekoma zarzucona Odwołującemu niezgodność oferty z treścią SIWZ odnosi się do pozycji nr 4 i 5 formularza cenowego, które dotyczą tuszu w kolorze czarnym. Z tych przyczyn Zamawiający nie mógł dla tej pozycji określić wymiaru ilościowego jako „komplet" bowiem na rynku tuszy nie wyróżnia się tuszu czarnego w różnych wariantach kolorystycznych.

Odwołujący nie zgodził się z interpretacją formularza cenowego prezentowaną przez Zamawiającego i Przystępującego jakoby Zamawiający wymagał określenia w formularzu cenowym „ceny za jeden tusz", co wynikać ma z zastosowania w kolumnie E formularza cenowego - Rodzaj wymiaru ilościowego określenia sztuka. W ocenie Odwołującego kluczem do właściwej interpretacji wymagań zamawiającego jest sformułowanie zawarte w § 12 ust. 5 (str. 13 SIWZ) oraz w komentarzu zamawiającego znajdującym się pod tabelą formularza cenowego (załącznik nr 6 do SIWZ). W obu wskazanych miejscach Zamawiający wyjaśnił expressis verbis, że „wymaga, aby wykonawca zaoferował jeden artykuł jednego producenta dla danej pozycji.". Odwołujący podtrzymał, z których wynika, że pojęcie artykułu nie jest tożsame z pojęciem pojedynczego tuszu i należy je rozumieć szeroko. W niniejszej sprawie

Odwołujący miał zatem prawo uznać za jeden artykuł jednego producenta tusz, który przez producenta jest sprzedawany jako jeden produkt (towar, artykuł). Jest to uzasadnione o tyle, że artykuł w odniesieniu do towarów (produktów) to określenie używane zwłaszcza w oznaczaniu towarów symbolami lub kodami cyfrowymi. Na dowód tego, że Odwołujący zaoferował jeden artykuł w rozumieniu postanowień SIWZ przedłożył wydruk ze strony producenta tuszu HP z dnia 5 września 2019 r. zawierający zdjęcie produktu oraz specyfikację techniczną produktu. Odwołujący wskazał, że ze zdjęcia produktu wynika, że zaoferowany przez niego dwupak tuszy stanowi „jeden artykuł jednego producenta" bowiem fizycznie znajduje się w jednym oryginalnym opakowaniu posiadającym jeden kod kreskowy. Dodatkowo Odwołujący stwierdził, że dla oceny czym jest „jeden artykuł" pomocniczo można posłużyć się przepisem art. 106e ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, dowody i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia - Grupa Marcova Polska Office Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała wyłącznie w granicach zarzutów w nim zawartych. Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła:

Zamawiający w dniu 23 sierpnia 2019r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazując:

„Zamawiający pismem z dnia 6 sierpnia 2019 r. wezwał na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy o Pzp, Wykonawcę firmę GOLDEN LINE Sp. z o.o. ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Wykonawca złożył wyjaśnienia w których odniósł się do poz. nr 4, 5, 23, 24, 25, 26 załącznika nr 6 do SIWZ Formularz cenowy - Opis przedmiotu zamówienia cz. I - Materiały eksploatacyjne gwarantowane.

Zamawiający odnosząc się do wyjaśnień Wykonawcy w zakresie poz. nr 4 załącznika nr 6 do SIWZ Formularz cenowy - Opis przedmiotu zamówienia cz. I - Materiały eksploatacyjne gwarantowane pragnie zauważyć, że niniejsze wyjaśnienia Wykonawcy nie są wystarczające, gdyż w kolumnie E tj. „Rodzaj wymiaru ilościowego" formularza cenowego Zamawiający określił jednostkę ilości w sztukach, a nie w opakowaniach. Wykonawca zaoferował tusz o

symbolu, CB331 EE, symbol ten oznacza dwupak tuszy, co wskazuje na 2 sztuki tuszu w poz.

nr 4 formularza cenowego. W związku z powyższym, Wykonawca zaoferował produkt niezgodny z wymaganiami Zamawiającego i zapisami SIWZ.

