Sygn. akt: KIO 1890/15

POSTANOWIENIE
z dnia 19 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Adam Skowroński
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 19 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **A. K. Starpol Meble, ul. Hugona Kołłątaja 100, 24 – 100 Puławy** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Pl. Powstańców Warszawy 1, 00-030 Warszawa**
przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Office Plus Warszawa Sp. z o.o., Ul. Słupecka 4/85, 02-309 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesionej z tytułu wpisu od odwołania na rzecz wykonawcy **A. K. Starpol Meble, ul. Hugona Kołłątaja 100, 24 – 100 Puławy.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie -

---

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 1890/16

Uzasadnienie

Zamawiający: Urząd Komisji Nadzoru Finansowego prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa mebli biurowych do budynku przy ul. Jasnej 8 w Warszawie", znak postępowania DAI/WZP/231/24/2016. Ogłoszenie opublikowano w Dz. Urz. EU nr 2016/S 077-136G67 z dnia 20 kwietnia 2016 roku

Odwołujący: A. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A. K. Starpol Meble w Puławach wniosła odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:
1. zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Office Plus Warszawa sp. z o.o. (dalej: „Office Plus");
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Office Plus jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz");
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Office Plus jako zawierającej rażąco niską cenę;
4. wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Office Plus jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta:
a) zawiera rażąco niską cenę,
b) złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia,
c) jest niezgodna z treścią siwz;
5. zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.
Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16

kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2009 r. nr 201 poz. 1540) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Office Plus w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Office Plus jako nieodpowiadającej treści siwz;

---

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Office Plus, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Office Plus, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;
5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.
W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:
1/ unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2/ przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert i w konsekwencji;
3/ odrzucenia oferty Office Plus;
4/ dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
W toku postępowania o udzielenie zamówienia do Zamawiającego wpłynęły cztery oferty. Oferta Office Plus została wybrana jako najkorzystniejsza, a oferta Odwołującego zajęła drugie miejsce. Wykonawca Tronus Polska sp. z o.o. został wykluczony z postępowania, a oferta wykonawcy Accept P.J., M. Przystępujący sp. j. została odrzucona. W przypadku uznania zasadności odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty Office Plus, niezgodnie z przepisami Pzp, uniemożliwiło Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W przypadku odrzucenia oferty Office Plus oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.
Uzasadnienie
W dniu 28 września 2016 roku Odwołujący drogą elektroniczną został poinformowany przez Zamawiającego o wyborze oferty Office Plus jako najkorzystniejszej.
I. Zarzut rażąco niskiej ceny. W dniu 18 lipca 2016 r., Office Plus został wezwany do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę. W ocenie Zamawiającego cena złożonej przez ww. Wykonawcę była niższa o 37 % w stosunku do wartości zamówienia, w związku z czym Wykonawca był zobowiązany udowodnić, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, o której mowa w art. 91 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać przedstawienie okoliczności na potwierdzenie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia wraz ze złożeniem dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wskazanej w złożonej przez niego ofercie. Office Plus w następstwie wezwania Zamawiającego złożył wyjaśnienia w zakresie

---

rażąco niskiej ceny, które w całości w tym zakresie utajnił, stąd Odwołujący nie zna nawet daty złożenia tych wyjaśnień. Wiedzę - w zakresie uznania przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Office Plus co do zadeklarowanej ceny oraz uznania jej za niebędącą rażąco niską - Odwołujący czerpie jedynie z protokołu komisji przetargowej z dnia 24 sierpnia 2016 r., gdzie Komisja powołana przez Zamawiającego lakonicznie stwierdziła, iż „Office Plus Warszawa sp. z o.o. wyjaśnił wątpliwości, co do wysokości zaoferowanej ceny ...." . Pomimo, iż przepis art. 90 ust. 2 Pzp nakazuje Zamawiającemu ocenę ofert pod względem stosowania rażąco niskiej ceny, biorąc pod uwagę obiektywne czynniki takie jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej, udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, to Zamawiający nawet w jednym zdaniu nie uzasadnił, co było przyczyną uwzględnienia wyjaśnień Office Plus. W tym zakresie uzasadnienie Zamawiającego nie

może być przyjęte za wystarczające, jako nadzwyczaj lakoniczne, gdyż nie wskazano nawet żadnego z dokumentów, jakie przedstawił Wykonawca, tytułem dowodu na brak okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.” Zatem, jak wynika z powoływanego przepisu jedynym punktem odniesienia w przypadku rażąco niskiej ceny jest wartość całego przedmiotu zamówienia. W świetle ugruntowanego orzecznictwa KIO i sądów powszechnych, należy uznać, że rażąco niską ceną jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Rażąco niską ceną jest cena oderwana od realiów rynkowych. Obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. W wyroku KIO z dnia 01.04.2011 r., KIO 586/11 stwierdzono, iż rażąco niską ceną, jest cena, która nie gwarantuje, przy znanych wartościach składowych, jej elementach kalkulacyjnych, realizacji zamówienia w sposób bezpieczny i niezakłócony, która nie daje pewności, że zamówienie zostanie wykonane należycie i w sposób założony przez Zamawiającego, zaś przedsięwzięcie nie tylko zbilansuje się w znaczeniu rachunkowym, ale przyniesie także pewien zysk wykonawcy. Podstawowym punktem odniesienia dla oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego, powiększona o właściwą Stawkę podatku VAT. W przedmiotowym postępowaniu, jak wynika z protokołu postępowania, szacunkowa wartość zamówienia została ustalona w wysokości brutto 1.875.812,73 zł. Natomiast Office Plus złożyło ofertę z ceną rażąco niższą od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia w kwocie 1.176.987,00 zł brutto.

