Sygn. akt KIO 3530/20

WYROK
z dnia 2 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Packo

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Kompania Biurowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Apelacyjny w Poznaniu**
przy udziale wykonawcy **Konsorcjum Biuro Klub Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach Dolnych** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie,
2.kosztami postępowania obciąża Kompanię Biurową Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i:
- **2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Kompanię Biurową Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,**
- **2.2.zasądza od Kompanii Biurowej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Sądu Apelacyjnego w Poznaniu kwotę 4 203 złote 80 groszy (słownie: cztery tysiące dwieście trzy złote osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia
11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.)
w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok
– w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 3530/20

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

Zamawiający – Sąd Apelacyjny w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę materiałów biurowych dla sądów apelacji poznańskiej na rok 2021" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U.
z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 sierpnia 2020 r. w dzienniku urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 172-413792. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
II Stanowisko Odwołującego
Odwołujący – Kompania Biurowa Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o., zwanego dalej „Przystępującym", której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako oferty najkorzystniejszej, tym samym doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności uznania, iż oferta Przystępującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdy w rzeczywistości, oferta ta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym samym doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji,
4. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.
Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji:
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego,
3. dokonanie czynności ponownego wyboru oferty spełniającej warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako oferty najkorzystniejszej w oparciu o ustalone kryteria, którą jest oferta Odwołującego,
4. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowych materiałów biurowych dla sądów apelacji poznańskiej na rok 2021, w części nr 1 – artykuły biurowe – papier i koperty. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierający specyfikację techniczną, tj. rodzaj, parametry materiałów biurowych w podziale na poszczególne części zamówienia określono w załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – formularz cenowy.
Zgodnie z rozdziałem 10. specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Opis sposobu przygotowania ofert treść oferty stanowi również wypełniony przez wykonawcę formularz cenowy zawierający szczegółowy opis przedmiotu zamówienia sporządzony
z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawiera następujące dane dotyczące oferowanego przez wykonawcę w postępowaniu asortymentu: przedmiot zamówienia, jednostka miary, ilość, dane oferowanego artykułu (nazwa handlowa, symbol lub model producenta lub importera/dystrybutora), cena jednostkowa brutto. Zatem

identyfikował co do tożsamości przedmiot oferty wykonawców. W szczególności załącznik zawierał wymóg konkretyzacji oferowanego asortymentu zawarty w punkcie 1.: Wykonawca w kolumnie nr 5, 6 i 7 wpisuje informacje jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację. To jest kolejno dane: 5: nazwa handlowa; 6: symbol lub model producenta lub importera/dystrybutora; oraz 7: producent lub importer/dystrybutor.
Załącznik nr 2 stanowi treść oferty wykonawców w postępowaniu *sensu stricto* i zawiera identyfikację oferowanego asortymentu oraz jego wycenę. Uwzględniając charakter załącznika nr 2 oraz danych w nim zawartych jako treści oferty nie podlega on możliwości uzupełnienia ani poprawiania jakichkolwiek wad w nim zawartych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem nie dotyczy treści oferty. Niezgodność zaoferowanego asortymentu z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia określonymi w opisie przedmiotu zamówienia stanowi o obowiązku odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zamawiający wymagał zaoferowania w załączniku nr 2, w pozycjach nr 28, 32, 39 odpowiedni:
poz. 28.: koperta DL SK o/prawe, gramatura 80 g/m^2, poddruk niebieski, kolor biały,
poz. 32.: koperta C3 z paskiem (HK), gramatura 110 g/m^2, kolor biały,
poz. 39.: koperta C3 z paskiem (HK), gramatura 110 g/m^2, kolor brązowy.
Przystępujący w powyższych pozycjach zaoferował odpowiednio:
koperta DL SK o/prawe, gramatura 80 g/m^2, poddruk niebieski, kolor biały – dane oferowanego produktu – 2205, producent – Bong,
koperta C3 z paskiem (HK), gramatura 110 g/m^2, kolor biały – dane oferowanego produktu – produkt na zamówienie – brak kodu, producent – AG Koperty,
koperta C3 z paskiem (HK), gramatura 110 g/m^2, kolor brązowy – dane oferowanego produktu – produkt na zamówienie – brak kodu, producent – AG Koperty.
Zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca w kolumnie nr 5, 6 i 7 miał wpisać informacje jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację.
W pozycji 28. została zaoferowana koperta Bong o symbolu 2205, która zgodnie z kartą produktu załączoną przez Odwołującego posiada gramaturę 75 g oraz stalowy poddruk. Produkt ten należy do popularnej i zastrzeżonej znakiem towarowym Business Mail serii kopert standardowych oferowanych przez producenta Bong, charakteryzującej się szarym poddrukiem, o czym świadczy opis tej kategorii w ofercie producenta.
Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożył oświadczenie producenta Bong zawierające twierdzenie, iż koperta o symbolu 2205 występuje dwóch wariantach poddruku (szarym i niebieskim) oraz w dwóch wariantach gramatury papieru (75 g i 80 g). Oświadczenie to powinno być wystarczającym do odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty nieskonkretyzowanej, a wręcz wariantowej. W ofercie Przystępującego w pozycji 28. zostały podane informacje w kolumnach nr 5, 6 i 7: „Koperta DL SK o/prawe, poddruk niebieski, kolor biały, op. 1000szt. \ 2205 \ Bong". Brak jest informacji o gramaturze oferowanej koperty, a zgodnie z oświadczeniem producenta złożonym wraz z wyjaśnieniami treści oferty przez Przystępującego w toku badania ofert koperta o symbolu 2205 występuje w różnych wariantach.
Zamawiający posiadając tak szczątkowe dane o zaoferowanych produktach nie miał możliwości rzetelnej oceny złożonej oferty. Wskazane, przez firmę Przystępującego dane nie pozwalają stwierdzić, czy oferowane produkty spełniają minimalne parametry wymagane przez Zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrywała wiele podobnych spraw, orzekając jednoznacznie, iż tak złożona oferta winna być odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (np. KIO 1060/17).
Zgodnie z wyrokiem KIO 2621/20 zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty jedynie na podstawie jej treści i niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych. Wykonawca miałby wówczas możliwość manipulowania treścią oferty. Zamawiający zaś byłby niepewny co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia i nie mógłby rzetelnie sprawdzić jego zgodności z wymaganiami opisanymi
w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (KIO 652/19, KIO 2621/20). W wyroku KIO 423/18 Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący zaniechania przez zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem wyjaśnienia w tym trybie mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione. Przepis ten natomiast wprost zabrania dokonywania negocjacji zamawiającego z wykonawcami oraz dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, jeśli nie mieszczą się one w dyspozycji art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niewątpliwie zmianą taką byłoby wskazanie dodatkowych cech oferowanych rozwiązań, istotnych z punktu widzenia spełniania wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym doprecyzowanie modelu oferowanego urządzenia. Treść oferty precyzująca oferowane produkty i rozwiązania musi być ustalona w terminie składania ofert
i nie może podlegać dookreśleniu po upływie tego terminu.
