

WYROK

z dnia 8 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie **2 sierpnia 2016 r.** w Warszawie odwołań wniesionych 18 lipca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

A. JOLIMPEX J.R.-J., Warszawa (sygn. akt KIO 1321/16)

B. Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach (sygn. akt KIO 1326/16)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Sukcesywne dostawy artykułów biurowych, papieru i akcesoriów informatycznych dla Jednostek Administracji Państwowej* (nr postępowania 2016/6)

prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie** przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. Partner XXI sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze – w sprawach o sygn. akt KIO 1321/16 i KIO 1326/16

B. Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach – w sprawie o sygn. akt KIO 1321/16

C. Lyreco Polska S.A. z siedzibą w Sokołowie – w sprawie o sygn. akt KIO 1326/16

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1321/16 obciąża odwołującego – JOLIMPEX J.R.-J. z Warszawy i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – JOLIMPEX J.R.-J. z Warszawy** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od odwołującego – JOLIMPEX J.R.-J. z Warszawy na rzecz**

1

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

zamawiającego – Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1326/16 obciąża odwołującego – Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od odwołującego – Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach na rzecz zamawiającego – Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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**.

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

{KIO 1321/16, KIO 1326/16}

Zamawiający – Centrum Usług Wspólnych z siedzibą w Warszawie {dalej również: „CUW”} – działając jako centralny zamawiający prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.). {dalej zwana również „ustawą pzp” lub „ppz”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Sukcesywne dostawy artykułów biurowych, papieru i akcesoriów informatycznych dla Jednostek Administracji Państwowej* (nr postępowania 2016/6).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 kwietnia 2016 r. pod nr 2016/S_071-124025. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.cuw.gov.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}, a także zmiany i wyjaśnienia jej treści.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

8 lipca 2016 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców o unieważnieniu prowadzonego postępowania.

{KIO 1321/16}

18 lipca 2016 r. Odwołujący – JOLIMPEX J.R.-J. z Warszawy {dalej również: „Jolimpex ”} wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od innych czynności objętych zarzutami odwołania. Odwołanie dotyczy części I zamówienia (sukcesywne dostawy artykułów biurowych).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 – przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron.
2. Art. 25 w zw. z art. 26 oraz przepisami wykonawczymi wydanymi na podstawie art. 25 ust. 2 – przez żądania nieznajdujące podstaw prawnych i nie wynikające z treści specyfikacji.

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

3. Art. 29 ust. 1 – przez niedozwoloną interpretację postanowień SIWZ dotyczących przedmiotu zamówienia.
4. Art. 36 ust. 1 pkt 3, 5, 6 i 10 – przez nieuprawnioną wykładnię postanowień SIWZ, polegającą na uznaniu, że opis przedmiotu zamówienia zawiera postanowienia dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania, wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania tych warunków, opisu sposobu przygotowania oferty.
5. Art. 41 – przez nieuprawnioną wykładnię treści ogłoszenia i niezastosowanie się do postanowień rozdziału V pkt III.2 Warunki udziału w postępowaniu, które nie przewidywały, że oferowane produkty powinny być możliwe do zidentyfikowania na stronach internetowych.
6. Art. 82 ust. 3 – przez pominięcie okoliczności, że oferta Jolimpex odpowiadała treści SIWZ jako jedyna spośród ocenionych 8 lipca 2016 r. ofert.
7. Art. 87 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Jolimpex do wyjaśnienia treści oferty.

8. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zastosowanie tego przepisu w stosunku do oferty Jolimpex w sytuacji, gdy była ona zgodna z treścią SIWZ i nie podlegała odrzuceniu.
9. Art. 92 ust. 1 pkt 2 – przez nieuprawnione sprostowanie 11 lipca 2016 r. uzasadnienia odrzucenia oferty Jolimpex sporządzonego 8 lipca 2016 r.
10. Art. 93 ust. 1 pkt 1 – przez unieważnienie postępowania w sytuacji, w której oferta Jolimpex nie podlegała odrzuceniu, a tym samym złożono jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Unieważnienia oceny ofert w zakresie oferty Jolimpex.
3. Uznania oferty Jolimpex za jedyną ofertę zgodną z treścią SIWZ, a w konsekwencji wyboru oferty Jolimpex jako najkorzystniejszej, ewentualnie – przed dokonaniem wyboru wezwania Jolimpex do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności przez wskazanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 9 listy zarzutów}

Z odwołania wynika, że pismo Zamawiającego z 8 lipca 2016 r. wskazywało jako powód uznania oferty Jolimpex za niezgodną z treścią specyfikacji trzy zakresy według

4

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

systematyki formularza asortymentowo-cenowego: 1) poz. 202, 2) poz. 388 (teczka papierowa) oraz 3) poz. 151-164, 166-182 i 183 (koperty), przy czym treść uzasadnienia podanego dla dwóch ostatnich zakresów, a także częściowo dla pierwszego, dotyczyła oferty złożonej przez Konsorcjum Biuro Klub.

Następnie w piśmie z 11 lipca 2016 r. Zamawiający poinformował, że dokonuje zmiany całego uzasadnienia odrzucenia oferty Jolimpex, wskazując następujące zakresy: 1) poz. 202, 2) poz. 380 (teczka papierowa), 3) poz. 152-154, 156, 158, 166-174, 176-180 (koperty), przy czym zasadnicza treść uzasadnienia dla pierwszego zakresu nie uległa zmianie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższa zmiana, która miała donieść znaczenie dla postępowania i sytuacji Jolimpexu, została dokonana bez podstawy prawnej, nie wskazał jej również sam Zamawiający.

Odwołujący podniósł, że zamawiający zobowiązany jest do podania wykonawcy uzasadnienia odrzucenia oferty i od tej chwili rozpoczyna bieg terminu na zaskarżenie tej czynności. Zdaniem Odwołującego uzasadnienie podane 8 lipca 2016 r. jest ostatecznym stanowiskiem Zamawiającego co do oceny oferty Jolimpexu.

Odwołujący w zaistniałym stanie faktycznym dostrzega analogię ze sprawami, w których Izba orzekała, że po wniesieniu odwołania niedopuszczalne jest uzupełnienie przez zamawiającego podstaw faktycznych odrzucenia, gdyż warunkują one zakres wnoszonego i rozpoznawanego odwołania. Według Odwołującego skoro niedopuszczalne jest uzupełnianie uzasadnienia decyzji zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, tym bardziej niedopuszczalne jest takie uzupełnianie po podjęciu tej decyzji. Odwołujący podniósł, że sam nie jest uprawniony do poszerzania lub zmiany zakresu odwołania, zatem Zamawiający nie może dowolnie zmieniać uzasadnienia podjętej przez siebie decyzji.

{ad pkt 1-8 i 10 listy zarzutów}

Z ostrożności Odwołujący odniósł się do uzasadnienia otrzymanego 11 lipca 2016 r.

{poz. 202}

Według relacji Odwołującego Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, że w poz. 202 przedmiotem zamówienia była książka ewidencyjna wyjść służbowych o określonych parametrach, w szczególności określono rodzaj papieru – offset 80 g/m², podczas gdy Jolimpex zaoferował książkę ewidencyjną producenta Michalczyk i Prokop, podczas gdy z oświadczenia Kierownika Działu Marketingu firmy M. i P. sp. z o.o. pana M.K. wynika, że ww. książka jest drukowana na papierze offsetowym o niższej gramaturze, = 70g/m.

