Sygn. akt KIO 441/15

WYROK
z dnia 18 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2015 r. przez J. R.-J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Jolimpex J. R.-J. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie

przy udziale Amad Sp. z o.o. w Łomiankach zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Ministerstwu Sprawiedliwości w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie czynności odrzucenia oferty Amad Sp. z o.o. w Łomiankach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J. R.-J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Jolimpex J. R.-J. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od Ministerstwa Sprawiedliwości w Warszawie na rzecz J. R.-J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Jolimpex J. R.-J. w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

---

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 441/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawę artykułów biurowych i materiałów eksploatacyjnych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 200-352802. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

26 lutego 2015 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego. 6 marca 2015 r. J. R.-J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Jolimpex J. R.-J. w Warszawie wniosła odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron;
2) art. 7 ust. 3 Pzp przez udzielenie zamówienia Amad Sp. z o.o. w Łomiankach, dalej jako

Amad, która została wybrana z rażącym naruszeniem przepisów ustawy;
3) art. 26 ust. 3 Pzp przez niewezwanie Amad do uzupełnienia oferty o kartę produktu dla poz. 59 z załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: SIWZ;
4) art. 82 ust. 3 Pzp przez uznanie, iż oferta Amad odpowiada treści SIWZ, gdy w rzeczywistości oferta ta, była niezgodna z treścią SIWZ;
5) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez uznanie przez zamawiającego, iż niezgodność treści oferty Amad z SIWZ spowodowana była omyłką (czyli niezamierzonym działaniem Amad), gdy na podstawie analizy dokumentacji postępowania wynika, iż Amad z pełną świadomością wskazał w ofercie asortyment niezgodny z treścią SIWZ;
6) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez poprawienie omyłek w ofercie Amad przez zamawiającego, w sposób powodujący istotną zmianę w treści oferty, w szczególności wprowadzenie numerów katalogowych oferowanych produktów, wpisanie do oferty przez zamawiającego innych produktów niż zaoferowane przez Amad, a w konsekwencji zmiany nazw i symboli produktów wskazanych w ofercie Amad;

---

7) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieodrzucenie oferty Amad, jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Amad jako najkorzystniejszej, unieważnienia czynności poprawienia innych omyłek w ofercie Amad, powtórzenia czynności oceny ofert oraz odrzucenie oferty Amad na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ewentualnie wezwania Amad do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Żądał również zasądzenia od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych i nakazania wyboru oferty Jolimpex jako najkorzystniejszej.

Amad przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:
W rozdziale III pkt 7 SIWZ(kopia w aktach) zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą podpisanego przez wykonawcę wykazu asortymentowo-ilościowego zgodnie z wymaganiami zawartymi w Załączniku nr 1 do Formularza ofertowego lub podpisanego przez Wykonawcę formularza w innej formie, zawierającego co najmniej:
1) liczbę porządkową;
2) opis asortymentu (nazwa artykułu i jego charakterystyka), w tym opis parametrów technicznych i funkcjonalności;
3) jednostkę miary;
4) ilość;
5) dane oferowanego artykułu: nazwa producenta oraz kod lub numer katalogowy producenta w celu jednoznacznej identyfikacji produktu; w ramach jednej pozycji wykazu wykonawca musi zaoferować produkty jednego producenta; w przypadku gdy producent nie nadał kodu łub numeru katalogowego wymagane jest załączenie karty produktu ze wskazaniem nazwy producenta, zdjęcia oraz parametrów technicznych.
Wykaz asortymentowo-ilościowy zamawianych artykułów obejmował 222 pozycje.