Próba skonkretyzowania oferty przez Przystępującego jest procederem niedopuszczalnym. Oferta złożona przez tę firmę nie spełnia wymagań Zamawiającego i powinna podlegać odrzuceniu.
Zaoferowanych w pozycjach 32. i 39. produktów nie można zidentyfikować na podstawie podanych przez Przystępującego danych. Zamawiający wymagał podania w kolumnie nr 6 symbolu lub modelu producenta lub importera/dystrybutora oferowanego artykułu. Przystępujący nie podał ww. symbolu pomimo, że podany producent, tj. AG Koperty dysponuje takimi kodami.
W wyjaśnieniach do postępowania z 14 września 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi dotyczącej posłużenia się kodem EAN, jeśli dany produkt nie posiada innego kodu nadanego przez producenta. Producent AG Koperty posiada kody EAN dla kopert odpowiadających wymaganiom postawionym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pozycjach 32.
i 39. załącznika nr 2.
Przystępujący posiadał wiedzę o kodach EAN, ponieważ w tożsamym postępowaniu prowadzonym w roku 2018 posłużył się kodami EAN dla identyfikacji ww. asortymentu, co potwierdza wykaz asortymentowo-cenowy złożony w 2018 oraz wydruk ze strony producenta /katalog kopert nietypowych AG koperty oraz wydruk z katalogu GS1 zajmującej się standaryzacją kodów EAN dla kodów 5902221642128 i 5902221642456 użytych już w roku 2018 przez Przystępującego w tożsamej ofercie.
Przystępujący nie wziął pod uwagę wymogu Zamawiającego, że wykonawca w kolumnie nr 5, 6 i 7 ma wpisać informacje

jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację. To na wykonawcy jako podmiocie profesjonalnym spoczywa obowiązek szczegółowego zapoznania się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia i rzetelnego skonstruowania oferty w sposób zgodny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Warunek przygotowania oferty jednoznacznej, pozwalającej na identyfikację produktów nie został spełniony. Przystępujący, próbując wyjaśnić treść złożonej oferty, posłużył się oświadczeniami producentów o wycenionym dla nich asortymencie. Jednak zgodnie z wyrokiem KIO 954/14 oświadczenie takie nie ma żadnej mocy dowodowej. Nie jest to oferta tej spółki, zatem
i deklaracja tego podmiotu nie ma mocy wyjaśnienia tej oferty. To, co zostało zaoferowane, wynika z samej oferty. Choć błąd jest drobny, a zamawiający w efekcie otrzymałby długopisy zgodne z wymaganiami, zaakceptowanie takiego „naprawienia" oferty wyjaśnieniami godziłoby w interesy innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, zwłaszcza odwołującego i naruszałoby uczciwą konkurencję pomiędzy tymi wykonawcami.
Odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia następuje, kiedy zamawiający nie jest w stanie zidentyfikować oferowanego zamówienia, pomimo że postawił wymóg dotyczący obowiązków identyfikacyjnych oferowanego zamówienia.
III Stanowisko Zamawiającego
Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę wnoszącego odwołanie, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.
Zamawiający nie zgodził się z zarzutami Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego czynność wyboru oferty Przystępującego została dokonana w sposób prawidłowy i zgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a procedura wyjaśniająca w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych została przeprowadzona przez Zamawiającego
w sposób zgodny z przepisami prawa i potwierdziła zgodność zaoferowanego asortymentu
z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji, nie zmieniając treści oferty Przystępującego.
Zarzuty Odwołującego w istocie sprowadzają się do kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty Przystępującego, w sytuacji, gdy w opinii Odwołującego winna zostać ona odrzucona, w efekcie czego to oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą. W związku z powyższym należy uznać, iż Odwołujący zarzucił jedynie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ma być tylko konsekwencją tego naruszenia.
Przedmiotem zarzutów są pozycje nr 28, 32 i 39 formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający określił, iż wymaga zaoferowania następującego asortymentu:
poz. 28. – koperta DL SK o/prawe, gramatura 80g/m^2, poddruk niebieski, kolor biały,
poz. 32. – koperta C3 z paskiem (HK), gramatura 110g/m^2, kolor biały,
poz. 39. – koperta C3 z paskiem (HK), gramatura 110g/m^2, kolor brązowy.
Przystępujący w zakresie:
poz. 28. zaoferował produkt: koperta DL SK o/prawe, poddruk niebieski, kolor biały, op. 1000 szt./symbol: 2205/ producent: Bong,
poz. 32. zaoferował produkt: koperta C3 z paskiem HK, gramatura 110g/m^2, kolor biały, op. 250 szt./symbol: produkt na zamówienie – brak kodu/ producent: AG Koperty,
poz. 39 .zaoferował produkt: koperta C3 z paskiem HK, gramatura 110g/m^2 kolor brązowy, op. 250 szt./ symbol: produkt na zamówienie – brak kodu/ producent: AG Koperty.
W wyniku wyjaśnień dokonanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Przystępujący potwierdził, iż produkty oferowane w zakresie powyższych pozycji formularza cenowego spełniają wszelkie wymagania Zamawiającego zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz są jednoznaczne do zidentyfikowania. Jednocześnie wyjaśnienia Przystępującego nie zmieniają treści jego oferty. Wbrew błędnemu stanowisku Odwołującego w niniejszym postępowaniu nie doszło do uzupełnienia ani poprawienia wad oferty Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem wad tej oferty w wyniku wyjaśnień Przystępującego nie stwierdzono. Zamawiający powziął wątpliwość co do przedmiotowych pozycji formularza cenowego, niemniej Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rozwiał je w sposób dostateczny, potwierdzając, iż oferowane produkty spełniają wymagania Zamawiającego zawarte w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W żadnym razie wezwania do wyjaśnień nie można uznać za prowadzenie negocjacji z Przystępującym.
W stosunku do pozycji 28. formularza cenowego Odwołujący powołuje się na załączoną przez siebie kartę produktu „koperty DL SK o/prawe, gramatura 80 g/m^2, poddruk niebieski, kolor biały", która wskazuje, iż produkt ten posiada gramaturę 75 g oraz stalowy poddruk.