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

Odwołujący podniósł, że jego oświadczenie w poz. 202 jest zgodne z treścią SIWZ, a ponadto załączył kartę produktu, która zgodnie z rozdziałem V pkt III.2 miała być dokumentem potwierdzającym zgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ. Odwołujący dodał, że przed złożeniem oferty, 16 maja 2016 r. zwrócił się do M&P. z prośbą o przygotowanie karty produktu dla Książki Ewidencji Wyjść formatu A4 o symbolu 574-1, potwierdzającej spełnianie wszystkich parametrów określonych w SIWZ. 17 maja 2016 r. drogą elektroniczną wraz z wyceną uzyskał od tego producenta szerokiej gamy druków akcydensowych, który ma dostęp do papierów offsetowych o różnej gramaturze, potwierdzenie (w tym kartę katalogową), że oferowany w poz. 202 produkt jest zgodny z treścią SIWZ {jako dowód nr 4 do odwołania załączono wydruk tej korespondencji}. W tych okolicznościach pismo uzyskane przez Zamawiającego nie może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż nie było wymagane i nie może być uznane za wykładnię treści tej oferty. Zamawiający nie wskazał w jaki sposób prywatne stanowisko przedstawiciela producenta uchyla oświadczenie Jolimpexu oraz treść karty produktu, która nie musiała być opatrzona podpisem producenta.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że podjął arbitralną decyzję bez wzywania Jolimpex do wyjaśnień, choć innym wykonawcom (Lyreco, Partner XXI) umożliwił w trybie wyjaśnień uzupełnienie kart produktu dotyczących pióra wiecznego Waterman Expert o niewskazany w niej pierwotnie tłoczek. Odwołujący upatruje w tym przejawu nierównego traktowania wykonawców.

{poz. 380}

Według relacji Odwołującego Zamawiający w zakresie poz. 380 wskazał, że zgodnie z rozdziałem II ust. 1 pkt 3 SIWZ *Wszystkie oferowane artykuły (...) muszą być ogólnodostępne na rynku i identyfikowalne (karty katalogowe, opisy, dane techniczne w języku polskim) na stronach internetowych (...)* Ponieważ w karcie produktu wskazano, że jest on dostępny na zamówienie, nie jest on ogólnodostępny, a ponadto zaoferowany produkt nie jest identyfikowalny na stronach internetowych, gdyż *brak wymaganego kodu uniemożliwia identyfikację produktu*.

Zdaniem Odwołującego istotne jest, że podane uzasadnienie nie wskazuje na niezgodność oferowanego produktu z parametrami określonymi w SIWZ.

W pierwszej kolejności Odwołujący odniósł się do ogólnodostępności.

Według Odwołującego wskazanie przez niego z ostrożności, że niektóre z produktów są na zamówienie oznacza że *produkowane są w różnych odstępach czasu, w*

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

zależności od zapotrzebowania rynku a więc nie muszą znajdować się stale na stokach magazynowych producentów. W innym miejscu Odwołujący stwierdził, że chodzi o *produkty uniwersalne, dostępne dla szerokiego kręgu odbiorców czy dystrybuowane w wielu kanałach dystrybucji*.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że subiektywnie zawężił rozumienie ogólnodostępności, choć nie zdefiniował tego pojęcia ani w jaki sposób przeprowadzi

następującą weryfikację takiego

wymogu podczas sprawdzania oferty, podnosząc argumentację.

Po pierwsze, cecha ogólnodostępności została wskazana w opisie przedmiotu zamówienia pośród wielu innych wymaganych cech lub właściwości, zarówno w rozdziale 2 SIWZ, jak i ogłoszeniu o zamówieniu. Jednocześnie szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został umieszczony w formularzu asortymentowo-cenowym, gdzie określono parametry dla poszczególnych produktów. Natomiast ogólnodostępność nie została zdefiniowana, a ponieważ według słownika języka polskiego jest rozumiana jako dostępność dla wszystkich, dostępny dla wszystkich może być również produkt na zamówienie.

Po drugie, jeżeli ogólnodostępność była warunkiem, jaki musiał spełniać przedmiot

zamówienia, Zamawiający nie uściślił tego wymagania, a wykładania przepisów pzp wskazuje, że powinien być spełniony na dzień upływu terminu składania ofert. Według Odwołującego Zamawiający winien również podać uzasadnienie dla wprowadzenia takiego wymogu.

Po trzecie, Zamawiający w odniesieniu do produktów innych wykonawców, choć też wskazali w poz. 380 teczki na zamówienie (z wyjątkiem Partnera XXI), nie uczynił ogólnodostępności podstawą odrzucenia, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 pzp.

Po czwarte, jeżeli zapis SIWZ i jego intencja lub cel są niejasne, powinien być zawsze wykładany na korzyść wykonawcy, co potwierdza liczne orzecznictwo Izby. Według Odwołującego zanim Zamawiający dokonał powyższej wykładni, winien zażądać w tym zakresie od Jolimpexu wyjaśnień.

Ponadto Odwołujący wytknął Zamawiającemu niekonsekwencję, gdyż w § 2 ust. 6 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ nie występuje parametr ogólnodostępności, z czego należy domniemywać, że ogólnodostępność, jakkolwiek rozumiana, nie jest wymagana na etapie realizacji umowy.

Następnie Odwołujący odniósł się do identyfikowalności.

Odwołujący podniósł, że w rozumieniu słownika języka polskiego, zgodnie z którym „identyfikowalny” oznacza „możliwy do zidentyfikowania, rozpoznawalny”, we wszystkich

7

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

pozycjach zaoferował produkty możliwe do zidentyfikowania, gdyż oznaczone nazwą, nazwą marki lub producenta, symbolem (o ile istnieje), a także parametrów technicznych, w tym dodatkowo potwierdzonych na załączonych kartach produktu.

Zdaniem Odwołującego wymóg identyfikowalności mógł być jedynie powiązany z możliwością potwierdzenia, czy oferowana dostawa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp). Jednak nie został zamieszczony w rozdziale V wśród wymagań odnośnie sporządzenia oferty, a Zamawiający nie wymagał jego potwierdzenia np. przez wskazanie strony internetowej producenta, na które można zidentyfikować oferowany produkt. Jednocześnie według Odwołującego na przeszkodzie uznaniu identyfikowalności za cechę, która podlega potwierdzeniu na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, stoi brak możliwości uszczegółowienia takiego wymagania w oparciu o § 6 rozporządzenia o dokumentach wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 pzp. Gdyby jednak uznać, że jest to element niewymieniony w tym przepisie, znajdowałby do niego zastosowanie art. 26 ust. 3 i 4 pzp. Jednakże wobec nieskonkretyzowania przez Zamawiającego tego wymagania, trudno wyobrazić sobie jak wykonawca mógłby uzupełnić taki brak.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie sprecyzował parametrów identyfikowalności, tzn. czy zakres danych dostępnych na stronie powinien być tożsamy z kartą producenta, czy też powinien zawierać jakieś kluczowe dane np. numer lub symbol artykułu. Wobec tego możliwa jest również interpretacja, że chodzi o stwierdzenie, czy dany producent istnieje czy oferuje typ asortymentu wskazanego w ofercie, bez wskazania parametrów.

W tym kontekście Odwołujący zakwestionował stwierdzenie przez Zamawiającego braku identyfikowalności zaoferowanej w poz. 380 teczki, gdyż na stronie internetowej producenta Barbara jest ona identyfikowalna w grupie produktów „teczka wiązana” {jako dowód nr 11 do odwołania załączono wydruk z tej strony}. Fakt, że nie posiada ona symbolu czy kodu nie ma znaczenia, gdyż stanowi nieuprawnione rozszerzenie badania identyfikowalności w stosunku do tego, co zostało zapisane w SIWZ.

Odwołujący podniósł również, że brak jest możliwości obiektywnego sprawdzenia identyfikowalności produktu, gdyż nie wiadomo na jaki moment miałyby być to oceniane – na dzień składania ofert, podczas oceny ofert, dniu zawarcia umowy czy w dniu dostawy. Z uwagi na zmieniającą się treść stron internetowych żaden wykonawca nie jest w stanie potwierdzić spełnianie tego wymogu na dzień składania ofert. Jednocześnie jest fizycznie niemożliwe, aby Zamawiający mógł dokonać takiej weryfikacji jednocześnie w stosunku do wszystkich ofert, z których każda obejmuje 464 pozycje, a czego wymagałaby zasada

8

równego traktowania wykonawców.