W ocenie Odwołującego wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez Zamawiającego ma obrazować poziom cen rynkowych ustalonych w oparciu o warunki realizacji zamówienia i zapisane w dokumentacji przetargowej wymagania oraz terminy oznaczone przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego propozycja cenowa Office Plus w sposób znaczny odbiega od wyceny i szacunków, jakie przeprowadził Zamawiający. Cena oferty przedstawionej przez Odwołującego jest najbardziej zbliżona do szacunku dokonanego przez Zamawiającego oraz rzeczywistego poziomu cen rynkowych dla tego zamówienia. Należy brać przy tym pod uwagę, że oferty były kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań Zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez Office Plus i Odwołującego mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku, więc oferty nie powinny się aż tak bardzo różnić cenowo.
Odwołujący zwraca uwagę, iż Zamawiający powziął wątpliwości, co do ceny oferty złożonej przez Office Plus i w związku z tym wezwał tego, jak i innych wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień, które jednak w przypadku Office Plus zostały w całości utajnione. Należy podnieść, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wykazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać, jakie czynniki faktyczne wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia muszą, bowiem potwierdzać, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana, co w przypadku oferty Office Plus nie ma jednak miejsca. Zdaniem Odwołującego oferta w/w wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, za którą wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest możliwe.
Jak przyjęła KIO w wyroku KIO/UZP 963/09, „Badanie oferty w celu stwierdzenia, czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, należy odnosić do całościowego kosztu realizacji zamówienia, gdyż przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wprost mówi „o ustaleniach czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia."
Nadto w wyroku KIO 1014/13 KIO wyraziła pogląd „Przedmiotem badania w przypadku zaistnienia wątpliwości, co do zaoferowania przez danego wykonawcę rażąco niskiej ceny powinna być cena za realizację całego przedmiotu zamówienia. Znajduje to oparcie w treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, zgodnie, z którym zamawiający odrzuca ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.
Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać, jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana i udowodnić realność

zaoferowanej ceny.

Oceniając cenę zaproponowaną przez wykonawcę pod kątem tego, czy cena ta nie jest ceną rażąco niską, Zamawiający powinien przede wszystkim dokonać porównania ceny zawartej w ofercie wykonawcy, z szacowną przez Zamawiającego wartością zamówienia.
W ocenie Odwołującego należy uznać zaoferowaną przez Office Plus cenę, jako rażąco niską w stosunku do szacownej wartości zamówienia. Zdaniem Odwołującego w zakresie pozycji 15 załącznika nr 8 do SIWZ Office Plus wskazał krzesło konferencyjne/gabinetowe Profim, model Acos, które jest o wiele tańsze od innych krzeseł konferencyjnych o kwotę, co najmniej kilkuset złotych czy nawet do tysiąca złotych za każdą sztukę, co przy liczbie 34 krzeseł, może dać znaczącą kwotę, rzędu kilkudziesięciu tysięcy złotych. Wykonawca w celu wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej, mógł umyślnie zastosować krzesło konferencyjne Profim, model Acos, w celu pozyskania zamówienia, a stosując rzeczone krzesła, mógł chcieć celowo wpłynąć na wynik postępowania, zaniżając w ten sposób złożoną przez siebie ofertę o kilkadziesiąt tysięcy złotych.
II. Zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny
Odwołujący nie może odnieść się w sposób wyczerpujący do argumentacji podnoszonej przez Office Plus, albowiem po wezwaniu przez Zamawiającego wykonawca złożył wyjaśnienia jednakże zostały one utajnione w całości. Informację w zakresie utajnienia w całości wyjaśnień Office Plus, Odwołujący powziął z ustnych informacji przekazanych mu przez pracowników Zamawiającego, którzy nie pozwolili mu się z nimi w ogóle zapoznać i sporządzić ich fotokopii. Zdaniem Zamawiającego w pierwszej kolejności wymaga podkreślenia, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 Pzp, zgodnie, z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Na zasadzie unormowania zawartego w art. 96 ust. 3 Pzp protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny i podlega udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Przepis § 5 ust. 1 i 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2010 r., Nr 223, poz. 1458), stanowi, iż zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Udostępnienie musi nastąpić niezwłocznie po złożeniu wniosku.
Zastrzeżenie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, o którym mowa w art. 8 ust. 1 Pzp powinno być interpretowane w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty, wyjaśnień i innych oświadczeń składanych przez wykonawców w toku postępowania i o zamówienie publiczne.