W odpowiedzi na wezwania Zamawiającego do wyjaśnień z 6 listopada 2020 r., 25 listopada 2020 r. oraz 14 grudnia 2020 r. Przystępujący potwierdził jednakże w sposób nie budzący wątpliwości, że zaoferowany asortyment spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W piśmie z 9 listopada 2020 r. Przystępujący potwierdził, iż przedmiotowe koperty posiadają gramaturę 80 g/m^2 zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie, załączając jednocześnie oświadczenie producenta (mail z 9 listopada 2020 r.), które potwierdziło, że do przedmiotowego przetargu została wyceniona koperta DL z oknem prawym o gramaturze 80 g, symbol Bong 2205. Przystępujący w piśmie z 27 listopada 2020 r., w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, przekazał ponadto kartę katalogową tego producenta, która potwierdziła parametry wymagane przez Zamawiającego. Następnie w wyniku powzięcia wątpliwości przez Zamawiającego w zakresie rozbieżności pomiędzy kartami katalogowymi udostępnionymi przez Odwołującego i Przystępującego, Zamawiający ponownie wezwał Przystępującego do wyjaśnień w tym zakresie. Przystępujący w swoim piśmie z 16 grudnia 2020 r. wyjaśnił, iż producent nie posiada odmiennych symboli dla kopert o gramaturach 75g/m^2 i 80g/m^2 oraz poddrukach niebieskim i stalowym. Dodatkowo Przystępujący potwierdził, iż załączona przez niego w wyjaśnieniach z 27 listopada 2020 r. karta produktu jest aktualna na dzień składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i ponownie potwierdził zgodność parametrów oferowanego produktu. Nadto Przystępujący załączył oświadczenie producenta, potwierdzające zgodność produktu z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz korespondencję mailową z producentem sprzed dnia składania ofert, która ostatecznie potwierdziła zgodność koperty z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący traktuje oświadczenie producenta w sposób wybiórczy i nie zauważa, iż producent jednoznacznie stwierdza w ostatnim jego zdaniu: „Ponadto ponownie potwierdzamy, że dla firmy Konsorcjum Biuro Klub

Sp. z o.o., do postępowania dla Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, została wyceniona koperta DL SK, biała z oknem prawym o gramaturze 80g/m^2 i poddrukiem niebieskim, posiadająca kod 2205."
Przystępujący na każde wezwanie do wyjaśnień Zamawiającego zawsze potwierdzał, że oferta w tej części jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
W ostatniej odpowiedzi Przystępujący, pismem z 16 grudnia 2020 r., powołał się na zapytanie ofertowe do producenta załączając mu listę asortymentową, którą był formularz cenowy pochodzący od Zamawiającego z prośbą o podanie symboli/nr katalogowych oferowanych produktów (mail z 7 września 2020 r.). Wykazując należytą staranność w mailu tym zaznaczył producentowi, że „Jeżeli parametry oferowanych produktów różnią się, proszę o wpisanie różnic w uwagach". Przystępujący załączył producentowi formularz cenowy, w którym w kolumnie 2. (przedmiot zamówienia), w poz. 28. jasno poproszono producenta o ofertę na „kopertę DL SK o/prawe, gramatura 80g/m^2, poddruk niebieski, kolor biały" i producent złożył Przystępującemu ofertę właśnie na ten produkt. Jednocześnie nie ujawniono żadnych różnic co do parametrów wymaganych przez Zamawiającego w chwili składania oferty przez producenta Przystępującemu. Z dokumentacji pochodzącej od Przystępującego wynikającej z korespondencji z producentem, nie wynika, jakoby Przystępujący mógł przypuszczać, iż pod symbolem producenta 2205 mieszczą się dwie różne koperty o gramaturze 75 i 80 g. Przystępujący złożył zapytanie ofertowe na kopertę wymaganą przez Zamawiającego o gramaturze 80 g z poddrukiem niebieskim i w przekonaniu Zamawiającego taką ofertę od producenta otrzymał. Są to zatem okoliczności od Przystępującego niezależne, a zależne od producenta. Nie sposób jest bowiem wykazać, aby Przystępujący wiedział lub działając z należytą starannością powinien wiedzieć, że pod symbolem 2205 mogą mieścić się dwie różne gramatury, miał prawo z całą pewnością zakładać, iż oferta producenta jest w pełni zgodna z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skoro producent złożył Przystępującemu ofertę na kopertę o gramaturze 80 g, nie zgłaszając żadnych zastrzeżeń co do parametrów oferowanego produktu.
W formularzu cenowym dla poz. 28. w kolumnie nr 5 (nazwa handlowa) Przystępujący wskazał nazwę handlową producenta: „Koperta DL SK o/prawe, poddruk niebieski, kolor biały, op. 1000 szt.". W ocenie Zamawiającego pod wymogiem podania nazwy handlowej nie kryje się konieczność wpisania gramatury w tej pozycji. Nadto nazwa handlowa producenta jest okolicznością od Przystępującego niezależną, a jednocześnie w kolumnie nr 2 Przystępujący oświadcza, że składa ofertę na kopertę DL SK o/prawe, gramatura 80g/m^2, poddruk niebieski, kolor biały. Zarzut Odwołującego co do braku informacji o gramaturze oferowanej koperty należy więc uznać za chybiony.
Odwołujący w treści swoich pism do Zamawiającego oraz w odwołaniu podnosi okoliczności związane z przedstawioną przez niego kartą katalogową, rzekomo odmienną od dokumentacji złożonej przez Przystępującego. Odwołujący nie zauważył, iż Zamawiający nie wymagał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedstawienia kart katalogowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, iż karty te nie były częścią oferty Przystępującego, a tym samym oferta Przystępującego w tej części nie była wadliwa. Przystępujący w wyjaśnieniach w sposób jednoznaczny potwierdził, iż Zamawiający może być pewny zgodności asortymentu z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z wyrokiem KIO 2069/20 i KIO 2074/20 o tym, jak oceniać składane z ofertą karty katalogowe rozstrzyga przede wszystkim art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który klasyfikuje karty katalogowe jako potwierdzenie, że oferowany produkt/urządzenie spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ocena tego rodzaju dokumentów jako potwierdzających wymagania specyfikacji jest zależna od postanowień specyfikacji, ale zawsze powinna być dokonywana na tle art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który zalicza je do dokumentów podlegających uzupełnieniu, poprawieniu, czy też wyjaśnieniu, na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Te cechy odbierają kartom katalogowym charakter treści oferty, która co do zasady nie ma prawa być zmieniana, uzupełniana, a wyjątkowo – jeżeli jest poprawiana czy też wyjaśniana – to w ramach dyspozycji art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych. Każdy zamawiający, jeżeli chce nadać karcie katalogowej charakter treści oferty, powinien doprowadzić do przekształcenia jej, co najczęściej czyni, w formularz/wykaz ofertowy. Dopiero taki formularz/wykaz stanowi oświadczenie oferenta o gwarantowanych cechach technicznych, technologicznych, funkcjonalnych, wyczerpujących wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który dla jego ważności oprócz najczęściej wypełnienia, zawsze wymaga złożenia podpisu oferenta. Często zamawiający dla potwierdzenia realności oświadczenia oferenta, złożonego w formie formularza/wykazu, dodatkowo wymaga załączenia karty katalogowej, co nadal nie oznacza, że karta katalogowa staje się treścią oferty.
Mylny jest też zarzut Odwołującego w zakresie wariantowości oferty Przystępującego. Zgodnie z wyrokiem KIO 2674/13, nawet w sytuacji, gdy ulotka lub katalog, a więc dokumenty pochodzące od producenta i często niezależne od wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu, przewidują kilka wariantów części danego urządzenia, nie oznacza to, że wykonawca ten złożył ofertę wariantową. Przy analizie treści oferty należy analizować wszystkie oświadczenia i dokumenty składające się na treść oferty, a więc także brać pod uwagę złożone w ofercie oświadczenie wykonawcy.