Zgodnie z informacją o wynikach postępowania z 26 lutego 2015 r. (kopia w aktach) oferta odwołującego została oceniona jako druga w kolejności po uznanej za najkorzystniejszą ofercie Amad.
Wybór tej oferty został poprzedzony wyjaśnieniami, o które zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wystąpił pismem z 16 stycznia 2015 r. (kopia w aktach) Odnosząc się do poszczególnych pozycji wykazu asortymentowo-ilościowego zamawiający podniósł, że
„a) poz. 15 i 16 - wg producenta długość linii pisania 400m produktu (wymagana długość w SIWZ to 450 m);
b) poz. 25 - dziurkacz ma podstawę szarą we wszystkich wersjach kolorystycznych (w SIWZ

wymagano antypoślizgowej podstawy z tworzywa w kolorze dźwigni);
c) poz. 53 - wskazano symbole grzbietów pakowanych fabrycznie po 10 szt. (wymagano po 100szt.);
d) poz. 59 - przedstawiony nr kodowy nie występuje w ogólnodostępnych bazach informacyjnych;
e) poz. 71 - brak potwierdzenia, że gwarancja producenta wynosi 5 lat;
f) poz. 98 - nici Q-C o wskazanym symbolu są po 10 dkg, (w SIWZ wymagano po 25dkg);
g) poz. 147 - zaoferowana szuflada nie posiada miejsca na umieszczenie klipsa z etykietą;
h) poz. 192 - temperówka metalowa, zamiast wymaganej w SIWZ plastikowej, brak wymaganej w SIWZ nazwy producenta trwale naniesionej na obudowie;
i) poz. 221 - zaoferowano zszywki Esselte do oferowanych zszywaczy Novus. (w SIWZ wymagano zszywek tego samego producenta co zaoferowany zszywacz);
j) poz. 76 - brak karty produktu dla koperty C5 białej bez okna.
Zamawiający żądał odpowiedzi do 20.01.2015 r.

Amad udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie. Pismem z 20 stycznia 2015 r. (kopia w aktach) wskazał, że:
„a) w pozycjach 15 i 16 zaoferowany produkt spełnia wymagania zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu zamówienia tj. długopis żelowy K611W, którego długość linii pisania wynosi 550m (w załączeniu karta katalogowa - załącznik nr 1);
b) w pozycji 25 zaoferowaliśmy dziurkacz Leitz 5038. W pytaniach z dnia 20 listopada 2014 r. jeden z uczestników postępowania wskazał Zamawiającemu, że nie istnieje na rynku produkt spełniający wszystkie parametry ujęte w opisie przedmiotu zamówienia. Uznaliśmy, że ważniejsze są parametry użytkowe a nie estetyczne, i dlatego zaoferowaliśmy produkt, który posiada wszystkie wymagane formaty na listwie formatowej, zamiast produktu posiadającego anty poślizgową podstawę w kolorze dźwigni, ale nie posiadającego wymaganych formatów. Na

---

dowód w załączeniu karta katalogowa dziurkacza marki Leitz (załącznik nr 2) i pismo dystrybutora marki Novus (załącznik nr 3)(…);
c) pozycja 53 - zaoferowane grzbiety posiadają ten sam numer katalogowy dla opakowania po 10 lub po 100 sztuk (w załączeniu karta katalogowa - załącznik nr 4);
d) pozycja 59 - przedstawiony kod produktu IG/W 15,0 jest kodem handlowym używanym przez Linsznur (załącznik nr 5 - korespondencja z przedstawicielem Linsznur). Linsznur nie udziela informacji, kto jest producentem (igły pochodzą z importu), stąd traktowany jest jako producent;
e) pozycja 71 - producent klipsów archiwizacyjnych 0089701 udzielił nam gwarancji 5 lat -w załączeniu pismo Fellowes (załącznik nr 6);
f) pozycja 98 - zaoferowane nici do szycia akt O-Connect o numerze katalogowym KF15718 zgodnie z załączoną kartą katalogową mają 250g (25dkg) - załącznik nr 7;
g) pozycja 147 - zaoferowaliśmy szufladę PBS / Donau 7470001PL (załącznik nr 8), która posiada miejsce na etykietę oraz można w niej zamontować w tym miejscu klips z etykietą marki HAN (HN1021-00). Podobny kształt posiadają szuflady HAN Standard A4 (załącznik nr 9), w których opisie występuje informacja o miejscu na klips z etykietą. Powyższe przed złożeniem oferty zostało sprawdzone i klips z etykietą pasuje do obydwu modeli;
h) pozycja 192 - zaoferowana temperówka posiada trwale naniesioną na obudowie informację o producencie, tj. firmie Erich Krause, tak jak pozostałe produkty firmy. Temperówka spełnia pierwotne wymagania Zamawiającego, tzn. jest metalowa;
i) pozycja 221 - Zamawiający oczekiwał zszywek firmowych tego samego producenta, co zszywacz z pozycji 211. Zarówno zszywki Leitz jak i Novus produkowane są w tej samej fabryce w Chinach, różnią się tylko nazwą. Jakość tych zszywek wynika z doboru właściwej stali i stałego nadzoru producenckiego;
j) pozycja 76 - koperta C5 - w załączeniu karta produktu (załącznik nr 10)”.
Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami zamawiający pismem z 19 lutego 2015 r. (kopia w aktach) dokonał poprawienia oferty Amad na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w ten sposób, że:
- poz. 25 dziurkacze ESSELTE/LEITZ; 50380025. 50380035, 50380085. 50380095, które nie posiadają wymaganej podstawy antypoślizgowej z tworzywa (podstawa metalowa) w kolorze plastikowej dźwigni zastąpił NOVUS dziurkacz E216-25/35/85/95;
- poz. 59 Igła do szycia akt LINSZNUR IGAA/15,0, który nie został zidentyfikowany w bazach informacyjnych , a wykonawca nie przedstawił karty katalogowej oferowanego produktu zastąpił Prym Consumer Igły Galant (11327820);
- poz. 98 - nici do szycia akt PBS Q-connect KF15718, które nie posiadają wymaganej masę