W niniejszym postępowaniu Office Plus, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 lipca 2016 r., złożył wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny, zastrzegając całość wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. W rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tajemnicą przedsiębiorstwa są „(...) nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co, do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.”
Zdaniem Odwołującego należy jednak jednoznacznie stwierdzić, iż wyjaśnienia w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być ogólnikowe i nie mogą być zastosowane w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w stosunku do każdego dokumentu. Z ochrony, jaką daje możliwość zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa można korzystać wyłącznie po spełnieniu wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podkreślenia wymaga, że tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być zastrzegane jedynie określone informacje zawarte w poszczególnych dokumentach, a nie cały dokument. Zasadniczo, bowiem z ochrony przed ujawnieniem do publicznej wiadomości korzystają poszczególne informacje, nie zaś całe dokumenty.
W ocenie Odwołującego to na Zamawiającym w każdym przypadku korzystania przez wykonawców biorących udział w postępowaniu z przywileju zastrzeżenia informacji, jako

tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży szczególny obowiązek szczegółowej weryfikacji informacji zawartych w dokumentach zastrzeganych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz oceny, czy wszystkie informacje w nim zawarte mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji do odtajnienia informacji, które takiego waloru nie posiadają.
Oznaczenie informacji przez Office Plus, jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest zdaniem Odwołującego swoistym nadużyciem w celu „tajnego" pozyskania zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które co do zasady ma być jawne. Jak orzekła KIO w wyroku z dnia 26.01.2012 r. KIO 183/12 „nie można akceptować coraz częstszych praktyk, iż wykonawcy zajmujący drugą pozycję na listach rankingowych oceny i wyboru ofert, nie są w stanie w żaden sposób sprawdzić czy inna złożona oferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ, gdyż wykonawcy coraz częściej zastrzegają informacje, które przy dokładnej analizie nie spełniają wymogów z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji".
Ciężar dowodu, że zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Potwierdza to również orzecznictwo KIO gdzie np. w wyroku z dnia 09.03.2012 r., KIO 392/12 stwierdzono, iż „na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania zaistnienia przesłanek uprawniających go do zastrzeżenia określonych dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa."

Office Plus zastrzegając całość wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa powinno złożyć szczegółowe wyjaśnienia odnoszące się do poszczególnych informacji zawartych w utajnionym dokumencie, potwierdzające zasadność objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Niedopuszczalne jest takie działanie Zamawiającego, który dopuszcza takie postępowanie wykonawcy, które polega na zastrzeganiu tajemnicą przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo że zawierają one również dokumenty, które nie są chronione tą tajemnicą. Niedopuszczalne jest także bezkrytyczne przyjmowanie przez Zamawiającego argumentów wykonawcy, co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez udowodnienia, że korzystają one z takiego waloru.
Odwołujący wnosi o odtajnienie składanych przez Office Plus wyjaśnień w całości lub w ich części w zakresie, w jakim nie mogą one korzystać z waloru tajemnicy przedsiębiorstwa i przeprowadzenie z nich dowodu na rozprawie. Z ostrożności Odwołujący - na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp wnosi o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej rozpoznania tego zarzutu oraz odtajnienie składanych przez Office Plus wyjaśnień. Odwołujący stoi na stanowisku, że utajnienie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny było całkowicie bezzasadne i miało na celu uniemożliwienie zweryfikowania prawidłowości zaoferowanych przez w/w wykonawcę cen oraz faktycznej możliwości zrealizowania zamówienia. Powyższe działanie Office Plus w zakresie utajnienia informacji, co do stosowanych cen np. co do krzeseł konferencyjnych Profim, model Acos, mogło mieć na celu ukrycie rażąco niskiej ceny, czy też mogło dowieść, iż do skalkulowania ceny oferty została w rzeczywistości przyjęta cena dla krzesła konferencyjnego Profim, model Acos, a nie krzesła Profim model My turn.
Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył art. 8 Pzp, gdyż bezzasadnie utrzymał utajnienie dokumentów w zakresie wyjaśnień wykonawcy, dotyczących rażąco niskiej ceny. Jak zostało to wielokrotnie wskazane w orzecznictwie, dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest spełnienie trzech przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO oraz sądów powszechnych aby informacja, mogła zostać zakwalifikowana, jako tajemnica przedsiębiorstwa, powinna być informacja, która ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub stanowiący inne informacje posiadające wartość gospodarczą, która nie została ujawniona publicznie oraz co do której przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.
W ocenie Odwołującego żadna z powyższych przesłanek nie została wykazana ani przez Zamawiającego, ani przez Office Plus. Za tajemnicę przedsiębiorstwa może zostać uznana wyłącznie informacja, w odniesieniu, do której wszystkie powyższe przesłanki spełnione są łącznie. To na wykonawcy ciąży prawny obowiązek wykazania i dowiedzenia, iż podane

---

przez niego informacje związane były z technicznymi, technologicznymi lub organizacyjnymi aspektami działania jego przedsiębiorstwa lub posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą.
Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem informacja ma charakter technologiczny, kiedy

dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, całokształt doświadczeń i widomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja nieujawniona do wiadomości publicznej, to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Wykonawca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa ma opisać także działania, jakie przeprowadził celem zachowania poufności podanych informacji. Z całą pewnością nie mogą być także uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa ogólne stwierdzenia wykonawcy lub zwykłe obliczenia, na podstawie danych, które wynikają z opisu przedmiotu zamówienia. Nie mogą być także uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa szacowane przez wykonawcę koszty, które nie wynikają z żadnych poufnych dokumentów, a są jedynie prognozami lub szacunkami. Poufność może dotyczyć jedynie drobnych, pojedynczych informacji, wynikających z poufnych dokumentów, a nie kilkustronicowych wyjaśnień, których poufność w żaden sposób nie została wykazana. W przedmiotowej sprawie Wykonawca zasłaniając się rzekomą tajemnicą przedsiębiorstwa, ukrywa przed Odwołującym sposób obliczenia ceny.
W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma prawny obowiązek badać skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. W przypadku zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, które następnie zostały negatywnie zweryfikowane przez Zamawiającego pod względem klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa, powinny skutkować odtajnieniem oferty, czy też odrzuceniem oferty, jeżeli zastrzeżono informacje jawne, a wyrażenie takiej woli w ofercie będzie powodować jej niezgodność z ustawą, gdyż nie można zastrzegać informacji jawnych, jako tajnych. Zgodnie z Uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05, oferty takie mogą zostać przez Zamawiającego odrzucane po myśli art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, jako niezgodne z ustawą. Zamawiający naruszył więc art. 8 Pzp poprzez brak odtajnienia wyjaśnień Office Plus dotyczących rażąco niskiej ceny, jak również poprzez brak jakiegokolwiek zbadania zasadności zastrzeżenia tych wyjaśnień, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien był stwierdzić, iż zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa było bezzasadne, bezskuteczne i powinien był je odtajnić.
III. Zarzut nieuczciwej konkurencji
Ponadto Odwołujący podnosi, że cena oferty złożonej przez Office Plus stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z przedmiotowym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest

---

utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów zakupu albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji z rynku innych przedsiębiorców. Zdaniem Odwołującego art. 15 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy ma zastosowanie do zjawiska gospodarczego, którego istotą jest sprzedaż poniżej kosztów własnych, tj. zaniżanie ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie sprzedawcy straty tzw. sprzedaż ze stratą w określonym segmencie działalności przedsiębiorcy.
W przedmiotowym stanie faktycznym zaoferowanie ceny poniżej kosztów z pewnością mogło mieć na celu wyeliminowanie konkurencji, w tym Odwołującego. Zdaniem Odwołującego tak duża różnica pomiędzy szacunkową wartością zamówienia, a ceną oferty Office Plus wskazuje, iż działanie tego wykonawcy nastawione było na uzyskanie zamówienia, nawet poniżej kosztów. Dodatkowo po odtajnieniu wyjaśnień Office Plus w zakresie rażąco niskiej ceny lub wyłączeniu jawności rozprawy, Odwołujący będzie mógł szerzej odnieść się do tego zarzutu w zakresie np. zastosowanych krzeseł konferencyjnych Profim model Acos. W chwili obecnej, z uwagi na utajnienie wyjaśnień Office Plus, Odwołujący nie może podnieść w tym zakresie wszelkich merytorycznych zarzutów.
IV. Zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
W ocenie Odwołującego Zamawiający nie zachował fundamentalnej zasady w zakresie udzielania zamówienia publicznego, przewidzianej w art. 7 Pzp, a to zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania każdego z Wykonawców. Zasada przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji powinna być interpretowana w rozumieniu m.in. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r„ o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji gdzie w art. 3 wskazano, iż „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.”

Zdaniem Odwołującego w przywołanych okolicznościach niniejszej sprawy, zachodzi sytuacja, w której Zamawiający nie dokonał właściwej oceny oferty złożonej przez Office Plus, a następnie dokonał jej wyboru, jako najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego rzeczony wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i wobec którego zachodzą przesłanki odrzucenia oferty. Takie działanie Zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym rażącą obrazę art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
W opinii Odwołującego Zamawiający nie traktował jednakowo każdego z Wykonawców w myśl zasady równego traktowania i nie stosował tej samej miary do każdego z Wykonawców na każdym etapie postępowania. Zamawiający nie dokonał równej oceny spełnienia przez oferty każdego z Wykonawców wymagań i warunków, w aspekcie spełnienia kryteriów zawartych w SIWZ, na podstawie przedłożonych przez każdego z Wykonawców

---

dokumentów, a postępowanie w tym zakresie nie było prowadzone w sposób przejrzysty. Wydaje się, że Zamawiający stawiając zarzut rażąco niskiej ceny w stosunku do pozostałych wykonawców, skrupulatnie dokonywał badania przedstawionych przez nich dokumentów, jak to wynika z protokołu komisji przetargowej Zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2016 r., natomiast w stosunku do wykonawcy Office Plus poprzestał na jednym zdaniu w, zakresie wyjaśnienia przez tego wykonawcę wątpliwości, co do wysokości zaproponowanej ceny, a dodatkowo nie podjął żadnych czynności w zakresie odtajnienia tego dokumentu, co uniemożliwiło pozostałym wykonawcom, w tym Odwołującemu, przeprowadzenie jego weryfikacji.
Zastosowanie zasady równego traktowania oznacza stosowanie jednakowej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, czego Zamawiający nie uczynił, stąd postępowanie nie było prowadzone w sposób przejrzysty.
V. Zarzut niezgodności oferty z treścią siwz
W ocenie Odwołującego treść oferty uznanej za najkorzystniejszą nie odpowiada treści siwz w zakresie krzesła konferencyjnego/gabinetowego typu B.
Office Plus składając załącznik nr 8 do siwz w pozycji 15 - Krzesło konferencyjne/gabinetowe typ B - w kolumnie „nazwa producenta mebla" wskazał „Profim",
natomiast w kolumnach „Model lub symbol mebla" oraz „Nazwa systemu mebli (jeśli dotyczy)" wskazał „Acos". W ocenie Odwołującego wykonawca Office Plus złożył ofertę niezgodną z treścią siwz w zakresie ww. mebla. Zamawiający zgodnie z siwz - Opisem Przedmiotu Zamówienia, zawartym w załączniku nr 4 do Umowy, w pkt 10 wymagał w zakresie krzesła konferencyjnego/gabinetowego typu B, aby siedzisko wraz z oparciem stanowiło dwa elementy połączone ze sobą na stałe elementami blachy, aby oparcie wykonane było w technologii pianek wylewanych w formach o gęstości 60 kg/m3 (+/- 10 %), oraz aby siedzisko wykonane było w technologii pianek wylewanych w formach o gęstości 90 kg/m3 (+/-10 %). Zaoferowane przez firmę Office Plus krzesło typu B Acos producenta firmy Profim nie spełnia podstawowych wymogów określonych w siwz. Zaoferowane przez Zamawiającego krzesło posiada siedzisko i oparcie wykonane jako jeden element. Ponadto zarówno siedzisko jak i oparcie zaoferowanego przez Office Plus krzesła jest wykonane z pianki ciętej o gęstości 35 kg/m3. Wobec powyższego istnieje niezgodność pomiędzy ofertą Office Plus a wymaganiami Zamawiającego określonymi w siwz, która ma charakter istotny. Także Zamawiający miał wątpliwości co do zgodności oferowanego produktu z wymaganiami siwz, tym bardziej, iż producent Profim sp. z o.o. pisemnie oświadczył, iż „model krzesła konferencyjnego Acos wykonany jest w technologii pianek ciętych (ryflowanych) o gęstości 35 kg/m3 na oparciu oraz na siedzisku". Ponadto producent poinformował, iż „nie ma możliwości technicznych zastąpienia pianek ciętych piankami wylewanymi w formach oraz zmiany jej gęstości".