Oferta wariantowa, zgodnie z doktryną i orzecznictwem, to oferta w której wykonawca przedstawia różne sposoby wykonania zamówienia, z których co najmniej jeden jest odmienny niż określony przez zamawiającego. W ocenie Zamawiającego w zaistniałej sytuacji nie mamy do czynienia z zaoferowaniem przez Przystępującego dwóch różnych sposobów wykonania zamówienia.
Błędne jest stanowisko Odwołującego w zakresie dokonania niedopuszczalnego doprecyzowania treści oferty po upływie terminu na jej złożenie, zmiany treści oferty Przestępującego i prowadzenia z nim negocjacji. W wyroku KIO 2083/19 Izba stwierdziła, że wykonawca musi wykazać zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na dzień składania ofert i to zarówno w zakresie rozwiązań wprost opisanych w specyfikacji, jak i rozwiązań równoważnych. Powyższe nie wyłącza jednak uprawnienia zamawiającego, aby wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w zakresie, w jakim budzi ona jego wątpliwości. Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazuje jedynie negocjacji lub zmiany treści oferty, nie zakazuje natomiast jej wyjaśniania poprzez doprecyzowanie określonych informacji. Wyjaśnienie treści oferty (jeżeli nie prowadzi do jej zmiany) nie oznacza, że wykonawca nie wykazał na dzień składania ofert, że oferta jest zgodna ze specyfikacją. Oznacza jedynie, że wykonawca rozwiał lub nie – wątpliwości zamawiającego i że w konsekwencji oferta od początku była zgodna albo niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.
Mając na względzie treść formularza cenowego, w wyniku wyjaśnień nie doszło nawet do jakiegokolwiek doprecyzowania treści oferty Przystępującego. Zamawiający zaprzecza tezie, że w wyniku wyjaśnień doszło do zmiany treści oferty Przystępującego i że prowadził jakiekolwiek negocjacje z Przystępującym poprzez wezwania do wyjaśnień. Zamawiający,
w efekcie pism składanych w toku postępowania przez Odwołującego, zobowiązany był dokonać wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, aby rozwiać wszelkie wątpliwości, nawet te wywołane m.in. przez Odwołującego. Zamawiający dokonał więc wszelkich czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy

Prawo zamówień publicznych.
Ponadto odrzucenie oferty jest możliwe jedynie w przypadku jednoznacznie stwierdzonej niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia
i zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych możliwe jest jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią specyfikacji (por. wyrok KIO 1374/19, KIO 400/19, KIO 346/18). Przystępujący rzetelnie udokumentował zgodność jego oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec czego Zamawiający nie tylko nie był uprawniony do odrzucenia oferty Przestępującego, ale był zobowiązany wybrać jego ofertę jako najkorzystniejszą.
Zamawiający nie podzielił też stanowiska Odwołującego, że produktów zaoferowanych
w pozycjach nr 32 i 39 nie można zidentyfikować na podstawie podanych przez Przystępującego danych, a w efekcie, że z tego tytułu oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wyjaśnił, że w kolumnie nr 6 wymaga „Symbolu lub modelu producenta lub importera/dystrybutora" i Zamawiający zaakceptuje kod EAN wpisany w kolumnie nr 6 jako symbol producenta. Przystępujący wskazał w poz. 32. i 39.: „produkt na zamówienie, brak kodu", a w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 25 listopada 2020 r., pismem z 27 listopada 2020 r., Przystępujący złożył oświadczenie producenta A&G Koperty Sp. z o.o., że koperty określone ww. wymogami będą spełniały wszystkie wymogi Zamawiającego i że kody EAN zostaną nadane w chwili rozpoczęcia produkcji.
Zgodnie z wyrokiem KIO 1728/19 sam brak podania nazwy handlowej, w sytuacji, kiedy producent takiej nazwy nie nadał, nie może wywołać skutku w postaci odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W sytuacji więc, gdy kod EAN w chwili składania oferty jeszcze nie istnieje, a producent oświadcza, że produkt będzie spełniał wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ów stan faktyczny nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty. Jest to nie tylko oświadczenie samego wykonawcy, lecz także dodatkowo z oświadczenie producenta, a jednocześnie Przystępujący opisał produkt w sposób umożliwiający jednoznaczną identyfikację przedmiotu tej części zamówienia, co obliguje Zamawiającego do uznania oferty Przystępującego za prawidłową i zgodną z warunkami zamówienia. Niezasadnym byłoby żądanie przez Zamawiającego kodów EAN, które nie istnieją w chwili złożenia oferty, a wskazanie przez Przystępującego określenia „produkt na zamówienie", potwierdzone następnie oświadczeniem producenta, że produkt będzie spełniał wymagania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, potwierdza zgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tej części. Wiążącym dla Zamawiającego były wyjaśnienia Przystępującego i aktualne oświadczenie producenta w zakresie braków kodów EAN złożone w niniejszym postępowaniu. Nie mają waloru dowodu katalogi kart nietypowych składanych w odrębnych postępowaniach.
Zatem wybór oferty Przystępującego został dokonany w sposób prawidłowy i zgodny
z przepisami prawa. Wyjaśnienia Przystępującego, poparte dokumentami pochodzącymi bezpośrednio od producentów, potwierdzają zgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji chybione należy uznać również zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
III Stanowisko Przystępującego
Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Konsorcjum Biuro Klub Sp. z o.o.
Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.
Przystępujący wskazał, że treść złożonej przez niego oferty jest w pełni zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a zaoferowany asortyment spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, co wynika zarówno bezpośrednio z samej oferty, jak i zostało potwierdzone w trakcie procedury wyjaśniającej.
Zgodnie z punktem 10.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poza formularzem ofertowym stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obowiązkiem wykonawców było złożenie wypełnionego formularza cenowego, zawierającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, sporządzonego z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Zamawiający określił w treści tego załącznika swoje oczekiwania odnoszące się do sposobu wypełnienia formularza wskazując w szczególności, iż wykonawca w kolumnie nr 5, 6 i 7 ma wpisać informacje jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację. W kolumnach nr 5, 6, 7 Zamawiający określił wymagany zakres danych, jakie wykonawca miał podać składając ofertę: „Dane oferowanego artykułu: nazwa handlowa, symbol lub model producenta lub importera/dystrybutora, producent lub importer/dystrybutor" (kolumny 5-7). Wykonawcy mieli więc określić w tabeli dane oferowanego artykułu na wymaganym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia poziomie szczegółowości.