nawoju 25 dkg zastąpił Linotox LO5006;
- poz. 192 temperówki Erich Krause Ferro Colorl 2426, wykonana jest z metalu oraz nie posiada nazwy producenta trwale naniesionej na obudowie, zastąpił STAEDTLER 51050;

- poz. 221 zszywki stalowe cynkowane pochodzące od tego samego producenta, co zszywacze oferowane w poz. 211, ESSELTE/LEITZ 55720000 zastąpił NOVUS 26/6 040-0056".
Po upływie terminu wyznaczonego na „ewentualny brak zgody na poprawienie ww. omyłek" zamawiający dokonał wyboru oferty Amad jako najkorzystniejszej, o czym poinformował pismem z 26 lutego 2015 r. (kopia w aktach).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania da odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie jest zasadne.

Konsekwencją braku identyfikowalności igieł oferowanych przez Amad w poz. 59 powinno być wezwanie do uzupełnienia karty katalogowej tego produktu, czego zamawiający zaniechał na etapie żądania wyjaśnień. Zamawiający zastosowała bowiem tryb wskazany w art. 26 ust. 3 Pzp jedynie w odniesieniu do dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu Kwestia ta jest w okolicznościach sporu uboczna, jednak rozpoznanie sprawy w granicach podniesionych zarzutów wymagało zajęcia stanowiska przez Izbę.

Zaoferowanie przez Amad w 5 kwestionowanych pozycjach produktów niezgodnych z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ jest bezsporne. Istotą sporu jest uznanie tej niegodności za omyłkę wykonawcy podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W tej mierze Izba całkowicie zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego.

Przede wszystkim, wskazanie towarów nie spełaniajacych wymagań zamawiającego nie nastąpiło skutkiem omyłki Amad, lecz było świadomym działaniem wykonawcy. Lektura wyjaśnień udzielonych pismem z 20 stycznia 2015 r. nie pozostawia tu żadnych wątpliwości, gdyż przystępujący podtrzymał w nim treść swego oświadczenia zawartego w ofercie i przywoływał argumentację na obronę prawidłowości złożonej oferty.

Przystępujący powoływał wyjaśnienia treści SIWZ dotyczące dziurkaczy, lecz w takim przypadku skutkiem uznania tych racji powinna być ocena, że oferta Amad odpowiada wymogom SIWZ, a nie dokonanie jej poprawienia przez zamawiającego. Skoro zamawiający

---

poprawił ofertę również w części dotyczącej dziurkaczy, to uznał pogląd przystępującego zawarty w wyjaśnieniach za nietrafny.

Brak omyłkowości działania wykonawcy powoduje, że zamawiający nie może poprawić oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który pozwala wyłącznie na sanację oferty w zakresie omyłek.