W związku z wyżej opisanymi wątpliwościami, Zamawiający pismem z dnia 25 lipca 2016 roku wezwał Office Plus do złożenia wyjaśnień dotyczących poz. 15 szczegółowego wykazu oferowanych mebli, który został złożony przez ww. wykonawcę, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w siwz. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 27 lipca 2016 roku Office Plus wyjaśnił, że:
„1) krzesło w poz. 15 przedmiotowego wykazu zaoferowanego Zamawiającemu to faktycznie krzesło konferencyjne /gabinetowe, zgodnie z załącznikiem nr 1: nazwa producenta mebla - Profim, model lub symbol mebla Acos;

2) użyta nazwa jest nazwą porządkową używaną przez Wykonawcę i nie jest tożsama z modelem ujętym w karcie katalogowej przesłanej przez Zamawiającego;
3) zaoferowane przez Wykonawcę krzesło w poz. 15 spełnia wszystkie warunki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia."
W dalszej części swoich wyjaśnień Office Plus wskazuje, iż zgodnie z informacjami zawartymi w formularzu ofertowym w pkt 2.8 i 2.9 oraz w § 3 pkt 2 projektu umowy, wykonawca po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej powinien złożyć w oparciu o oświadczenie z oferty dokumentację zawierającą karty katalogowe lub katalogi producenta mebli itd. na wniosek Zamawiającego lub do dnia 1 lipca 2017 roku. W dalszej kolejności Office Plus wskazuje, iż zgodnie z pkt 3a załącznika nr 4 do umowy karty katalogowe powinny zawierać co najmniej: nazwę użytego systemu meblowego, nazwę producenta mebla, zdjęcie lub rysunek proponowanego mebla, wymiary oraz szczegóły techniczne. W ocenie Office Plus powyższe zapisy należy odczytywać w ten sposób, że wykonawca nie jest zobowiązany do podawania konkretnej, szczegółowej nazwy stosowanej przez danego producenta. Nadto zdaniem Office Plus w przeciwieństwie do nazwy producenta określenie „nazwa lub model mebla" nie wskazuje jednoznacznie czy użyta nazwa ma być oznaczeniem stosowanym przez producenta, dystrybutora czy oferenta, a wszelkie niejasności zapisów siwz należy tłumaczyć na korzyść wykonawców. Istotnym jest, iż Office Plus ww. piśmie potwierdził, iż model krzesła firmy Profim o nazwie Acos nie spełnia wymogów siwz i istnieje zgodność pomiędzy przesłaną przez Zamawiającego kartą katalogową producenta a oświadczeniem producenta, jednakże jedynie w zakresie tego produktu, a nie w zakresie produktu oferowanego przez wykonawcę. Nadto wykonawca zwrócił uwagę na nieprawidłową datę oświadczenia producenta co do krzesła Acos. Z tych przyczyn Zamawiający pismem z dnia 24 sierpnia 2016 roku zwrócił się do Profim o wyjaśnienie powyższej kwestii.
W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2016 roku o nr DAI/WZP/231/24/76/2016/ MM Profim wskazał, że jest wystawcą przedmiotowego dokumentu, a co za tym idzie potwierdza prawdziwość zawartych w nim informacji (poza datą wystawienia dokumentu, która nie odnosiła się do daty wystawienia rzeczonego pisma

---

gdyż powinna być to data 9 lipca 2016 roku). Ponadto wskazał, iż osoba która podpisała dokument jest zatrudniona w Profim sp. z o.o. i posiada uprawnienia do składania tego typu oświadczeń. Zatem jak wynika z wyjaśnień ww. pismo producenta zostało omyłkowo opatrzone datą 9 października 2015 roku, zamiast datą 9 lipca 2016 roku.
Dowody:
1. wezwanie Office Plus do złożenia wyjaśnień z dnia 25 lipca 2016 roku - w aktach sprawy
2. karta katalogowa producenta firmy Profim -w aktach sprawy
3. oświadczenie Profim sp. z o.o. w przedmiocie właściwości technicznych modelu krzesła konferencyjnego Acos - w aktach sprawy
4. wezwanie Zamawiającego skierowane do Profim sp. z o.o. z dnia 24 sierpnia 2016 roku - w aktach sprawy
5. odpowiedź Profim na wezwanie Zamawiającego - w aktach sprawy