Zamawiający wymagał w kolumnie nr 5 podania wyłącznie nazwy handlowej oferowanego artykułu. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie przewidywała obowiązku podawania przez wykonawców szczegółowych danych technicznych, parametrów, wymiarów, kolorów itd. poszczególnych produktów. Zamawiający nie oczekiwał także potwierdzania/powielania/podawania w kolumnie nr 5 wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia zawartego w kolumnie nr 2 „Przedmiot zamówienia". Zamawiający wymagał w kolumnie nr 6 podania wyłącznie symbolu lub modelu producenta lub importera/dystrybutora. Zamawiający nie podał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganego rodzaju tego symbolu pozostawiając to uznaniu wykonawców. W szczególności specyfikacja nie wymaga, aby wykonawca, wypełniając kolumnę nr 6 formularza, miał podawać np. kody EAN. Za wystarczający poziom szczegółowości Zamawiający uznawał podanie symbolu lub modelu według nomenklatury producenta/importera/dystrybutora.
W kolumnie nr 7 Zamawiający oczekiwał podania producenta/importera/dystrybutora. Zestawienie wymagań Zamawiającego prezentuje oczekiwany od wykonawców w ofertach poziom szczegółowości identyfikacji oferowanego asortymentu. Oferta Przystępującego zawiera wszystkie dane oczekiwane przez Zamawiającego. Podane informacje zawierają identyfikację dokonywaną przez producentów/dystrybutorów i są prawidłowe.
Skoro specyfikacja istotnych warunków zamówienia wymagała od wykonawców identyfikacji symbolu lub modelu zastosowanego przez samego producenta/importera/dystrybutora, to
w sytuacji, gdy zaoferowany asortyment zostanie wyprodukowany na zamówienie, identyfikacja jak w ofercie jest prawidłowa.
Wyłączną kompetencję w zakresie identyfikacji nazwy handlowej, symbolu lub modelu posiada jego producent/dystrybutor. Tymczasem to Odwołujący usiłuje zastępować producentów w identyfikacji produkowanych przez nich produktów, co nie zasługuje na uwzględnienie.
Odwołujący szczególne znaczenie w kontekście zarzutów odwołania przypisuje odpowiedzi Zamawiającego na pytanie

nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem, jak wynika bezpośrednio z jego treści:
- dotyczyło ono wyłącznie konkretnej pozycji załącznika nr 2 – poz. 128 dotyczącej ołówka
z gumką, sześciokątnego, wykonanego z drewna cedrowego,
- dotyczyło asortymentu z części, której nie dotyczy odwołanie (odwołanie dotyczy części nr 1, podczas gdy pytanie dotyczyło części nr 2),
- wyjaśnienie nie miało uniwersalnego charakteru odnoszącego się do wszystkich pozycji asortymentu z obydwu części zamówienia, ani treść pytania, ani odpowiedzi nie wskazuje na obowiązek jej uwzględniania w całym załączniku nr 2 dla obydwu zadań,
- wyjaśnienie nie dokonało modyfikacji opisu wymagań w załączniku nr 2,
- pytanie i odpowiedź uwzględniały specyfikę poz. 128 załącznika i dotyczyły oznakowania na każdym egzemplarzu ołówka – w przypadku kopert oznakowanie takie na jednostkowym asortymencie w ogóle nie występuje (oznakowanie modelu kopert występuje wyłącznie na opakowaniach zbiorczych, więc nawet przez analogię wyjaśnienie nie ma zastosowania do objętych zarzutami pozycji),
- pytanie dotyczyło przypadku, gdy producent w ogóle nie oznacza asortymentu oznaczeniem modelu – czy zamawiający zaakceptuje kod EAN na poszczególnych egzemplarzach dostarczonych ołówków,
- precyzyjnie odpowiedź wskazuje, że Zamawiający dopuści także takie oznaczenie „modelu" poprzez podanie kodu EAN, ale wyjaśnienie nie wskazuje, aby tak miało brzmieć wymaganie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
W ocenie Przystępującego treść ww. pytania i odpowiedzi nie ma zastosowania do pozycji objętych zarzutami odwołania. Sama odpowiedź nie zmodyfikowała wymagań odnośnie sposobu identyfikacji produktów z załącznika nr 2.
Przystępujący wskazuje, że złożony wraz z ofertą załącznik nr 2 został wypełniony w sposób w pełni zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a także ofertami pozyskanymi przez Przystępującego na potrzeby postępowania bezpośrednio od producentów/ dystrybutorów kopert.
W poz. 28., zgodnie z ofertą Przystępującego, zaoferowano: „Koperta DL SKo/prawe, poddruk niebieski, kolor biały. Op. 1000 szt, symbol 2205, producent Bong.
Oferta zawiera stosowaną przez producenta nazwę handlową – zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia miała to być wyłącznie „nazwa handlowa", a nie opis wszystkich parametrów koperty. Szczegółowy opis asortymentu podlegający wycenie został dokonany przez samego Zamawiającego i ma następujący zakres: „koperta DL SK o/prawe, gramatura 80g/m^2, poddruk niebieski, kolor biały, opak. 1000 szt.)
Odwołujący usiłuje wykazać, że przedmiot oferty Przystępującego to koperty o dwóch parametrach niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – poddruku stalowym (wymagany niebieski) oraz gramaturze 75 g (przy wymaganej 80 g). Przeczy temu już sama treść złożonej oferty – w zakresie koloru poddruku zaoferowano kolor niebieski zgodny ze specyfikacją. Już powyższe dowodzi, że karta produktowa, na którą powołuje się Odwołujący, nie dotyczy oferowanego w postępowaniu asortymentu.
Przystępujący kwestię gramatury jak i koloru poddruku wyjaśniał w trakcie postępowania na wezwanie Zamawiającego, co miało związek z zastrzeżeniami, jakie składał kilkukrotnie Odwołujący. Zamawiający w każdym przypadku reagował na zastrzeżenia i każdy
z kwestionowanych produktów dodatkowo i indywidualnie wyjaśniał. Poza wyjaśnieniami Przystępującego Zamawiający otrzymał także:
- oświadczenie producenta adresowane wprost do przedmiotowego postępowania (pytania
i odpowiedź Bong z 6 i 9 listopada 2020 r.), które potwierdza wprost, że zaoferowane przez producenta na potrzeby przedmiotowego przetargu koperty oznaczone kodem 2205 są
w gramaturze zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. 80 g,
- kartę charakterystyki produktu pochodzącą bezpośrednio od producenta Bong dla kopert sygn. 2205 – złożoną przez Przystępującego przy wyjaśnieniach z 27 listopada 2020 r., która potwierdza oba kwestionowane parametry, tj. kolor poddruku oraz gramaturę koperty,
- oświadczenie producenta Bong (złożone przy wyjaśnieniach Przystępującego z 15 grudnia 2020 r.), który wyjaśnia, że symbol 2205 identyfikuje kopertę w rozmiarze DL, samoklejącą, białą z oknem prawym, a jednocześnie, że kody stosowane przez producenta odnoszą się jedynie do ich rozmiaru, formatu, koloru, rodzaju klejenia, ilości kopert w opakowaniu oraz tego, czy dana koperta posiada okno (Producent potwierdził, odpowiadając na zastrzeżenia Odwołującego co do różnic w kartach katalogowych dla kopert 2205, że obydwie karty są prawidłowe, a jednocześnie, że dla Przystępującego do przedmiotowego postępowania zaoferowano koperty 2205 spełniające wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia),
- ofertę, jaką uzyskał Przystępujący od producenta Bong na potrzeby przedmiotowego postępowania.