Również w tym zakresie Odwołujący podniósł, że niejasne i niespójne z rozdziałem V SIWZ oraz z art. 25 pzp postanowienie nie może być interpretowane na niekorzyść Odwołującego i prowadzić do jego eliminacji z postępowania.

Ponadto Odwołujący ponownie wytknął Zamawiającemu niekonsekwencję, gdyż w § 2 ust. 6 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ nie występuje parametr identyfikowalności, choć właśnie na etapie wykonania umowy mógłby być przydatny.

{poz. 151-164, 166-182 i 183}

Według relacji Odwołującego Zamawiający w zakresie poz. 151-164, 166-182 i 183 wskazał, że zgodnie z rozdziałem II ust. 1 pkt 3 SIWZ *Wszystkie oferowane artykuły (...) muszą być ogólnodostępne na rynku i identyfikowalne (karty katalogowe, opisy, dane techniczne w języku polskim) na stronach internetowych (...), a w odniesieniu do tych poz. brak jest możliwości zidentyfikowania na stronach internetowych danych produktów, materiałów z których są wykonane oraz danych technicznych.*

Zdaniem Odwołującego ponownie istotne jest, że podane uzasadnienie nie wskazuje na niezgodność oferowanego produktu z parametrami określonymi w SIWZ.

Odwołujący wskazał również, że aktualne są pozostałe twierdzenia, które powyżej podniósł odnośnie identyfikowalności. W tym przypadku nieuprawnione było rozszerzenie identyfikowalności o badanie danych produktów, materiałów z których są wykonane i danych technicznych.

Odwołujący podniósł w tym kontekście, że poszczególne rodzaje zaoferowanych przez niego kopert są identyfikowalne w rozumieniu, jakie powyżej wskazał:

- poz. 155, 172 czy 176 – na wielu stronach internetowych po wpisaniu w wyszukiwarkę google ich symboli {jako dowód nr 12 do odwołania załączono przykładowe wydruki};
- poz. 153, 156, 158, 171 oraz 180 (koperty firmy Omega) – na stronie producenta w dziale kategorie, a także na stronie głównej, gdzie podaje, że zajmuje się produkcją i dystrybucją kopert wszelkiego rodzaju {jako dowód nr 13 do odwołania załączono wydruki};
- poz. 152, 154, 157, 166-168, 177 oraz 178 (koperty firmy NC koperty) oraz poz. 169, 170, 173, 174 i 179 (koperty Grupy Mayer Kuvert) – na stronie producenta NC Koperty należącego do Grupy Mayer Kuvert {jako dowód nr 13 do odwołania załączono wydruki};

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że w piśmie z 21 kwietnia 2016 r. na pytanie do poz. 4 i 226 w jaki sposób Zamawiający chce zweryfikować, czy produkt jest z materiałów przetworzonych, Zamawiający odpowiedział, że wystarczy zapis na karcie produktu. Odwołujący wywiódł z tego, że choć pytanie dotyczyło innych pozycji, sentencja jest

jednoznaczna – *karta produktu ma być dokumentem potwierdzającym spełnienie wszystkich wymaganych parametrów, nawet tych nieudostępnianych na stronach internetowych.*

Odwołujący wyraził zaprzeczenie, że wymóg identyfikowalności nie odnosił się do merytorycznej zawartości oferty, a jedynie do sposobu jej prezentacji, co odniósł do orzecznictwa wskazującego, że tylko to pierwsze może stanowić podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Ponadto uznał, że w tym kontekście mieści się również wyrażane w orzecznictwie stanowisko, że wydruki ze stron internetowych nie stanowią dostatecznej podstawy uznania, że oferowany produkt nie spełnia określonych parametrów czy funkcjonalności wymaganych przez zamawiającego.

{KIO 1326/16}

18 lipca 2016 r. Odwołujący – Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach {dalej również: „KBK”} – wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o przekazanie kopii odwołania (zachowując Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od innych czynności objętych zarzutami odwołania, w tym od zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Jolimpex, Lyreco Polska S.A. z siedzibą w Komorowie {dalej również: „Lyreco”}, Kompani Biurowej z siedzibą w Warszawie {dalej również: „KB”} oraz Partner XXI sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu {które to

zaniechanie nie zostało odzwierciedlone na liście zarzutów}.

Odwołanie dotyczy części I zamówienia (sukcesywne dostawy artykułów biurowych).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 93 ust. 1 pkt 1 – przez unieważnienie postępowania, pomimo że nie wypełniła się przesłanka wynikająca z tego przepisu.
2. Art. 89 ust 1 pkt 2 – przez niewłaściwe jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, *względem której nie wypełniła się przesłanka dotycząca konieczności jej odrzucenia.*
3. Art. 87 ust. 1 zd. 1 – przez zaniechanie wezwania wykonawców Lyreco, KB, Partner XXI oraz Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonych ofert, w szczególności w kontekście art. 65 § 1 kc, co spowodowało ich odrzucenie w sytuacji, w której Zamawiający mógł konwalidować występujące w nich omyłki.
4. Art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 65 § 1 kc – przez zaniechanie poprawy omyłek polegających na niezgodności ofert Lyreco, KB, Partner XXI oraz Odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści tych ofert

10

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

oraz zaniechanie zawiadamiania o tym oraz wezwania tych wykonawców do wyrażenia zgody na dokonanie poprawki.

5. Art 24 ust. 2 pkt 3, a w konsekwencji art. 24 ust. 4 – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Jolimpex w sytuacji, gdy podał on nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a dotyczące oferowanego produktu (załączona karta produktu została przerobiona przez tego wykonawcę, sugerując, że informacje w niej zawarte zostały sporządzone przez producenta tego produktu), a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Jolimpex.
6. Art. 93 ust. 1 pkt 1 w konsekwencji naruszenia ww. przepisów, a w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez bezpodstawne unieważnienie postępowania.
7. Art. 91 ust. 1 w konsekwencji naruszenia 93 ust. 1 pkt 1 – przez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
8. Art. 7 ust. 1 w konsekwencji naruszenia ww. przepisów – przez nierówne traktowanie wykonawców, a w szczególności odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji, w której nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia wszystkich złożonych ofert.
2. Powtórzenia badania ofert, z uwzględnieniem obowiązku należytego ich zbadania, w tym wezwania w szczególności Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty.
3. Dokonania poprawek w treści oferty Odwołującego dotyczących poz. 386 oraz 388 w sposób zgodny z wyjaśnieniami złożonymi przez Odwołującego.
4. Poprawnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w następujący sposób sprecyzował powyższą listę zarzutów.

Odwołujący zrelacjonował, że postępowanie zostało unieważnione, gdyż w ocenie Zamawiającego każda ze złożonych ofert podlega odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją.

Odwołujący podniósł, że wskazane przez Zamawiającego niezgodności, które wystąpiły w ofertach, są nieporównywalne i nie mogą być jednakowo rozpatrywane, gdyż różna jest waga uchybień w ofertach (np. brak w ofercie wymaganego certyfikatu czy karty katalogowej należy odróżnić od uchybienia dotyczącego koloru skuwki czy rodzaju użytego w kopercie kleju). Choć na skutek działań lub zaniechań osób przygotowujących oferty

11

żadna z nich nie mogła zostać bezrefleksyjnie wybrana przez Zamawiającego, po wykonaniu przez Zamawiającego dodatkowych czynności nie wszystkie oferty podlegałyby odrzuceniu.