Wobec powyższego Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp ponownie wezwał Office Plus do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanego w poz. 15 wykazu krzesła konferencyjnego /gabinetowego którego producentem jest firma Profim. Pismem z dnia 13 września 2016 roku Office Plus potwierdził, iż oferowane przez niego krzesło w poz. 15 wykazu spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego, wskazując, iż w tym przypadku symbol mebla Acos jest nazwą porządkową stosowaną przez Office Plus. Zamawiający takie wyjaśnienia Office Plus uznał za wystarczające.
W ocenie Odwołującego Zamawiający wadliwie zaniechał odrzucenia oferty Office Plus jako niezgodnej z siwz, a w konsekwencji powyższego nieprawidłowo dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.
W pkt 5.3.1. siwz w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żądał oświadczenia, iż oferowane Zamawiającemu dostawy odpowiadają jego wymaganiom, a w pkt 5.3.2 siwz żądał przedłożenia szczegółowego wykazu oferowanych mebli- wg. wzoru stanowiącego Załącznik nr 8 do siwz. Wskazać należy, iż w załączniku nr 8 do siwz pn. „Szczegółowy wykaz oferowanych mebli” Zamawiający wymagał potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez podanie przez wykonawcę w

osobnych kolumnach tabeli następujących danych: nazwy producenta mebla, modelu lub symbolu mebla, nazwy systemu mebli (jeżeli dotyczy). W ofercie wykonawcy Office Plus przedstawiono załącznik nr 8 wypełniony zarówno w zakresie nazwy producenta jak i modelu/symbolu oferowanego produktu.
Zamawiający wymagał od wykonawców jednoznacznego wskazania nazwy producenta a także modelu i symbolu oferowanych mebli. Obowiązkiem wykonawcy było wskazanie modelu i symbolu produktu, rozumianych jako oznaczenie indywidualizujące dane parametry

---

produktu, pozwalające na osiągnięcie efektu wymaganego przez Zamawiającego. Odmienne rozumienie prowadziłoby do przekreślenia celowości żądania przedstawienia szczegółowego wykazu oferowanych mebli, gdyż wystarczającym byłoby złożenie oświadczenia o zgodności oferowanych mebli z opisem przedmiotu zamówienia.
Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem możliwości poprawienia niezgodności oferty z siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie ze wskazanym zastrzeżeniem zamawiający poprawia w ofercie omyłki inne niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.
Ustawa nie ustaliła definicji własnej pojęcia "oferta", w związku z czym z mocy art. 14 Pzp. zastosowanie znajdzie definicja zawarta w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Oświadczenie woli stanowi ofertę, jeśli zawiera istotne postanowienia umowy. Zindywidualizowany przedmiot dostawy stanowi element przedmiotowo istotny przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jej essentialia negotii. W ocenie Odwołującego załącznik nr 8 do siwz składał się w rzeczywistości na treść oferty wykonawcy, rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia, albowiem odnosi się bezpośrednio do przedmiotu zobowiązania wykonawcy, dookreśla i uszczegóławia jego zakres. (vide: wyrok KIO KIO 426/16). Nadto oferta Office Plus miała stanowić również integralną część umowy. Zamawiający w pkt 5.3.2. zakwalifikował załącznik nr 8 do siwz jako dokument o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp tj. dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Należy jednak wskazać, iż załącznik nr 8 nie mógł zostać zakwalifikowany jako dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Decydującym kryterium rozróżniającym i przesądzającym o odmiennej kwalifikacji tego typu dokumentów jest w tym przypadku cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści (vide: wyrok KIO 426/16). Wola czy przekonanie zamawiającego nie jest w tym zakresie decydująca, a o kwalifikacji danego dokumentu powinna decydować jego treść i ocena w świetle obowiązujących przepisów. Wobec powyższego informacje wskazane w załączniku nr 8 do siwz tj. jaki model/system mebla wykonawca oferuje nie mogą zostać zakwalifikowane jako służące potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego, a są częścią treści oferty opisując zakres świadczenia wykonawcy. Poprzez złożenie oferty rozumie się faktycznie zaoferowanie danego przedmiotu, tj. wskazanie w oświadczeniu tego, co oferuje wykonawca poprzez podanie danych identyfikujących dany oferowany przedmiot wg wytycznych zamawiającego. Dopiero w ten sposób wykonawca oświadcza co faktycznie oferuje. Wskazanie przez wykonawcę modelu/symbolu produktu stanowi oświadczenie wykonawcy dotyczące tego, co będzie

---

przedmiotem przyszłej umowy. Takie oświadczenie wykonawcy wiąże zarówno tego wykonawcę jak i zamawiającego. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał od wykonawców podania w ofercie już konkretnych mebli pochodzących od wskazanych z nazwy producentów o indywidualnym oznaczeniu modelu.
Zaoferowane przez Office Plus pod poz. 15 krzesło Acos firmy Profim nie spełnia wymagań Zamawiającego co do sposobu łączenia oparcia z siedziskiem, zastosowanej technologii wykonania oraz gęstości pianki siedziska i oparcia. Powyższe potwierdzają wyjaśnienia Office Plus co do przedmiotowego krzesła oraz oświadczenie producenta firmy Profim sp. z o.o. Wykonawca tłumaczył swój błąd posługiwaniem się w przypadku poz. 15 wykazu nazwą porządkową stosowaną wyłącznie przez niego, jakby należało przyjąć nie mającą nic wspólnego ż nazwą modelu stosowaną przez producenta. Niewątpliwie Office Plus nie mógł przyznać, iż faktycznie zamiast modelu Acos zamierzał dostarczyć np. model My Turn który spełniałby wymagania zamawiającego. Takie wyjaśnienia treści oferty były niedopuszczalne,