Tym samym Przystępujący zaoferował asortyment w pełni zgodny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Odnosząc się do pisma Odwołującego „Sprostowanie do odwołania" z 22 stycznia 2021 r.,
w którym stwierdza, że Przystępujący w ofercie nie przedstawił informacji, które umożliwiłyby Zamawiającemu przesądzenie, że pośród różnych wariantów produktu z oferty producenta zaoferował odpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia Przystępujący wskazał, że jego oferta zawiera pełną identyfikację oferowanego asortymentu na wymaganym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia poziomie szczegółowości informacji. Zarzuty odwołania faktycznie stanowią polemikę z treścią wymagań specyfikacji w zakresie sposobu identyfikacji asortymentu. Jeśli Odwołujący uważał, że poziom szczegółowości wymaganych informacji powinien być bardziej szczegółowy, winien był na etapie poprzedzającym złożenie ofert o takie dane zabiegać. Przystępujący wszystkie wymagane przez Zamawiającego dane zawarł w ofercie. Zgodnie z objaśnieniami do załącznika nr 2 „Wykonawca w kolumnie nr 5, 6 i 7 wpisuje informacje jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację." Podane informacje miały wymagany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia poziom szczegółowości. Pozwalają także w trakcie realizacji zamówienia na ocenę, czy realizacja zamówienia odbywać się będzie w sposób zgodny z treścią oferty oraz wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Byłoby inaczej, gdyby Odwołujący wykazał, że zaoferowany asortyment nie posiada cech/parametrów wymaganych z specyfikacji, np. gdyby koperta Bong 2205 występowała wyłącznie w gramaturze 75 g. Tymczasem Odwołujący próbuje dowieść, co nie wynika z oferty Przystępującego, że jej przedmiotem jest wprost asortyment niezgodny ze specyfikacją.
Całkowicie nieuzasadnione jest twierdzenie Odwołującego zawarte w „Sprostowaniu", że Zamawiający w toku postępowania zmienił warunki oceny ofert dopuszczając jako dowód na poprawność złożonej oferty oświadczenie podmiotu trzeciego, który nie jest stroną postępowania, nie bierze odpowiedzialności za złożoną ofertę. Fakt, iż producenci Bong i AG Koperty złożyli oświadczenia o tym, jakie koperty wyceniali dla Przystępującego, w żaden sposób

nie dowodzi, iż właśnie te koperty zostały zaoferowane.
Oświadczenie Bong pojawiło się w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do udzielania wyjaśnień i rozbieżności odnośnie kart katalogowych produktu 2205 i takie wyjaśnienia zostały Zamawiającemu przedstawione, są spójne i potwierdzają, że zaoferowany asortyment jest zgodny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oświadczenie Bong nie modyfikowało treści oferty Przystępującego, która obejmuje wskazane w poz. 28. koperty Bong 2205 o cechach zgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.
Zamawiający nie wymagał dla wskazanej pozycji składania dodatkowych dokumentów, takich jak karty katalogowe. Karta została przedstawiona przez Odwołującego po złożeniu ofert, a karta, jaką zaprezentował Przystępujący, pojawiła się w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień. Nie może być zatem mowy w tej sytuacji o jakiejkolwiek zmianie treści oferty Przystępującego. Przystępujący pozyskał na potrzeby przedmiotowego postępowania ofertę bezpośrednio od producenta. Producent, jak wynika ze złożonych oświadczeń, potwierdza, że nie doszło do jakiejkolwiek omyłki z jego strony. Wyceniono
i zaoferowano koperty o gramaturze wymaganej i wymaganym kolorze poddruku i nie ma mowy ani o omyłce producenta, ani Przystępującego.
Zgodnie z ofertą Przystępującego w poz. 32. i 39. zaoferowano: kopertę C3 z paskiem HK, gramatura 110g/m^2, kolor biały, op. 250 szt., produkt na zamówienie – brak kodu, AG Koperty oraz kopertę C3 z paskiem HK, gramatura 110g/m^2 kolor brązowy, op. 250 szt., produkt na zamówienie – brak kodu, AG Koperty.
Samo odwołanie nie wskazuje na zarzut dotyczący braku identyfikacji symbolu/modelu jako podstawy zarzucanej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.
W analogiczny sposób Przystępujący oznaczył także inne koperty, np. poz. 64 – koperty tego samego producenta AG Koperty. Odwołujący upatruje faktycznie podstawy odrzucenia
w zaoferowaniu przez Przystępującego produktu „na zamówienie", pomimo że produkt taki ma jego zdaniem swój numer katalogowy u producenta. Tymczasem wskazanie na brak kodu dla oferowanych w poz. 32. i 39. kopert oraz informacja, że w tym postępowaniu koperty te będą kopertami na zamówienie, pochodzi bezpośrednio od ich producenta. Przystępujący podał dane, jakie pozyskał w przedmiocie asortymentu od producenta, który dokonywał wyceny i identyfikacji możliwości oferowania produktów z jego własnego portfolio. AG Koperty to nie pośrednik, ale producent zaoferowanych kopert i nie można odmówić mu kompetencji w zakresie sposobu identyfikacji produktów, które produkuje.
Przystępujący wyjaśniał kwestię poz. 32. i 39. dwukrotnie na wezwanie Zamawiającego
w związku z zastrzeżeniami Odwołującego. Zamawiający, powołując się na zastrzeżenia Odwołującego, który oczekiwał dla kolumny nr 6 podania kodów EAN, wezwał Przystępującego o potwierdzenie, że koperty producenta AG Koperty nie posiadają kodu EAN.
W ramach wyjaśnień z 6 listopada 2020 r. Przystępujący potwierdził, że koperty zaoferowane w części nr 1, w pozycjach 32. i 39. będą produkowane na jego zamówienie i nie posiadają kodu EAN oraz, dla potwierdzenia, załączył ofertę otrzymaną na potrzeby przedmiotowego przetargu bezpośrednio od producenta. Dokument potwierdził, że w przypadku, gdy koperta posiadała kod identyfikacyjny, dane na jego temat pojawiały się w tabeli opracowanej według wytycznych Zamawiającego. Dla poz. 32. i 39. zaoferowano produkt na zamówienie i stąd brak oznaczenia na dzień złożenia ofert dla tego produktu.