Po drugie, istotą poprawy treści oferty wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp jest przywrócenie oświadczeniu wykonawcy, które uległo zniekształceniu skutkiem omyłki, prawidłowej i zgodnej z wolą wykonawcy treści.

Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zawsze oświadczeniem woli wykonawcy, który kształtuje ją samodzielnie odpowiadając na oczekiwania zamawiającego wyrażone w SIWZ.

To wykonawca w sposób suwerenny ustala, jakie produkty chce zaoferować zamawiającemu, a zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp oferta może być zmieniona wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Ingerencja zamawiającego w treść oświadczenia woli wykonawcy jest więc instytucją stanowiącą wyjątek od reguły niezmienności treści oferty, a jej istotą we wszystkich sytuacjach opisanych w art. 87 ust. 2 Pzp jest przywróceniu ofercie

brzmienia zamierzonego przez wykonawcę. Przepisy te nie mogą być wykładane rozszerzająco i pod tym względem z odniesieniu do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie obowiązują reguły inne, niż w odniesieniu do art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, gdyż ich zastosowanie warunkuje jedynie inny zakres przedmiotowy. Omyłka, o której stanowi art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp pozbawiona jest mianowicie przymiotu oczywistości niezbędnego do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

Dopuszczona przez ustawodawcę ingerencja zamawiającego w treść oświadczenia woli wykonawcy nie może zatem polegać wcielaniu się zamawiającego w rolę wykonawcy, zastępowaniu go przy ustaleniu, co chce zaoferować w danym postępowaniu. Aby działanie zamawiającego prowadziło do przywrócenia zamierzonej treści zniekształconemu oświadczeniu wykonawcy treść oferty powinna dać zamawiającemu podstawy do dokonania poprawy. Tymczasem oferta Amad nie zawierała żadnych informacji pozwalających zamawiającemu na dokonanie poprawienia oferty.

W konsekwencji nie sposób uznać, że działanie zamawiającego polegało na usunięciu omyłek, które Amad popełnił w swojej ofercie. Zamawiający skreślił wskazane w ofercie Amad nazwy produktu i numeru katalogowego i wpisał w sposób arbitralny nazwy produktów

---

i numerów katalogowych, spełniających wymagania SIWZ i przez siebie oczekiwanych. Całkowicie dowolne wpisanie przez zamawiającego produktu innego, niż faktycznie zaoferował wykonawca nie mieści się w dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nawet jeśli wartość „poprawionych" pozycji jest nieznaczna, a zmiana dotyczy 5 z 220 pozycji. Zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie jest zawsze zmianą istotną.

Całkowita arbitralność działania zamawiającego jest szczególnie widoczna, gdy się uwzględni, że zamawiający swoim oświadczeniem o poprawieniu omyłek w ofercie Amad ukształtował również cenę tej oferty. Nie wiadomo, na jakich przesłankach zamawiający oparł mniemanie, że mimo zmiany oferowanych produktów cena poszczególnych pozycji oferowanego asortymentu, a w konsekwencji również cena całej oferty Amad, pozostała nie uległa zmianie.

Działanie zamawiającego rażąco narusza podstawowe zasady zamówień publicznych. Zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, oraz nakaz postępowania wynikający z jawności i pisemności transparentności postępowania sprzeciwiają się jakiejkolwiek arbitralności działań zamawiającego. Tymczasem zamawiający wbrew oświadczeniu zawartemu w wyjaśnieniach Amad, samodzielnie ukształtował treść oferty tego wykonawcy, w sytuacji, gdy powinien dokonać odrzucenia oferty. Takie działanie wespół z akceptacją dokonanych poprawek przez Amad nie może być oceniona inaczej, jak niedozwolone negocjacje dotyczące treści złożonej oferty. Bezprawności działania zamawiającego w żaden sposób nie uchyla to, że w podobny sposób poprawił ofertę innego wykonawcy.

Zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie. Zamawiający powinien odrzucić ofertę Amad , której treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Tymczasem dokonał jej nieuprawnionej poprawy i wyboru jako najkorzystniejszej, czym naruszył art. art. 26 ust. 3, art. 82 ust. 3,art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....