Odwołujący oświadczył, że w żadnej mierze nie kontestuje postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani możliwości opisanego przedmiotu zamówienia w sposób, w jaki uczynił to Zamawiający i nie podważa legalności działania Zamawiającego w tym zakresie. Niemniej Odwołujący wskazuje na kłopotliwość dokonania opisu przedmiotu zamówienia (zarówno w tym postępowaniu, jak i ewentualnych przyszłych postępowaniach) z uwagi na mnogość parametrów go cechujących, a co za tym idzie – na trudności w przygotowaniu oferty w sposób, który nie powodowałby konieczności poprawiania omyłek będących wynikiem działania ludzkiego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ustawodawca przewidział możliwość konwalidowania nieprawidłowych treści złożonych ofert, przy czym nie tylko w zakresie omyłek oczywistych, ale także takich, które w wyniku wezwania do wyjaśnienia mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający winien niezwłocznie zawiadomić o dokonanych czynnościach wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie dopełnił obowiązku zastosowania tego przepisu, co doprowadziłoby do zgodności w pewnym zakresie przynajmniej niektórych ofert ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji do braku konieczności unieważnienia postępowania. W ocenie Odwołującego stan faktyczny tego postępowania daje Zamawiającemu możliwość jego przeprowadzenia w taki sposób, aby został wyłoniony wykonawca, który zrealizuje zamówienie.

W odwołaniu zaprezentowano generalne wywody (z odwołaniem się do dorobku orzecznictwa i doktryny) odnośnie zakresu zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, w tym że może być ono poprzedzone zwróceniem się o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 pzp, a także nieostrości określenia, że poprawienie nie może powodować istotnej zmiany treści oferty.

Następnie w odwołaniu zamieszczono tabelę odzwierciedlającą stanowisko Odwołującego odnośnie tego, które spośród występujących w ofertach złożonych w postępowaniu błędów podlegają konwalidacji, a które nie. Według legendy zamieszczonej pod tabelą obejmuje ona niezgodności ofert z opisem przedmiotu zamówienia, zarówno stwierdzone przez Zamawiającego, jak i podnoszone przez Odwołującego. Z opisu kolumn wynika, że w poszczególnych kolumnach zaprezentowano:

- w pierwszej – liczbę porządkową {de facto numeracja urywa się na 3};
- w drugiej – wymaganie zawarte w opisie przedmiotu zamówienia;

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

- w trzeciej – pełny opis niezgodności stwierdzonej przez Zamawiającego lub Odwołującego;
- w czwartej – syntetyczne wypunktowanie stwierdzonych niezgodności z zaznaczeniem przez kogo została dostrzeżona;
- w piątej – przepis, na podstawie którego według Odwołującego powinien bazować Zamawiający.

W tabeli sklasyfikowano 27 przypadków niezgodności ofert z opisem przedmiotu zamówienia, w tym dwie dotyczące oferty KBK. Z tabeli wynika, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego były poz. 386 (teczka producenta Beskid Plus o symbolu TWMA4) i 388 (teczka producenta Kieltech o symbolu 4-W00012), które nie spełniają części wymagań (wprowadzonych wyjaśnieniami do treści SIWZ) wynikających z rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 20 października 2015 r. w sprawie klasyfikowania i kwalifikowania dokumentacji, przekazywania materiałów archiwalnych do archiwów państwowych i brakowania dokumentacji niearchiwalnej. Przy czym Odwołujący zarekomendował w obu przypadkach zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp poprzedzonego wyjaśnieniami na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 2 pzp oraz art. 65 § 1 kc w zw. z art. 14 pzp.

Pod tabelą Odwołujący zamieścił oświadczenie, że w kontekście powyżej zaprezentowanych niezgodności oświadcza, że wyraża zgodę na dokonanie przez Zamawiającego wszelkich poprawek (Odwołujący dodał, że według jego wiedzy dotyczy to tych dwóch pozycji), które doprowadzą ofertę KBK do zgodności z SIWZ, a także udzieli wszelkich wyjaśnień w zakresie złożonej oferty.

Następnie Odwołujący poczynił kolejne generalne wywody odnośnie możliwości zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego jako rzutujących na interpretację art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Punktem wyjścia uczynił tezę, że ponieważ według art. 139 ust. 1 pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, obejmuje to również zasadę swobody umów, która pozwala stronom stosunku zobowiązaniowego kształtować jego treść wedle uznania, o ile nie sprzeciwiają się temu właściwości stosunku, przepisy prawa lub zasady współżycia, co oznacza, że swobodzie takiej podlega także zmiana już zawartych umów. Jedynym ograniczeniem jest tu art. 140 ust. 1 pzp, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Gwarancją tego jest art. 144 ust. 1 pzp zakazujący istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji oraz określił warunki takiej zmiany. Odwołujący wywodził z tego, że zmiany nieistotne mogą być wprowadzone dowolnie, co ma znaczenie również w kontekście interpretacji art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp,

13

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

w którym jest mowa o istotnej zmianie w treści oferty. Odwołujący zwrócił uwagę, że aktualnie obowiązująca dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, dokonała w art. 72 daleko idącej zmiany pojęcia istotnej zmiany umowy i zakresu przypadków, w których można dokonać zmiany umowy, uwzględniając orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”). Odwołujący wskazał w szczególności, że w sprawach C-454/06 oraz C-469/99 TSUE uznał, że zmiana istotna to taka, która prowadzi do potencjalnej zmiany kręgu zainteresowanych wykonawców, zmienia równowagę ekonomiczną lub znacznie rozszerza zakres umowy. Odwołujący przytoczył brzmienie art. 144 ust. 1e pzp, implementującego powyższą regulację dyrektywy, który wejdzie w życie 28 lipca 2016 r.

Odwołujący podsumował, że w świetle powyższego nie sposób uznać, że błędy jakie w szczególności wystąpiły w jego ofercie są istotne, a zatem dokonanie ich poprawienia jest jak najbardziej możliwe, a konwalidacji treści ofert Zamawiający będzie w stanie dokonać w oparciu o uzyskane od KBK wyjaśnienia.

{KIO 1321/16, KIO 1326/16}

19 lipca 2016 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną kopie odwołań pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

21 lipca 2016 r. wpłynęły do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenia przez PARTNER XXI sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze {dalej również: „Partner XXI”} przystąpień do postępowania odwoławczego w obu sprawach po stronie Zamawiającego.

22 lipca 2016 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenie przez Konsorcjum Biuro Klub sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1321/16 po stronie Zamawiającego.

22 lipca 2016 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenie przez Lyreco Polska S.A. z siedzibą w Komorowie przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1326/16 po stronie Zamawiającego.

Powyższe przystąpienia zostały zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii stronom danego postępowania, a co do przystąpień w sprawie o sygn. akt KIO 1326/16 nie zgłoszono także opozycji.

Izba oddaliła opozycje zgłoszone przez Odwołującego Jolimpex przeciwko zgłoszeniom przystąpień po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1321/16,

14

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

gdyż nie uprawdopodobnił on, że KBK i Partner nie mają interesu w oddaleniu odwołania,

biorąc pod uwagę sposób sprecyzowania tego interesu w zgłoszeniach przystąpień w kontekście szerokiego pojmowania interesu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 pzp.

Zamawiający nie uznał zarzutów żadnego z odwołań.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego obie sprawy zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Odwołujących, Zamawiającego i Przystępujących) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, zgłoszeniach przystąpień, piśmie Przystępującego Partner XXI z 1 sierpnia 2016 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Obydwa odwołania podlegają oddaleniu.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożyli oferty. Jednocześnie ponieważ objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp dotyczą odrzucenia ich własnych ofert, narażają Odwołujących na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mogliby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, które zostało unieważnione przez Zamawiającego z uwagi na odrzucenie wszystkich ofert.

15

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący KBK nie ma legitymacji do podnoszenia zarzutów dotyczących innych ofert. Odwołujący sam określił w odwołaniu swój interes jako sprowadzający się do tego, że gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy pzp, wówczas KBK, który złożył najkorzystniejszą ofertę, zostałoby udzielone przedmiotowe zamówienie. Podczas rozprawy niesporne było, że według przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert rzeczywiście najkorzystniejszy bilans ceny oferty (kryterium o wadze 90%) i terminu dostawy częściowej (kryterium o wadze 10%) prezentuje oferta złożona przez KBK. Dla zaspokojenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia bez znaczenia jest los pozostałych ofert, w tym, czy zostały prawidłowo odrzucone przez Zamawiającego lub czy Zamawiający zaniechał ich odrzucenia względnie zaniechał wykluczenia innych wykonawców.

