

Sygn. akt: KIO 235/17

**WYROK**  
**z dnia 20 lutego 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 16 lutego 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia „J.” **J.R.J. z siedzibą W.** w postępowaniu prowadzonym przez **C.O.A.R. z siedzibą w W.**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum B.K. Sp. z o.o. z siedzibą w Ł.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża „J.” **J.R.J. z siedzibą W.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „J.” **J.R.J. z siedzibą W.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 235/17**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: C.O.A.R. z siedzibą w W. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na sukcesywne dostawy artykułów biurowych dla Jednostek Administracji Państwowej - nr sprawy 2016/13. Nr ogłoszenia o zamówieniu 2016/S 219-398787

Odwołujący: J.R.J. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą J., (...) W. wniosła odwołanie na następujące czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu:

1) Czynność oceny przez Zamawiającego oferty J. i dokonanie odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, pomimo że oferta była zgodna z treścią SIWZ,

2) Zaniechanie przez Zamawiającego dokonania poprawienia oferty J. w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP w poz.: 6, 7, 18, 19, 22, 28-32, 36, 39, 40, 41, 43, 46, 49, 50, 58, 59, 69, 91, 98, 107, 114, 116, 119, 120, 121, 123, 125, 127, 129, 131, 133, 134, 136, 139, 141-147, 149, 170, 171, 174, 184-190, 192-196, 208, 226, 230, 231, 233, 236, 241-245, 251, 254, 255, 257, 258, 261, 262, 263, 267, 268, 277, 284, 286, 288, 289, 290, 294, 295, 300, 301, 318, 319, 320, 336, 339, 340, 341, 342, 347, 348, 349, 351, 361, 362, 368, 369, 370, 373, 374, 376, 377, 379, 382, 385, 386, 387, 388, 392, 393, 420, 438, 439, 442, 446, 448, 454, 455, 461, 462, 464, w sytuacji, gdy były to inne omyłki nie powodujące istotnych zmian w treści oferty,

3) Czynność oceny przez Zamawiającego oferty Konsorcjum B.K. sp. z o.o. (dalej KBK) i zaniechanie odrzucenia oferty KBK jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,

4) Czynność oceny oferty KBK i zaniechanie wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty w związku z przedstawieniem przez KBK informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego podejmowane w postępowaniu,

5) Czynność poprawienia innych omyłek w ofercie KBK w poz. 431 w sposób niezgodny z art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP,

6) Zaniechanie Zamawiającego polegające na nie wybraniu oferty J., jako oferty najkorzystniejszej i jedynej ważnej w postępowaniu,

żądając:

- unieważnienia czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty J. jako niezgodnej z treścią SIWZ,
- powtórzenia czynności oceny ofert,

- odrzucenia oferty KBK jako niezgodnej z treścią SIWZ lub której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji lub wykluczenia wykonawcy KBK z postępowania i odrzucenia jego oferty,
- dokonania poprawienia oferty J. w pozycjach wymienionych wyżej zgodnie z uzasadnieniem odwołania i załącznikiem nr 1 do odwołania,
- uznanie oferty J. za zgodną z treścią SIWZ,
- dokonania wyboru oferty J. jako najkorzystniejszej,

Ponadto wnoszę o:

- 1) dopuszczenie dowodów z dokumentów przywołanych w odwołaniu na okoliczności w nim wskazane,
- 2) dopuszczeniu dowodu z zeznań świadka A.N. - pełnomocnika KBK podpisującego ofertę KBK, na okoliczności wskazane w odwołaniu - doręczenie wezwania na adres: Konsorcjum B.K. sp. z o.o. (...) Ł., adres email - (...).

Postępowanie Zamawiającego jest sprzeczne z interesem J. w uzyskaniu zamówienia oraz prowadzi do poniesienia szkody przez J. w wyniku naruszenia przez Zamawiającego postanowień PZP i SIWZ, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta J., będzie ofertą najkorzystniejszą na podstawie której Zamawiający będzie mógł zawrzeć ważną umowę.