bowiem prowadziłyby do istotnych zmian w treści złożonej oferty - oznaczyłyby zmianę w zakresie oferowanego mebla, a zatem czynność, którą wykonawca powinien prawidłowo dokonać konstruując złożoną ofertę. W okolicznościach niniejszej sprawy istotnym jest, iż Office Plus w każdej z pozostałych pozycji wskazywał model wg. oznaczenia producenta, zatem nie ma podstaw aby przyjąć, iż jedynie w poz. 15 z nikomu nieznanych przyczyn zastosował nazwę porządkową rzekomo stosowaną przez siebie, przy okazji tożsamą z nazwą stosowaną przez producenta jednak dla oznaczenia zupełnie innego produktu. Takie zachowanie polegające na stosowaniu tożsamych z producentem nazw modeli dla oznaczenia innych produktów tego producenta i niezgodnie z oznaczeniem producenta nie tylko wprowadzałoby w błąd ale z punku widzenia profesjonalnego przedsiębiorcy byłoby zachowaniem niedozwolonym i absurdalnym. Zatem skoro Office Plus wskazał w ofercie krzesło, które nie spełnia wymaganych przez Zamawiającego parametrów to Office Plus złożył w tym zakresie ofertę niezgodną z wymaganiami siwz, a tym samym podlegającą odrzuceniu.
W tym miejscu wskazać należy, iż żądanie wskazania w ofercie produktu tj. krzesła konferencyjnego/gabinetowego typu B zostało sformułowane w siwz w sposób wyraźny. Przedmiot zamówienia oraz jego parametry zgodnie z pkt 5.3.1. miały być opisane i podane zgodnie z załącznikiem nr 8 do siwz, gdzie w treści tabeli Zamawiający wskazał miejsce dla podania nazwy producenta oraz modelu, symbolu mebla. Zarówno treść tych zapisów jak i ich znaczenie było jasne. Wyrażone na piśmie i zgodne z prawem wymagania siwz obowiązują w trakcie przygotowania i oceny ofert zarówno Zamawiającego jak i wykonawców. Wykonawcy winni postanowienia te stosować, a zamawiający bez wyjątku jest zobligowany do tego, aby własny dokument przetargowy literalnie odczytywać, respektować i egzekwować. Tabela zawarta w załączniku nr 8 do siwz niewątpliwie została sformułowana

---

w sposób wyraźny i jasny, co potwierdza brak zapytań wykonawców, w tym Office Plus o wyjaśnienie treści siwz w tym zakresie. Zgodnie bowiem z art. 38 Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz, czego w niniejszej sprawie nie uczynił żaden z wykonawców w ww. zakresie. Co więcej Office Plus we wszystkich pozostałych pozycjach za wyjątkiem kwestionowanej posługiwał się oznaczeniami w zakresie modelu/symbolu mebla stosowanymi przez producentów. Przyjęcie możliwości posługiwania się przez wykonawców w zakresie modelu oferowanego produktu swoimi „wewnętrznymi" nazwami porządkowymi, znanymi jedynie takiemu wykonawcy, pozwalałoby na zupełną dowolność w określaniu oferowanego produktu i wyłączałoby jakąkolwiek możliwość weryfikacji złożonej oferty z wymaganiami zamawiającego. Nadto wykaz, którego załączenia domagał się Zamawiający należy odczytywać jako całość, tj. z uwzględnieniem opisów wszystkich kolumn. Zatem skoro Zamawiający w kolumnie 4 wymagał podania nazwy producenta mebla, to nie można przyjąć, iż w kolejnej kolumnie pn. model/symbol mebla pojawiły się wątpliwości czy chodzi o model/symbol mebla stosowany przez producenta czy oferenta. Zapisy o treści ujętej w wykazie są bardzo często formułowane przez zamawiających w toku postępowań przetargowych i nie budzą żadnych wątpliwości. Także w orzecznictwie KIO przyjmuje się, iż przez typ/model należy rozumieć zwykle używaną, podawaną w obrocie nazwę własną dla danego wyrobu, stosowane przez producenta oznakowanie (vide: wyrok KIO z dnia 22 listopada 2012 roku sygn. akt KIO 2396/12, KIO 2416/12). Zatem wyjaśnień Office Plus nie można traktować inaczej niż jako nieudolną próbę sanowania błędnego oznaczenia oferowanego produktu, którego jednak poprawa nie jest dopuszczalna po złożeniu oferty. Późniejsza próba „naprawienia" błędu w treści oferty jest bezprzedmiotowa i nie może konwalidować ewidentnych niezgodności treści oferty z wymaganiami siwz.
Jak przyjmuje się w orzecznictwie KIO „wykonawca biorący udział w postępowaniu przetargowym, działając jako profesjonalista w swojej dziedzinie, winien mieć świadomość, że zamawiający oczekuje sprecyzowania przedmiotu oferty w zakresie urządzeń w taki sposób, aby można było zweryfikować, czy spełniają one parametry i wymagania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia.(...) Dokonanie w treści oferty zmiany oferowanego modelu urządzenia sprowadzałoby się do negocjowania treści oferty po terminie składania ofert i stanowiłoby jej istotną zmianę. Stanowiłoby też naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, gdyż dany wykonawca miałby więcej czasu od innych wykonawców na sprecyzowanie urządzenia zgodnego z treścią wymagań siwz." (wyrok KIO z dnia 6 marca 2015 roku, sygn. akt KIO 344/15). Jak wynika z uzasadnienia przywołanego wyroku tylko precyzyjne określenie oferowanego urządzenia daje Zamawiającemu możliwość

zweryfikowania na etapie badania złożonych ofert, czy jest ono zgodne z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Przyjęcie wyjaśnień Office Plus zmierzałoby do uchylenia