Dodatkowo Przystępujący złożył przy wyjaśnieniach z 27 listopada 2020 r. oświadczenie producenta, który jednoznacznie potwierdził, że do postępowania przetargowego dla Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, nr sprawy ZP-373-10/20, będą produkowane koperty na specjalne zamówienie Przystępującego, informując także, że kody EAN zostaną nadane w momencie uruchomienia produkcji. Kolumna nr 5 dla obydwu pozycji zawiera pełny opis asortymentu. Odnośnie argumentacji Odwołującego, że producent posiada na stronie katalogowej numery kodów EAN dla tożsamych do oferowanych kopert – producent AG Koperty potwierdził wprost w trakcie postępowania, że identyfikacja zaoferowanych w nim na zamówienie Przystępującego kopert była poprawna. Producenta potwierdził również, że zaoferowane koperty dla poz. 32. i 39. będą produkowane na specjalne zamówienie Przystępującego, co w konsekwencji oznacza, że kody EAN zostaną nadane przez producenta w momencie uruchomienia produkcji. W tej sytuacji pozbawiona znaczenia jest argumentacja Odwołującego dotycząca przetargów z poprzednich lat, gdzie Przystępujący podawał kody EAN oferowanych produktów. Na potrzeby aktualnego postępowania, decyzją producenta, pozostającą w jego swobodnym uznaniu było zaoferowanie asortymentu na specjalne zamówienie.
Odwołujący nie kwestionuje parametrów oferowanych kopert, ale wyłącznie kwestie niewskazania kodów EAN, pomimo że mają istnieć w katalogu producenta.
Sankcja odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przedmiotowej sprawie niezgodności takiej brak, bowiem oferta, jaką złożył Przystępujący, identyfikuje oferowany produkt zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i jest zgodna z treścią oferty uzyskanej na potrzeby tego postępowania bezpośrednio od producenta.
Przystępujący złożył dodatkowe oświadczenie producenta AG Koperty, że dla zaoferowanego dla poz. 32. i 39. Asortymentu brak na dzień złożenia wyceny w postępowaniu kodu tego produktu, a na potrzeby realizacji zamówienia zostanie przyznany, w przypadku uzyskania zamówienia, dedykowany dla tego zamówienia kod EAN. To nie GS1 nadaje kody do produktów, tylko producent wykupuje pulę kodów, którymi dysponuje dowolnie i sam je nadaje do poszczególnych produktów i może je modyfikować. Wydruk z GS1 potwierdza jedynie, że taki kod był uprzednio używany.
Zgodnie z wyrokiem KIO 1288/18 w przypadku, gdy produkty nie posiadają oznaczeń modelu lub symbolu, można było wpisać słowo „brak", co jednak nie zwalniało wykonawcy z takiego opisania produktu, który go identyfikował. Wykonawca przy asortymencie nie posiadającym oznaczenia symbolem lub modelem podał cechy rodzajowe danego produktu, a więc przykładowo gramaturę, kolor, wagę, itp., a także wskazał producenta lub dystrybutora.
W ocenie Izby były to elementy w sposób wystarczający pozwalające zamawiającemu na weryfikację zgodności proponowanego towaru z opisem przedmiotu zamówienia.
IV Ustalenia Izby
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów odwołania nie jest sporny między Stronami i Przystępującym. Został on szczegółowo opisany powyżej, zatem nie będzie powielany.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru oferty Przystępującego, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako oferty najkorzystniejszej, przez co doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z prawem uznanie, iż oferta Przystępującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdy w rzeczywistości oferta ta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez co doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji,
4. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.
Przywołane przepisy stanowią:
Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości."
Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy."
Art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia."
Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3", przy czym art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający poprawia w ofercie inne – niż oczywiste omyłki pisarskie oraz oczywiste omyłki rachunkowe i ich konsekwencje rachunkowe – omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.
Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia."
Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron przedstawionych w pismach procesowych i podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.
Ze wskazanych w odwołaniu zarzutów i ich uzasadnienia wynika, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie sformułował zarzutów, które odnoszą się do zakresu regulacji przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. nieprawidłowego wyboru oferty wobec nieprawidłowego (niezgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia) zastosowania kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym zarzut ten jest nieuzasadniony.
Jak słusznie skonkludował Zamawiający, zarzuty odwołania dotyczą w istocie naruszenia
art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego pomimo jej niezgodności z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej (tj. wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie) i narusza zasady wymienione w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zarzuty te związane są z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w poz. 28., 32. i 39. formularza cenowego (załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) oraz
w wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – odpowiedzi na pytanie nr 7 z 14 września 2020 r.
W przedmiocie zarzutów tych Izba ustaliła i zważyła, co następuje.
Zgodnie z rozdziałem 10. specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym sposobu przygotowania oferty, częścią oferty miał być wypełniony przez wykonawcę formularz cenowy, sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Formularz ten w kolumnie nr 2 „Przedmiot zamówienia" zawierał wymagania co do produktów, które mają być zaoferowane.
W spornych pozycjach opis ten wskazywał:
poz. 28.: „Koperta DL SK o/prawe, gramatura 80 g/m^2, poddruk niebieski, kolor biały",
poz. 32.: „Koperta C3 z paskiem (HK), gramatura 110 g/m^2, kolor biały",
poz. 39.: „Koperta C3 z paskiem (HK), gramatura 110 g/m^2, kolor brązowy".
Zgodnie z zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy tabeli formularza cenowego, wyjaśnieniami sposobu wypełnienia tej tabeli, punkt 1. „Wykonawca w kolumnie nr 5, 6 i 7 wpisuje informacje jednoznacznie wskazujące na zaoferowany produkt, pozwalające na jego identyfikację."
We wskazanych wyjaśnieniach z 14 września 2020 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 7: „poz. 128 Czy Zamawiający dopuszcza ołówek nie posiadający oznaczenia w postaci modelu? Co jeśli producent nie posiada modelu gdyż w ofercie ma jeden o ołówek cedrowy. Dodatkowo na ołówku umieszczony jest np. kod ean po którym łatwo zidentyfikować produkt" wskazał, że „Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ. Zamawiający w kolumnie 6 wymaga <<Symbolu lub modelu producenta lub importera/dystrybutora>>. Zamawiający zaakceptuje kod ean wpisany w kolumnie 6 jako symbol producenta. Należy pamiętać aby kod ean był na każdym dostarczonym ołówku i zgadzał się z kodem wskazanym w Formularzu cenowym".
Przystępujący w powyższych pozycjach, w kolumnach nr 5-7, w których miał wskazać „Dane oferowanego produktu", tj. odpowiednio: „Nazwa handlowa" (kolumna nr 5), „Symbol lub model producenta lub importera/dystrybutora" (kolumna nr 6), „Producent lub importer/dystrybutor" (kolumna nr 7), wpisał:
1. w poz. 28., kolumna nr 5: „Koperta DL SK o/prawe, poddruk niebieski, kolor biały, op. 1000 szt.", kolumna nr 6: „2205", kolumna nr 7; „Bong",
2. w poz. 32., kolumna nr 5: „Koperta C3 z paskiem HK, gramatura 110 g/m^2, kolor biały, op. 250 szt., kolumna nr 6: „produkt na zamówienie – brak kodu", kolumna nr 7: „AG Koperty",
3. w poz. 39., kolumna nr 5 „Koperta C3 z paskiem (HK), gramatura 110 g/m^2, kolor brązowy, op. 250 szt.", kolumna nr 6: „produkt na zamówienie – brak kodu", kolumna nr 7: „AG Koperty".