Dla porządku odnotować również należy, że Izba nie wzięła również pod uwagę argumentacji zawartej w piśmie Odwołującego Jolimpex z 31 lipca 2016 r., gdyż choć formalnie zostało ono złożone w sprawie o sygn. akt KIO 1321/16, w rzeczywistości zawiera wnioski i argumentację, które nie dotyczą tej sprawy, a stanowią polemikę z odwołaniem w sprawie o sygn. akt KIO 1326/16, w której Jolimpex nie jest uczestnikiem, gdyż nie zgłosił przystąpienia.

{KIO 1321/16, KIO 1326/16}

Ponieważ oba odwołania zawierają zarzuty dotyczące zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, rozważenia wymaga, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących postępowania

prowadzonego przez Zamawiającego, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

16

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie.

W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – poza potwierdzenia ogólnym oświadczeniem o zgodności z opisem przedmiotu zamówienia – podania konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu etc., pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności.

Nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Z tego względu w doktrynie prezentowany jest pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Z kolei w judykaturze podobnie wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieścić

17

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r.

w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231; dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”). Dokumenty te należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty ma bowiem dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 6 ust. 1 pkt 2 - 4 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach lub fotografiach produktów, które mają być dostarczone, których autentyczność musi być poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Resumując, jak trafnie zauważono w uzasadnieniu wyroku Izby z 16 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2162/12), konsekwencją nieuzupełnienia dokumentu przedmiotowego (innego niż potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu) jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji.

Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru stwierdzonej niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami s.i.w.z. (z uwzględnieniem wyjaśnień ich treści, których zamawiający udzielał w odpowiedzi na pytania wykonawców).

Zamawiający w prowadzonym przez siebie postępowaniu dla poszczególnych zamawianych artykułów biurowych {zwanych dalej również „produktami”} określił szczegółowe parametry techniczne w formularzu asortymentowo-cenowym (stanowiącym załącznik nr 2 do s.i.w.z.). Jednocześnie Zamawiający oczekiwał sprecyzowania przedmiotu

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

oferty przez podanie danych identyfikujących oferowany produkt, a na potwierdzenie spełniania przez te produkty parametrów technicznych określonych w formularzu asortymentowo-cenowym, na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp zażądał złożenia wraz z ofertą kart katalogowych dla każdego artykułu z opisem producenta lub importera (rozdział V pkt II pkt 2.2 s.i.w.z.). Oprócz tego Zamawiający zawarł w s.i.w.z. (rozdział II pkt I pkt 4) pewne zasadnicze wymagania wspólne dla wszystkich artykułów biurowych. Wśród nich znalazły się wymagania, aby zaoferowane produkty były ogólnodostępne na rynku i identyfikowalne na stronach internetowych (karty katalogowe, opisy, dane techniczne w języku polskim), przy czym rozumienie tych wymogów było przedmiotem wyjaśnień treści s.i.w.z. {szczegółowo opisanych w dalszej części uzasadnienia}. Oczywiście jest, że wymogi te nie odnoszą się do cech fizycznych zamawianych artykułów biurowych. Skoro jednak takie postanowienia zostały wprowadzone i zostały podtrzymane, wymagania te stanowią wiążący element opisu przedmiotu zamówienia, a wykonawcy składając ofertę, w tym oświadczając, że uważają się za związanych postanowieniami s.i.w.z. (oświadczenie z pkt 5 formularza oferty), składają oświadczenie woli, że wskazane przez nich w formularzu asortymentowo-cenowym artykuły są ogólnodostępne na rynku i identyfikowalne na stronach internetowych w takim rozumieniu, jakie wynika z s.i.w.z. i udzielonych wyjaśnień jej treści. Wobec tego wykrycie przez Zamawiającego, za pomocą dowolnych środków dowodowych, że dany artykuł nie jest powszechnie dostępny na rynku lub nie jest identyfikowalny na stronach internetowych, oznacza stwierdzenie sprzeczności z tymi zasadniczymi wymaganiami przedmiotu zamówienia, co oznacza sprzeczność treści oferty z treścią s.i.w.z. w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie to podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2

pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13) – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy

19

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obliuguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została bowiem wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia.

Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

{KIO 1321/16}

Izba stwierdziła, że z uwzględniając treść całości odwołania Jolimpex zarzuty w nim zawarte należy następująco pogrupować:

- I. zarzut dotyczący zmiany uzasadnienia odrzucenia oferty,
- II. zarzuty dotyczące odrzucenia oferty w poz. 202,
- II. zarzuty dotyczące odrzucenia oferty w poz. 380 i pozycjach dotyczących kopert.

Ad I.

20

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

Okoliczności faktyczne wynikające z odwołania nie były sporne, Zamawiający w piśmie z 11 lipca 2016 r. zawiadomił, że zmienia w całości treść przesłanego uprzednio pisma z 8 lipca 2016 r. w zakresie pkt 1.5 zawierającego uzasadnienie odrzucenia oferty Jolimpex.

Z art. 92 ust. 1 pzp wynika, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty

zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty m.in. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Natomiast zawiadomienie o unieważnieniu postępowania po złożeniu ofert uregulowane jest w art. 93 ust. 3 pkt 2 pzp, który nakazuje zamawiającemu dokonać tego równocześnie względem wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Nie powinno budzić jednak wątpliwości, że w przypadku unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, uzasadnienie takiej czynności zawierać musi również uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia każdej ze złożonych ofert.

Abstrahując od braku wskazania przez Odwołującego właściwego przepisu, rzeczywiście nie ma w ustawie pzp przepisu, który przewidywałby możliwość autokorekty przez zamawiającego podjętej i zakomunikowanej uprzednio wykonawcom decyzji dotyczącej prowadzonego postępowania. Zamawiający może jedynie uznać w całości zarzuty już wniesionego odwołania od wadliwie podjętej decyzji. Tym niemniej w orzecznictwie Izby ukształtowało się stanowisko, że nie stoi to na przeszkodzie, aby zamawiający korygował swoje decyzje, jeżeli sam dojdzie do wniosku, że są one nieprawidłowe, bo naruszają materialne przepisy ustawy pzp.

Izba zważyła, że podnoszona przez Odwołującego argumentacja jest bezprzedmiotowa w sytuacji, w której się znalazł, gdyż zmiana uzasadnienia odrzucenia jego oferty została dokonana niezwłocznie i w taki sposób, że był w stanie zakwestionować zarówno pierwotną, jak i ostateczną jego wersję. Zupełnie nieadekwatne jest utożsamianie tej sytuacji ze sprawami, w których zamawiający po wniesieniu odwołań wskazywali nowe lub zmienione uzasadnienie zaskarżonych już decyzji. Treść pisma z 11 lipca 2016 r. nie pozostawia wątpliwości, że wolą Zamawiającego było anulowanie poprzednio podanego uzasadnienia, które w oczywisty sposób odnosiło się do niezgodności stwierdzonych w innej ofercie. W konsekwencji dla Odwołującego bieg terminu na wniesienie odwołania od odrzucenia jego oferty rozpoczął bieg od przesłania sprostowania uzasadnienia, gdyż dopiero wtedy mógł się z nim zapoznać.

O ile zatem niedochowana została równoczesność informowania wszystkich

21

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

wykonawców o powodach podjęcia decyzji, o tyle nie miało to żadnego wpływu na sytuację Odwołującego, a tym bardziej na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Ad II.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania zarzutu:

Jolimpex przed złożeniem oferty zwracał się do M. i P. sp. z o.o. o {dalej również „producent”} producentem przesłanie karty produktu dla książki ewidencyjnej wyjść o symbolu 574-1, która zawierałaby potwierdzenie wszystkich parametrów opisanych dla poz. 202 (w tym rodzaju papieru offsetowego 80 g/m²), na co otrzymał odpowiedź, że w załączeniu przesyłana jest karta produktu o symbolu 574-1 {korespondencja elektroniczna z 17-18 maja 2016 r. załączona jako dowód nr 4 do odwołania}. Co prawda nie ma jednoznacznego dowodu, że załącznikiem tym była karta, która została następnie złożona w ofercie Jolimpex, jednak nie sposób również tego wykluczyć, skoro została ona przesłana w odpowiedzi na tak sformułowany wniosek.