Niezgodne z przepisami PZP czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu oraz zaniechanie czynności, do których zobowiązany był Zamawiający na podstawie PZP, rażąco naruszyły następujące przepisy PZP:

- 1) art 7 ust, 1 PZP w zakresie naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron poprzez dokonanie przez Zamawiającego oceny oferty J. w odmienny sposób niż oferta KBK,
- 2) art. 7 ust. 3 PZP w zakresie wyboru wykonawcy KBK niezgodnie z przepisami PZP,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zakresie niewykluczenia KBK z postępowania w związku z przedstawieniem przez KBK informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, w zakresie producenta w poz. 22,70,73,153,155,170,171,172,173,197 oraz 241 mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz przedstawienia dokumentu przerobionego certyfikatu potwierdzającego spełnienie przez artykuł oferowany w pozycji 67 wymagań SIWZ,
- 4) art. 82 ust. 3 PZP poprzez nie uznanie, iż oferta J. odpowiada treści SIWZ, gdy w rzeczywistości, oferta ta była zgodna z treścią SIWZ,
- 5) art. 87 ust 2 pkt. 3 PZP poprzez niedokonanie przez Zamawiającego poprawienia omyłek w ofercie J. w pozycjach jw., w sytuacji, gdy poprawienie ich nie powodowało istotnej zmiany w treści oferty J.,

- 6) art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP poprzez nieuprawnione i niezgodne z prawem dokonanie przez Zamawiającego poprawienia oferty KBK w poz. 431,
- 7) art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty J. pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ, która zawierała omyłki podlegające poprawieniu w trybie art. 87 ust 2 pkt. 3 PZP,
- 8) art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP poprzez nieodrzućenie oferty KBK w sytuacji w której oferta KBK była niezgodna z treścią SIWZ,
- 9) art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieodrzućenie oferty KBK w sytuacji, w której jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na wprowadzającym Zamawiającego w błąd polegający wskazaniu w ofercie KBK oferowanych przez KBK towarów pod tzw. marką własną KBK, w sytuacji w której towary takie nie istnieją oraz przerobienie lub posługiwanie się przez KBK przerobionym certyfikatem dla poz. 67,
- 10) art. 89 ust. 1 pkt. 5 PZP poprzez nieodrzućenie oferty KBK, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
- 11) art. 91 ust. 1 PZP poprzez niedokonanie wyboru oferty J. jako najkorzystniejszej,
- 12) art. 92 ust. 1 pkt. 2 PZP poprzez niewskazanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty J. oraz niewskazanie braku podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 w stosunku do oferty J., prowadząc do niezgodnego z prawem odrzucenia oferty J., uznania oferty KBK za niepodlegającą odrzuceniu, niewykluczenia KBK z postępowania a w konsekwencji uznania oferty KBK za ofertę najkorzystniejszą.

Oferta J., która została odrzućona niezgodnie z postanowieniami SIWZ oraz PZP, powinna zostać uznana za ofertę ważną i zgodną z SIWZ (po poprawieniu omyłek w jej treści w trybie art. 87 ust.2 pkt. 3 PZP) - przez co interes w uzyskaniu zamówienia przez J. został naruszony - w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta J. będzie ofertą najkorzystniejszą na podstawie której Zamawiający może zawrzeć ważną umowę.

Informację o odrzuceniu oferty oraz wyborze oferty najkorzystniejszej odwołujący otrzymał w dniu 27 stycznia 2017 roku w związku z powyższym niniejsze odwołanie wniesione jest w terminie.

Podstawą odrzucenia oferty J. wskazaną w uzasadnieniu Zamawiającego była zmiana przez J. wskazanych przez Zamawiającego ilości poszczególnych artykułów w Pozycjach formularza asortymentowo- cenowego (dalej Formularz), w stosunku do liczby artykułów wskazanych w Formularzu.

Odrzućenie oferty J. było bezprawne i niezgodne z przepisami SIWZ i PZP. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, oferta J. podlega odrzuceniu, ponieważ liczba zaoferowanych artykułów jest odmienna od wymaganej przez Zamawiającego". W

uzasadnieniu Zamawiający lakonicznie odwołał się do pkt. 10.10 SIWZ, zgodnie z którym, zmiana ilości określonej przez Zamawiającego spowoduje odrzucenie oferty - czym naruszył art. 92 ust. 1 pkt. 2 PZP.