Na powyższe – jako na niezgodność treści oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w

trakcie badania ofert wskazał Odwołujący, co skutkowało wezwaniem Przystępującego do wyjaśnień treści oferty:
1) wezwanie do wyjaśnień z 6 listopada 2020 r. oraz odpowiedź Przystępującego z 9 listopada 2020 r.,
2) wezwanie do wyjaśnień z 25 listopada 2020 r. oraz odpowiedź Przystępującego
z 27 listopada 2020 r.,
3) wezwanie do wyjaśnień z 14 grudnia 2020 r. oraz odpowiedź Przystępującego z 16 grudnia 2020 r.
W ocenie Izby z oferty Przystępującego dla wskazanych pozycji nie wynika, by była ona niezgodna z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Przede wszystkim jako treść oferty należy odczytywać cały tekst dotyczący danej pozycji (cały wers), a więc łącznie wszystkie kolumny – zatem zarówno opis zawarty w kolumnie nr 2 („koperta DL SK o/prawe, gramatura 80 g/m^2, poddruk niebieski, kolor biały"), jak
i w kolumnach nr 5-7 („Koperta DL SK o/prawe, poddruk niebieski, kolor biały, op. 1000 szt.", model„2205", producent „Bong"). Zatem z całościowego opisu oferty dla poz. 28. wynika, że Przystępujący zaoferował kopertę DL SK z oknem prawym, o gramaturze 80 g/m^2, w kolorze białym, z poddrukiem niebieskim, w opakowaniach po 1000 sztuk, w cenie wskazanej
w kolumnie nr 8.
Opis powyższy pokrywa się z opisem dotyczącym modelu 2205, zawartym w przedstawianych kartach katalogowych producenta, dotyczącym gramatury kopert, a opis zawarty w tych kartach katalogowych nie jest niegodny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż wynika z niego, że model 2205 obejmuje koperty o gramaturze 80 g. Nawet więc jeśli w modelu tym produkowane są również koperty o innej gramaturze, oferta w sposób jednoznaczny dotyczy kopert o gramaturze wymaganej (80g).Tym samym nie można uznać, że w tym zakresie jest niegodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Co zaś do koloru poddruku – również w tym zakresie w ofercie zostało wskazane, że poddruk dostarczanych kopert będzie niebieski. Producent potwierdził w swoich oświadczeniach (przedstawionych Zamawiającemu przez Przystępującego), że w tym modelu produkuje/ wyprodukuje koperty z poddrukiem w wymaganym kolorze. Tym samym również w tym zakresie proponowany w ofercie produkt jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego.
Co zaś do pozycji 32. i 39. formularza cenowego – z opisu oferty zawartego w wersach dotyczących tych pozycji wynika, że Przystępujący zobowiązał się dostarczyć koperty C3
z paskiem HK, o gramaturze 110 g/m^2, w kolorze odpowiednio białym lub brązowym,
w opakowaniach po 250 sztuk, producenta AG Koperty. Przy czym wskazał – zarówno
w ofercie, jak i w późniejszych wyjaśnieniach, że jest to produkt na zamówienie i nie posiada kodu (symbolu, numeru).
Jest to sytuacja, która dość często zdarza się w postępowaniach, gdyż ze względu na szczegółowe i/lub niestandardowe wymagania zamawiających, często szablonowe produkty nie spełniają opisanych oczekiwań i produkty te muszą być przez producentów produkowane na specjalne zamówienie. Nie jest to niczym niezwykłym. Dlatego też w takim przypadku
w odniesieniu do formularzy ofert przyjęła się praktyka że jeśli zamawiający wymaga podania symbolu/modelu lub innego oznaczenia produktu, a producent nie nadał owego modelu/symbolu lub innego powszechnie używanego oznaczenia, wystarczające jest wskazanie typu: „brak modelu", „na zamówienie" lub podobnego. Potwierdzeniem takiej praktyki jest wskazywanie przez innych zamawiających w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia podobnych instrukcji, na co powoływał się Odwołujący podczas rozprawy.
Nie oznacza to jednak, że skoro inni zamawiający wskazują w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia wprost, co należy wpisać, a niniejszy Zamawiający tego nie uczynił, jest to niedozwolone. Wynika to z prostych zasad logiki i praktyki – wykonawcy muszą bowiem odnieść się do istniejącego stanu faktycznego i rzeczywistości. Zatem jeśli producent nie ma oznaczenia modelu, to go nie ma – i tym samym wykonawca nie wpisze go w przeznaczonej do tego kolumnie. Jednocześnie jednak, wskazując, że produkt jest na zamówienia, podaje informacje o tym produkcie (bowiem takie właśnie informacje o modelu są dostępne).
Należy przy tym zauważyć, że – jak wynika z samego zaistniałego sporu – informacje zawarte w kwestionowanych pozycjach (wersach) były na tyle skonkretyzowane, że nie budziły wątpliwości, których kopert dotyczą.
W ocenie Izby Przystępujący nie był też zobowiązany do podania kodów EAN.
W szczególności, że – jak twierdzi producent – koperty, które zostały zaoferowane Zamawiającemu, takich kodów jeszcze nie posiadają i zostaną one nadane dopiero przy produkcji. Nie było bowiem sporne podczas rozprawy, że kody EAN związane są z gospodarką materiałową/magazynową i producent jednemu rodzajowi/modelowi produktu może nadawać różne kody EAN – w zależności od pochodzenia materiału, z którego zostały wyprodukowane, miejsca produkcji itd. Zatem w konsekwencji ten sam dostarczony produkt, w zależności od partii, może mieć różne kody EAN.
Poza tym, jak słusznie zauważył Przystępujący, z odpowiedzi na pytanie nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, że Zamawiający, w przypadku braku oznaczenia przez producenta modelu, nałożył na wykonawców obowiązek podania kodu EAN – było to jedynie przyzwolenie, o które wnioskował pytający się wykonawca. Dodatkowo, podając kod EAN, wykonawca musiałby spełnić wymaganie zawarte w drugiej części wyjaśnienia, to jest oznaczyć tym kodem produkty.
W ocenie Izby z zaistniałej sytuacji nie wynika także, by Zamawiający naruszył zakaz wynikający z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, lecz niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 tego przepisu, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.
Zamawiający prowadził bowiem wyjaśnienia treści oferty – które faktycznie spowodowane były wątpliwościami zgłaszanymi przez Odwołującego – lecz nie prowadziły one do zmiany treści oferty Przystępującego czy też próby jej zmiany i w efekcie Przystępujący jedynie potwierdzał za pomocą dowodów (głównie oświadczeń producentów), że zaoferowane w ofercie produkty są zgodne z opisami zawartymi w tej ofercie, a tym samym z wymaganiami Zamawiającego.
W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

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. 3 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), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 złotych oraz koszty dojazdu pełnomocnika na rozprawę w wysokości 603,80 złotych.

Przewodniczący:……
Przewodniczący:……