Zamawiający w toku badania oferty Jolimpex ustalił u producenta, że standardowo książka o symbolu 574-1 drukowana jest na papierze offsetowym o gramaturze 70 g, jednakże na indywidualne zamówienie może zostać wykonana na papierze o gramaturze 80 g {korespondencja elektroniczna z 7-8 lipca 2016 r. str. 1561 dokumentacji Zamawiającego}. Producent ponownie potwierdził taką możliwość Odwołującemu {wydruk korespondencji elektronicznej z 1 sierpnia 2016 r. złożony na rozprawie} W tym kontekście uzyskane przez Przystępującego Partner XXI oświadczenie producenta, że książka o indeksie 574-1 drukowana jest na papierze o gramaturze 70 g należy odczytywać jako odnoszące się do standardu, zwłaszcza, że nie wiadomo, jakie było pytanie zadane przez Przystępującego [pisemne oświadczenie z 5 lipca 2016 r. złożone na rozprawie].

Jednocześnie z powyższych oświadczeń producenta nie wynika, aby zmiana gramatury papieru powodowała zmianę indeksu.

Jako powód odrzucenia Zamawiający podał, że w poz. 202 wymagana była książka

ewidencyjna z papieru offsetowego o gramaturze 80 g/m², podczas gdy Zamawiający ustalił u producenta oferowanego produktu, że jest ona drukowana na papierze 70 g/m², a nie fakt zaferowania książki ewidencyjnej, która na zamówienie zostanie wykonana na papierze o wymaganej gramaturze.

Izba zważyła, że w tych okolicznościach zarzut odwołania jest zasadny, gdyż Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że zaoferowana została książka ewidencyjna wykonana na papierze o niewłaściwej gramaturze. Nie zaistniała zatem niezgodność treści oferty

22

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

z treścią opisu przedmiotu zamówienia dla poz. 202, na którą wskazał Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji.

Potwierdzenie się w tym zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp nie miało jednak wpływu na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, wobec niepotwierdzenia się pozostałych zarzutów naruszenia tego przepisu.

Ad III.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że zarzucanie w kontekście okoliczności opisanych w odwołaniu naruszenia art. 25, 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3, 5, 6 i 10, art. 41 ustawy pzp oraz § 6 rozporządzenia o dokumentach jest spóźnione lub bezprzedmiotowe. Kwestionowanie opisu przedmiotu zamówienia dokonane przez Zamawiającego, zażądania lub przez dokumentów na niezażądania Zamawiającego określonych potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań dla przedmiotu zamówienia dopiero po rozstrzygnięciu postępowania nie dochowuje terminów na wniesienie odwołania, które wynikają z art. 182 pzp. Jak wynika z poniżej poczynionych ustaleń, Jolimpex przed terminem składania ofert kwestionował wymagania opisu przedmiotu zamówienia dotyczące identyfikowalności i ogólnodostępności oferowanych artykułów, jednak poprzestał na zgłaszaniu Zamawiającemu wniosków o zmianę treści s.i.w.z., nie wnosząc od tych postanowień s.i.w.z. odwołania. Tym bardziej Odwołujący nie może tego uczynić na tym etapie postępowania, gdyż niezależnie od tego jak opisał i dodatkowo uzasadnił te zarzuty, dotyczą one ostatecznie ukształtowanej treści s.i.w.z. Ponadto okoliczności podane w uzasadnieniu odwołania w żaden sposób nie nawiązują do warunków udziału w postępowaniu lub opisu sposobu dokonywania ich oceny, co odnosi się do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 pzp. Odwołujący błędnie utożsamia z tymi warunkami dotyczącymi sytuacji podmiotowej wykonawców z warunkami dotyczącymi przedmiotu zamówienia, czyli opisem przedmiotu zamówienia i wymaganym na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp zakresem potwierdzenia ich spełnienia przez oferowane dostawy.

Natomiast Izba w tej sprawie musiała rozstrzygnąć, czy w kontekście ostatecznie ukształtowanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia i zakresu zażądanych przez Zamawiającego dokumentów na potwierdzenie spełniania wymagań z tego opisu wynikających, Odwołujący słusznie zarzuca, że Zamawiający miał podstawy, aby uznać, że w zakresie opisanym w zawiadomieniu z 11 lipca 2016 r. oferta Jolimpex nie odpowiada treści s.i.w.z.

23

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania zarzutu:

Rozdział II s.i.w.z. pn. „Opis przedmiotu zamówienia” w zakresie wykazu i opisu parametrów zamawianych artykułów odsyła do formularza asortymentowo-cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ {pkt II.3}

Jednocześnie określa zasadnicze wymagania dla przedmiotu zamówienia, zastrzegając że wszystkie oferowane artykuły muszą być {wyliczenie zawarte w pkt II.4 poniżej pogrupowano}:

– fabrycznie nowe, nie mogą nosić znamion użytkowania;

- wolne od wad fizycznych oraz prawnych oraz roszczeń osób trzecich;
- pełnowartościowe w pierwszym gatunku, tzn. bez odkształceń, nieuszkodzone mechanicznie, kompletne;
- ogólnodostępne na rynku i identyfikowalne (karty katalogowe, opisy, dane techniczne w języku polskim) na stronach internetowych;
- opakowane oryginalnie w nienaruszone opakowanie z zabezpieczeniami stosowanymi przez producenta oraz znaki identyfikujące produkt.

W rozdziale V pn. „Sposób przygotowania oferty wraz z oświadczeniami lub dokumentami” w pkt II pn. „Wymagane oświadczenia lub dokumenty składane wraz z ofertą” Zamawiający zażądał jako dokumenty potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada określonym przez niego wymaganiom:

- po pierwsze – wypełnionego i podpisanego formularza asortymentowo-cenowego, zawierającego w szczególności informacje na temat producenta i oznaczenia oferowanego artykułu (podano, że przez oznaczenie oferowanego artykułu rozumie się np. model lub numer katalogowy), które musi wskazywać tylko na jeden produkt {pkt 2.1};
- po drugie – kart katalogowych dla każdego artykułu (z opisem producenta lub importera) {pkt 2.2}.

Zarówno zasadnicze wymagania odnośnie przedmiotu zamówienia, jak i zakres wymaganego potwierdzenia wymagań opisu przedmiotu zamówienia były przedmiotem wielu pytań wykonawców, na które Zamawiający odpowiedział w trybie udzielania wyjaśnień do treści s.i.w.z.,

Wyjaśnienia z 21 kwietnia 2016 r.

W odpowiedzi na pytanie 15. Zamawiający potwierdził, że nie dopuszcza kart katalogowych wystawionych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, a wymaga kart katalogowych lub kart charakterystyki wystawionych przez producentów lub właścicieli marki.

24

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

W odpowiedzi na pytanie 16., czy zgodnie z postanowieniem rozdziału II pkt 4 SIWZ Zamawiający oczekuje, aby oferowany produkt był identyfikowalny zarówno na wystawionej karcie produktu, jak i na stronie internetowej, czy wystarczy jedno z nich – Zamawiający wyjaśnił, że produkt ma być identyfikowalny zarówno na karcie, jak i na stronie internetowej.

Na pytanie 18. w odniesieniu do poz. 226 i 4 {album ofertowy wykonany z ponad 50% surowców wtórnych}, w jaki sposób Zamawiający chce zweryfikować, czy produkt jest z materiałów przetworzonych i czy wystarczy w tym zakresie oświadczenie producenta na karcie produktu – Zamawiający odpowiedział twierdząco.

Wyjaśnienia z 27 kwietnia 2016 r.