---

możliwości przeprowadzenia takiej weryfikacji. Rozważanie złożonej przez Office Plus oferty wbrew jej treści wyrażonej w szczegółowym wykazie oferowanych mebli stanowi niedopuszczalne w świetle Pzp ustalenie treści oferty. Przyjęcie oferty Office Plus uzupełnionej wyjaśnieniami faktycznie sprowadza się do odgadywania intencji wykonawcy wbrew wyartykułowanej treści oferty. W niniejszej sprawie niewątpliwie biorąc pod uwagę treść oferty Office Plus nie ma żadnych wątpliwości co do treści oświadczenia tegoż wykonawcy co do oferowanego produktu. Odczytaniu treści złożonego oświadczenia służy instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 Pzp jeśli jest ono niejednoznaczne, a takiej sytuacji w niniejszej sprawie brak. Zastosowanie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp w żadnym wypadku nie może prowadzić do negocjacji między zamawiającym a wykonawcą dotyczących złożonej oferty bądź dokonywania jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Przyjęcie argumentacji Office Plus faktycznie prowadziłoby do wymiany zaoferowanego mebla (podanego i opisanego prawidłowo wg. wymagań Zamawiającego) na inny, nie będący w ogóle przedmiotem oferty. Przyjęcie oferty Office Plus przy uwzględnieniu jego wyjaśnień nie daje Zamawiającemu żadnej pewności co do tego jaki asortyment otrzyma na etapie realizacji zamówienia. Niewątpliwie w przypadku nieskonkretyzowania przedmiotu oferty - tj. braku wskazania nazwy i modelu zaoferowanego urządzenia, niemożliwa byłaby weryfikacja oferty, co do zgodności z siwz, co dawałoby zupełną dowolność wykonawcy na etapie realizacji umowy. Jak przyjęła KIO w wyroku z dnia 25 marca 2016 roku sygn. akt KIO 384/16 „Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 p.z.p., treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. Rzeczą oczywistą i niebudzącą sporów, jest, że do istotnych warunków SIWZ, a zatem i oferty należą postanowienia dotyczące ceny (cen) ofertowych, które będą przyjmowane do rozliczeń stron, czy spełnienie parametrów granicznie wymaganych, oznaczenie zakresu przedmiotu zamówienia, należyte dookreślenie oferowanego przedmiotu zamówienia.”
W niniejszym postępowaniu szczegółowy wykaz oferowanych mebli został przewidziany w postępowaniu jako jeden z elementów mechanizmu służący zbadaniu zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami siwz. Ww. wykaz stanowił wyłączne źródło informacji o oferowanych produktach, bowiem Zamawiający nie wymagał złożenia próbek bądź kart katalogowych na tym etapie. Zatem wykaz, zawierający wskazanie producenta a także modelu/symbolu mebla stanowił pełnowartościową i zasadniczą podstawę oceny ofert. Wskazanie takich danych miało umożliwić Zamawiającemu sprawdzenie zgodności

---

oferowanych produktów ze stawianymi wymaganiami, poprzez choćby analizę stron internetowych, katalogów producentów, czy też sięgając do własnej wiedzy. Należy wskazać, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Skoro zatem zamawiający wymagał w szczegółowym wykazie oferowanych mebli podania modelu/symbolu oferowanego produktu, a w jego ocenie wykaz ten miał mieć charakter dokumentu potwierdzającego, że oferowane produkty spełniają podstawowe wymagania, to niewątpliwie powyższe informacje miały służyć ustaleniu czy zaoferowane meble są zgodne z jego wymaganiami.
Zgodnie z siwz wykonawcy oferowane meble winni określić poprzez ich oznaczenie za pomocą podania nazwy producenta oraz modelu/symbolu. To na podstawie powyższych danych Zamawiający mógł zweryfikować zgodność rozwiązań zamawianych i oferowanych. Należy dać zatem prymat konkretnym oznaczeniom oferowanych mebli nad ogólnymi deklaracjami co do zgodności oferty z siwz, skoro deklaracje te stoją w sprzeczności z charakterystyką oferowanych mebli. Nie można uznać za prawidłową oferty w przedłożonym przez Office Plus kształcie i tylko na podstawie złożonych wyjaśnień przyjąć, że oferta odpowiada treści siwz wbrew wskazanym w jej treści informacjom dotyczącym konkretnego modelu mebla danego producenta. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał

wskazania i podania jednego, skonkretyzowanego co do producenta, modelu/symbolu mebla. Gdyby przyjąć wyjaśnienia Office Plus to Zamawiający nie mógł mieć żadnej pewności co jest rzeczywiście przedmiotem oferty tego wykonawcy, a Office Plus mógłby wówczas dostarczyć mebel w rzeczywistości niespełniający wymagań Zamawiającego.
Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż niezgodność oferty Office Plus z treścią siwz jest w niniejszym przypadku ewidentna, a tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ww. oferty należy uznać za uzasadniony.
W powyższym stanie rzeczy wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne i w pełni uzasadnione.