W zakresie poz. nr 5 załącznika nr 6 do SIWZ Formularz cenowy - Opis przedmiotu zamówienia cz. I - Materiały eksploatacyjne gwarantowane w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Wykonawcy nie są wystarczające, gdyż w kolumnie E tj. „Rodzaj wymiaru ilościowego" formularza cenowego Zamawiający określił jednostkę ilości w sztukach, a nie w opakowaniach. Wykonawca zaoferował tusz HP o symbolu, CB332EE, symbol ten oznacza dwupak tuszy, co wskazuje na 2 sztuki tuszu w poz. nr 5 formularza cenowego. W związku z powyższym, Wykonawca zaoferował produkt niezgodny z wymaganiami Zamawiającego i zapisami SIWZ.

Opisane powyżej niezgodności są jednoznaczne i oczywiste w związku z powyższym,

oferta Wykonawcy GOLDEN LINE Sp. z o.o. w zakresie pozycji nr 4, 5 formularza cenowego

- Opis przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 6 do SIWZ) jest niezgodna z wymaganiami i zapisami SIWZ. W związku z powyższym, Zamawiający odrzuca ofertę GOLDEN LINE sp. z o.o. ul. Krakowska 150, 35- 506 Rzeszów na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.”

Izba zważyła:

Na wstępie wskazać należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Wskazać należy, iż zastosowanie dyspozycji wskazanego przepisu jako podstawy odrzucenia oferty znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też w orzecznictwie Sądów Okręgowych i Izby. Podsumowując zawarte tam stanowisko wskazać należy, iż niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezgodność taka dotyczyć ma sfery merytorycznej zobowiązania określonego w SIWZ oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez Wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy. Ponadto należy wykazać na czym konkretnie ta niezgodność polega, poprzez jednoznacznie wskazanie w ofercie co nie jest zgodne i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia, ewentualnie również z uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami i wyjaśnieniami Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze można przyjąć, iż niezgodność oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje Zamawiający i które opisał w SIWZ, ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego). Natomiast zastosowanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp możliwe jest jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ - na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty, wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu, lub przeprowadzenia

dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (por. wyrok KIO 1974/17 z 23 września 2015 r.)

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Izba uznała zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp za niezasadny.

Wskazać należy, że Zamawiający w kolumnie E „Rodzaj wymiaru ilościowego”

załącznika nr 6 do SIWZ - Formularz cenowy cz. I Materiały eksploatacyjne gwarantowane określił jednostkę ilości w sztukach, w odniesieniu do której wykonawcy musieli podać cenę

jednostkową brutto (kolumna G Formularza cenowego) oraz podać wydajność lub pojemność tej sztuki (kolumna I), przy czym wydajność tej sztuki musiała spełniać wymóg zawarty w kolumnie D „Minimalna liczba stron przy zadrukowaniu 5% lub pojemność tuszu W kolumnie B Zamawiający natomiast wskazał nazwę materiału eksploatacyjnego którego ma dotyczyć wycena.

Odwołujący w kolumnie I Formularza cenowego „Nazwa producenta, marka i symbol nadany przez producenta oferowanego produktu oraz parametry materiału eksploatacyjnego (wydajność lub pojemność)” podał w pozycji 4 - HP CB331EE/960 stron, natomiast w pozycji

5 - HP CB332EE/660stron.

Zamawiający pismem z dnia 6 sierpnia 2019r. wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień m. in. w zakresie pozycji 4 i 5 Formularza cenowego. W piśmie tym Zamawiający wskazał, że zgodnie z pozyskanymi przez niego informacjami, zaoferowane przez Odwołującego produkty w ww. pozycjach są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, w poniższym zakresie:

1) poz. 4 - Zamawiający w pozycji nr 4 Formularza cenowego - Opis przedmiotu

zamówienia (Załącznik nr 6 do SIWZ) wymagał: Tuszu do drukarki HP DeskJet 6840 czarny - 10 szt. na minimalną ilość stron przy zadrukowaniu 5% 800 stron. Odwołujący natomiast zaoferował tusz HP o symbolu, CB331EE, który to symbol oznacza dwupak tuszy. Zamawiający wskazał, że wymagał wyceny pojedynczej sztuki tuszu (podana jednostka miary w kolumnie G to szt.) o wydajności minimum 800 stron. Odwołujący zaoferował 2 sztuki tuszu o wydajności 480 stron i tym samym złożył odmienną od wymaganej ofertę i zupełnie inny wariant produktowy niż opisany i wymagany przez Zamawiającego;