Nawiązując m.in. do powyższych wyjaśnień, Jolimpex stwierdził, że wprowadzając takie zapisy Zamawiający *de facto* uniemożliwia złożenie ważnej oferty, gdyż:

- narzuca na wykonawców obowiązek przedstawiania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na których formę i treść nie mają wpływu;
- wielu producentów lub importerów nie posiada oraz nie umieszcza jednocześnie na swoich stronach internetowych dokumentów w wymaganej przez Zamawiającego formie;
- wykluczają producentów, którzy nie posiadają własnej strony internetowej lub nie umieszczają na niej całego swojego asortymentu lub szczegółowego opisu;
- część produktów będących przedmiotem zamówienia jest produkowanych na indywidualne zamówienie i nie są one dostępne w żadnym katalogu czy też na stronie internetowej;

Reasumując, oceniono, że wymóg jest niemożliwy do spełnienia, nie ma żadnego merytorycznego uzasadnienia w odniesieniu do oceny zgodności oferowanych produktów ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia dla konkretnego produktu, a forma przedstawionego dokumentu potwierdzającego nie ma bezpośredniego wpływu na właściwości produktu.

Ponadto Jolipex stwierdził, że takie wymagania w sposób istotny podwyższają koszty przygotowania oferty, które ostatecznie zostaną wliczone w cenę ofertową.

W podsumowaniu Jolimpex podniósł, że jest to ograniczenie konkurencji stojące w sprzeczności z art. 7 ust. 1 pzp.

W związku z powyższym wniósł o zmianę s.i.w.z. polegającą na dopuszczeniu

przedstawienia jako dokumentu potwierdzającego spełnienie wymaganych parametrów określonych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia albo karty katalogowej lub karty charakterystyki wystawionej przez producenta lub właściciela marki, albo wydruku ze strony internetowej producenta lub właściciela marki.

W odpowiedzi Zamawiający podtrzymał dotychczasowe zapisy.

Wyjaśnienia z 29 kwietnia 2016 r.

25

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

Na pytanie 11., w którym ponownie nawiązano do odpowiedzi na pytanie 16. z 21 kwietnia 2016 r., stwierdzając ponadto, że nie wszystkie produkty dostępne są na stronach internetowych, bo są nietypowe np. pudła będą produkowane na zamówienie, zatem nie są dostępne na stronie – Zamawiający odpowiedział, że nie będzie wymagał identyfikacji pudeł archiwizacyjnych na stronie, wystarczy złożenie karty producenta lub importera.

Wyjaśnienia z 9 maja 2016 r.

W odpowiedzi na pytanie 19. (zgłoszone przez Partnera XXI), ponownie nawiązujące do odpowiedzi na pytanie 16. z 21 kwietnia 2016 r. i podnoszące, że warunek identyfikowalności na kartach katalogowych i stronach internetowych producenta jest niemożliwy do spełnienia, a informacja na stronie internetowej producenta nie może mieć większej wartości dowodowej niż oświadczenie wykonawcy o zgodności treści oferty z treścią SIWZ, a tym bardziej potwierdzenie tej informacji pisemnym oświadczeniem producenta/dystrybutora w formie karty katalogowej czy wydruku z katalogu, gdyż informacje podane przez producenta mają jedynie walor marketingowy, handlowy o charakterze informacyjnym, a dodatkowo wykonawca nie ma wpływu na to, jakie informacje na stronie internetowej zamieszcza producent, powołując się na powyżej opisany wyjątek dopuszczony dla jednego z produktów, wniesiono o takie dopuszczenie również dla pozostałych oferowanych produktów – Zamawiający podtrzymał wyjątek tylko dla pudeł archiwizacyjnych

Reasumując, Izba ustaliła, co następuje.

Według treści s.i.w.z. można było zaoferować produkty (nazywane wymiennie „artykułami”):

- ogólnodostępne na rynku, a nie na specjalne zamówienie, dla których istnieją wystawione przez producenta lub importera karty katalogowe, zawierające potwierdzenie szczegółowych parametrów wynikających z formularza asortymentowo-cenowego;
- identyfikowalne na stronach internetowych co do szczegółowych parametrów wynikających z formularza asortymentowo- cenowego, co oznacza, że te same karty katalogowe lub informacje o produktach w takim samym zakresie powinny znajdować się na stronach internetowych producentów lub importerów.

Jednocześnie Zamawiający dla potwierdzenia, że zaoferowane produkty, opisane przez nazwę producenta i oznaczenie artykułu {wbrew literalnej treści rozdziału V pkt II pkt 2.1 s.i.w.z. wypełniony w ten sposób wraz z podaniem cen formularz-asortymentowo cenowy stanowi sprecyzowanie treści oferty, a nie dokument potwierdzający spełnianie wymagań opisu przedmiotu zamówienia} spełniają one szczegółowe parametry określone przez niego w formularzu asortymentowo-cenowym, zażądał kart katalogowych wystawionych przez producenta lub importera.

26

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

Potwierdzenie spełniania przez oferowane produkty cechy ogólnodostępności oraz identyfikowalności oferowanych produktów mogło nastąpić, gdy Zamawiający odnalazł te same karty katalogowe, które zostały załączone do oferty, lub potwierdzenie tych samych parametrów, które obejmowały te karty katalogowe, na stronach internetowych, przede wszystkim producenta lub importera wskazanego w formularzu asortymentowo-cenowym. W ten sposób Zamawiający *de facto* dał wyraz ograniczonemu zaufaniu informacjom przekazywanym przez wykonawców w kartach katalogowych, zapewniając sobie prawo do ich zweryfikowania we własnym zakresie. Jak wynika z poniżej poczynionych ustaleń, założenie to było to jak najbardziej uzasadnione.

Jedynie odstąpienia od zasady podwójnej weryfikacji zgodności treści oferty z treścią

s.i.w.z. zostały wprowadzone na etapie wyjaśnień treści s.i.w.z. w stosunku do pudeł archiwizacyjnych oraz jednej cechy artykułów z poz. 4 i 226, w których przypadku Zamawiający dopuścił poprzestanie na informacjach wynikających z kart katalogowych producenta lub importera złożonych wraz z ofertą, które nie musiały w tym zakresie znaleźć odzwierciedlenia na stronie internetowej. Tym samym wyłącznie w odniesieniu do pudeł archiwizacyjnych *de facto* dopuszczono, aby był to produkt na zamówienie. W wyjaśnieniach z 21 kwietnia 2016 r. nie została sformułowana wprost, ani nie daje się wywieść, że *karta produktu ma być dokumentem potwierdzającym spełnienie wszystkich wymaganych parametrów, nawet tych nieudostępnianych na stronach internetowych* w odniesieniu do innych produktów lub cech niż to wprost dopuszczono. Świadczą o tym później udzielone wyjaśnienia, w których Zamawiający odmówił odstąpienia od egzekwowania identyfikowalności.

Z przebiegu postępowania przed upływem terminu składania ofert wynika, że Jolimpex doskonale rozumiał powyższe uwarunkowania, w szczególności, że nie będzie mógł zaoferować artykułów, dla których nie ma w ogóle lub nie ma szczegółowego opisu na stronach internetowych producenta lub importera, a także artykułów wyprodukowanych na jego indywidualne zamówienie, dla których w ogóle nie ma informacji na stronach internetowych.

W poz. 380 (teczka wiązana kartonowa na dokumenty A4 o wym. 320 x 237 mm z możliwością rozszerzenia grzbietu do 25 mm, grubość kartonu 250 g/m², z przodu miejsce na opis) Jolimpex zaoferował produkt na swoje indywidualne zamówienie, który nie posiada symbolu (kodu), produkcji P.P.H.U „Barbara” K. i N. sp. j. z siedzibą w Człuchowie {dalej również: „producent Barbara”}, co wynika wprost z karty produktu złożonej w ofercie.