2) poz. 5 - Zamawiający, w pozycji nr 5 Formularza cenowego - Opis przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 6 do SIWZ) wymagał: Tuszu do drukarki HP DeskJet 6840 kolor 10 szt. na minimalną ilość stron przy zadrukowaniu 5% - 450 stron. Odwołujący zaoferował HP, CB332EE, który to symbol oznacza dwupak tuszy. Zamawiający wskazał, że również w tej pozycji wymagał wyceny pojedynczej sztuki tuszu (podana jednostka miary w kolumnie G to

szt.) o wydajności minimum 450 stron. Odwołujący zaoferował 2 sztuki tuszu o wydajności 330 stron i tym samym złożył odmienną od wymaganej ofertę i zupełnie inny wariant produktowy niż opisany i wymagany przez Zamawiającego.

Udzielając odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 9 sierpnia 2019r. wskazał, że w pozycji numer 4 Formularza cenowego zaoferował tusz HP o symbolu CB331EE, podając wydajność produktu w ilości 960 stron. Wyjaśnił, że produkt ten stanowił dwupak tuszy, będący jednym artykułem. Wyjaśnił także, że w pozycji numer 5 Formularza

cenowego również zaoferowaliśmy tusz HP o symbolu CB332EE, podając wydajność produktu w ilości 660 stron. Wskazał, że zaoferował w pozycji tej dwupak tuszy, będący jednym artykułem.

Uwzględniając tak ustalony stan faktyczny oraz wymogi Zamawiającego dotyczące sposobu wypełnienia Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, to w pierwszej kolejności podkreślić należy, że skład orzekający uznał, że Zamawiający w sposób jasny, jednoznaczny i niebudzący wątpliwości wskazał swoje wymagania w zakresie sposobu wypełnienia Formularza. Dlatego też Izba nie podzieliła zarzutów Odwołującego co do niejednoznaczności wymogu zawartego w kolumnie E tego formularza. Podkreślić bowiem należy, że Zamawiający w sposób konkretny podał, że obowiązkiem wykonawców jest wycena „sztuki” oferowanego produktu o konkretnej wydajności (kolumna D) dla urządzenia eksploatacyjnego w spornych w niniejszym postępowaniu pozycjach nr 4 i 5 Formularza. Tym samym, w ocenie składu orzekającego, argumenty Odwołującego, że Zamawiający oczekując wyceny jednej sztuki tuszu winien przy określeniu „szt.” podać cyfrę „1” jest nieuzasadnione. Podkreślić bowiem należy, że pojęcie sztuka oznacza pojedynczy egzemplarz, nie ma więc

konieczności precyzowania jasnego i niebudzącego żadnych wątpliwości interpretacyjnych pojęcia. Wskazać ponadto należy, odnosząc się do stanowiska Odwołującego, że Zamawiający oczekiwał wyceny „jednego artykułu jednego producenta", że w kolumnie B, Zamawiający w sposób szczegółowy opisał ten artykuł, a w kolumnie E wskazał na obowiązek podania ceny i wydajności w odniesieniu do jednej sztuki tego artykułu. W konsekwencji zaoferowanie przez Odwołującego zestawu składającego się z dwóch sztuk konkretnego artykułu/materiału eksploatacyjnego jest niezgodne z wymogiem zawartym w kolumnie E w zakresie dotyczącym pozycji nr 4 i nr 5, a więc Zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Powyższe uchybienie nie miało także, wbrew stanowisku Odwołującego, charakteru formalnego. Podkreślić należy, że formalna niezgodność oferty ma miejsce wtedy, kiedy dotyczy ona np. sposobu sporządzenia i przedstawienia oferty, nie zaś jak w niniejszej sprawie, gdy oferta nie odpowiada wymogowi zawartemu w Formularzu co do sposobu wyceny sztuki tuszu. Podkreślić należy, że twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty nie wskazał postanowienia SIWZ z którym jest niezgodna również jest twierdzeniem nie znajdującym potwierdzenia w rozpoznawanym stanie faktycznym. Wyjaśnić bowiem należy, że w informacji tej Zamawiający w sposób wyraźny wskazał, że oferta jest niezgodna w zakresie pozycji nr 4 i 5 Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ.

W konsekwencji uznania, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie doszło do naruszenia także przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący:.....