Karta katalogowa złożona wraz z ofertą nie pochodzi ze strony internetowej producenta, na której nie można również potwierdzić w inny sposób wszystkich

27

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

szczegółowych parametrów {okoliczność bezsporna}, gdyż znajdują się tam tylko informacje o teczkach standardowo dostępnych o podanych tam kodach, bez podania ich wymiarów {wydruk załączony do odwołania jako dowód nr 11}, a według informacji uzyskanych przez Przystępującego Partner XXI są to te czki o innych wymiarach niż wymagane przez Zamawiającego {złożony na rozprawie wydruk korespondencji elektronicznej z 28-29 lipca 2016 r.}

W odniesieniu do pozycji formularza asortymentowo-cenowego dotyczących różnego typu kopert Jolimpex zaoferował koperty następujących producentów: w poz. 153, 156, 158, 171, 175 i 180 – „Omega” K.Z. ze Szczecinka {dalej również: „Omega”}, w poz. 152, 154, 157, 166, 168, 176, 177, 178 – NC Koperty sp. z o.o. z siedzibą w Gołdapi {dalej również: „NC koperty”}, w poz. 155, 169, 170, 172, 173, 174, 179 – Grupa Mayer Kuvert (powiązanego z poprzednim producentem), załączając karty katalogowe, które potwierdzają wszystkie szczegółowe parametry.

Dla kopert drugiego i trzeciego producenta złożono odrębne dla każdej poz. karty katalogowe, z których większość wprost wskazuje (poz. 152, 154, 157, 166-170, 173-174, 177-179), że tak jak zaznaczono to w formularzu asortymentowo-cenowym, są to produkty na indywidualne zamówienie Jolimpexu, co nie stało się podstawą odrzucenia wskazaną przez Zamawiającego, jednak pośrednio świadczy, że nie są to koperty identyfikowalne na stronach internetowych tych producentów, co potwierdził dodatkowo Odwołujący, który w tym zakresie powołał się jedynie na ogólne informacje o misji firmy należącej do grupy zajmującej I miejsce w Europie w produkcji i dystrybucji kopert oraz materiałów służących do opakowania korespondencji {wydruk załączony do odwołania w ramach dowodu nr 13}.

Dla dwóch rodzajów kopert (poz. 155, 172) Odwołujący wykazał, że na stronach internetowych dzięki unikalnemu oznaczeniu liczbowemu podanemu w formularzu asortymentowo-cenowym można zidentyfikować większość lub nawet wszystkie parametry, jednak nie są to strony internetowe tych producentów {wydruki dla tych poz. załączone do odwołania w ramach dowodu nr 12}. W przypadku poz. 176 Odwołujący wykazał, że wszystkie parametry można potwierdzić w katalogu NC koperty, jednak nie zostało wykazane, że katalog ten jest dostępny na stronie internetowej tego producenta {wydruk str. 92 katalogu załączony do odwołania w ramach dowodu nr 12}.

Dla dwóch zbiorczych karty katalogowych (osobno dla kopert bąbelkowych i kopert brązowych) dla kopert producenta Omega Odwołujący wykazał, że danych w nich zawartych nie można potwierdzić na stronach internetowych tego producenta, gdyż powołał się w tym zakresie jedynie na ogólnikową informację, że firma ta zajmuje się produkcją o dystrybucją kopert wszelkiego rodzaju {wydruk załączony do odwołania w ramach dowodu nr 13}.

28

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

Ponadto Przystępujący KBK wykazał, że Omega nie jest producentem ani importerem żadnego z 6 rodzajów kopert brązowych zaoferowanych przez Jolimpex w poz. 153, 156, 158, 171, 175 i 180, a ponadto żadna z dwóch kart katalogowych złożonych przez Jolimpex (czyli również ta dla kopert bąbelkowych) nie została przez wystawioną przez Omegę, a Jolimpex bez zgody tego producenta wykorzystała jego znak firmowy {złożone na rozprawie pismem oświadczenia K.Z.}. Skoro wskazany przez Jolimpex producent nie produkuje lub nie potwierdza parametrów kopert, potwierdza to jednoznacznie, że Odwołujący zaoferował koperty nieidentyfikowane.

Izba zważyła, że w powyżej ustalonych okolicznościach zarzuty dotyczące obu powyższych podstaw faktycznych odrzucenia okazały się niezasadne, gdyż Zamawiający podstawnie przyjął, że zaoferowana teczka wiązana i koperty {z wyjątkami opisanymi powyżej} nie są artykułami powszechnie dostępnymi na rynku lub identyfikowalnymi na stronach internetowych.

{KIO 1326/16}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania odwołania:

W pkt 1.4 pisma z 8 lipca 2016 r. Zamawiający wskazał trzy zakresy pozycji jako podstawy faktyczne uznania, że oferta KBK nie odpowiada treści s.i.w.z. W szczególności w ramach trzeciego zakresu Zamawiający wskazał, że w poz. 151-164, 183 oraz 166-182 wymagał zaoferowania kopert, jednocześnie zgodnie z postanowieniem zawartym w rozdziale II wszystkie oferowane artykuły muszą być ogólnodostępne na rynku i identyfikowalne (karty katalogowe, opisy, dane techniczne w języku polskim) na stronach internetowych. Zamawiający stwierdził, że kbk zaoferował w poz. 151-183 formularza ofertowego produkty firmy A&G koperty, dla każdej z tych pozycji zostały załączone karty produktu. Jednak zaoferowane produkty nie są możliwe do zidentyfikowania na stronach internetowych (również producenta), gdyż podane kody nie wskazują jednoznacznie na jeden konkretny produkt ani na jego parametry techniczne. Ponadto niektóre z tych kopert w kartach są opisane jako produkty na specjalne zamówienie.

Odwołanie nie dotyczy zakwestionowania decyzji Zamawiającego w zakresie kopert, w treści uzasadnienia wprost wskazano, że dotyczy dwóch podstaw faktycznych odrzucenia, co znajduje potwierdzenie w tabeli, w której w odniesieniu do KBK wskazano na poz. 386 i 388.

Niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. w zakresie pozostałych podstaw

29

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

odrzucenia była okolicznością bezsporną, z tego względu Izba oddaliła zgłoszone w tym zakresie wnioski dowodowe.

Izba zważyła, że w tych okolicznościach odwołanie nie może zostać uwzględnione już z tego powodu, że nie wniesiono odwołania od decyzji o odrzuceniu oferty KBK w odniesieniu do jednej z podstaw faktycznych, o których Zamawiający poinformował w zawiadomieniu z 8 lipca 2016 r. Tym samym decyzja Zamawiającego w tym zakresie nie podlegała kognicji Izby, która zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Niezależenie od powyższego podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczące dwóch pozostałych podstaw odrzucenia nie mogłyby zostać uwzględnione, gdyż poza wskazaniem

przepisów, omówieniem zakresu ich zastosowania i stwierdzeniem, że decyzja była odwołanie nie Zamawiającego nieprawidłowa, zawiera żadnych konkretnych okoliczności, dlaczego niezgodność z treścią oferty, której wystąpienie Odwołujący potwierdził, miałyby podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, ewentualnie poprzedzonym wyjaśnieniem w trybie art. 87 ust. 1 pzp. Odwołujący bezskutecznie usiłował na rozprawie w tym zakresie obejść art. 192 ust. 7 pzp przez zgłoszenie wniosków dowodowych *de facto* dotyczących zupełnie nowych w stosunku do odwołania okoliczności, które jednak nie mogły już być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

{KIO 1321/16, KIO 1326/16}

W konsekwencji wszystkie podnoszone naruszenia innych niż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przepisów należało również uznać za bezzasadne, a decyzję Zamawiającego o unieważnieniu postępowania – za prawidłową.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w każdej ze spraw orzeczono stosownie do jej wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczone przez Odwołujących wpisy – zgodnie z § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Ponadto stosowanie do § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Zamawiającego w każdej ze spraw poniesione

30

Sygn. akt: KIO 1321/16 KIO 1326/16

przez niego koszty z tytułu uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy, ograniczając ich wysokość do kwoty wynikającej z przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

31