Do dnia złożenia ofert tj. do dnia 5 stycznia 2017 roku Zamawiający dokonał prawie 10 modyfikacji załącznika nr 6 do SIWZ stanowiącego Formularz. Na podkreślenie zasługuje fakt, iż modyfikacje te były chaotyczne, w wielu pozycjach ilość produktów zmieniła się, aby w następnej modyfikacji powrócić do ilości poprzedniej i znów zostać zmienioną. Przykładowo w poz. 6 Formularza ilość atramentów w dniu 18.11.2016r uległa modyfikacji z 123 szt. do 122 szt. aby w dniu 19.12.2016r powrócić do ilości 123 szt., a następnie w dniu 22.12.2016r ponownie być zmodyfikowaną do 122 szt. Dowodem licznych zmian jest również strona internetowa Zamawiającego, na której umieszczono 10 różnych wersji Formularza.

Dowód (2) - wydruk Formularza nr 6 uwzględniający wszystkie zamieszczane modyfikacje.

Dowód (3) - wydruk ze strony internetowej Zamawiającego <http://bip.centrum.gov.pl/cuw/zamowienia-publiczne/ogloszenia-o-zamowienia/5963>. Sukcesywne-dostawy-artvkułow-biurowych-dla-Jednostek-Administnaci-i-Panstwowej.html

6. Ponadto, Zamawiający dokonując zmian treści Formularza w części merytorycznej, dokonywał zaznaczenia tych zmian zawsze używając koloru czerwonego, w odniesieniu jednak do ilości, zmiany na czerwono, były dokonywane sporadycznie, co też wprowadziło w błąd wykonawcę. W zakresie ilości artykułów Zamawiający nie zawsze informował o dokonanej zmianie i jej zakresie wskazując: wyłącznie informacje o zamieszczeniu nowej wersji Formularza.

7. J. złożył swoją ofertę na wersji Formularza udostępnionej przez Zamawiającego w okresie od dnia 19 grudnia 2016 roku do dnia 21 grudnia 2016 roku. Analizując kolejne wersje Formularza J., przez niezamierzoną omyłkę lub błąd, nie dostrzegł kolejnej zmiany ilości oferowanych artykułów wprowadzonej przez Zamawiającego, gdyż nie były one oznaczone kolorem czerwonym. Tym samym, doszło do sytuacji, w której wykonawca w sposób niezamierzony, korzystając z kolejnej wersji Formularza, przez pomyłkę, złożył ofertę zawierającą nieaktualną na dzień składania ofert, ilość artykułów. Jednocześnie, wykonawca uwzględnił w Formularzu wszystkie artykuły zgodnie z ich opisem wielokrotnie zmienianym przez Zamawiającego. To jednoznacznie wskazuje, iż omyłka co do ilości, była przypadkowa i nieintencjonalna (niecelowa). Nie było celem wykonawcy złożenie oferty nieodpowiadającej treści SIWZ w zakresie ilości oferowanych artykułów, na co wskazuje wykorzystanie przez wykonawcę wersji Formularza udostępnionej przez Zamawiającego na jego stronie internetowej oraz uwzględnienie w Formularzu wszystkich zaznaczonych przez Zamawiającego zmian. Nie zostały uwzględnione tylko te zmiany, które Zamawiający

wprowadził do Formularza en bloc bez konkretnego ich wskazania, czy zmiany kolorystyki czcionki.

8. Ponadto, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP nie wskazał, dlaczego nie było możliwe zastosowanie mechanizmu poprawienia innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP. Jest to obowiązek Zamawiającego wielokrotnie, od kilku lat wskazywany w niezmiennym orzecznictwie KIO (jako przykład przywołane zostały wyroki z 2011 roku, które do dziś zachowują swoją aktualność, a tezy w nich wyrażone powtarzane są w kolejnych orzeczeniach KIO):

1) Odrzucenia oferty, zamawiający winien dokonać jedynie w sytuacji, gdy w sposób nie budzący wątpliwości ustalił, że wada ma charakter merytoryczny i jest niemożliwa do usunięcia. Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji to niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych zapisów specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista. Wyrok 2428/11

2) Niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). Dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami SIWZ. Wyrok KIO1802/11,

9. Zamawiający, w uzasadnieniu faktycznym, powołał się wyłącznie na pkt. 10.10. SIWZ. W ocenie wykonawcy Zamawiający nie jest uprawniony do wyłączenia w SIWZ stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a tym samym, zaostreżenia przesłanek odrzucenia oferty (podobnie wyrok KIO 1770/15; KIO 1772/15; KIO 1777/15; KIO 1784/15). Tym bardziej jest to sprzeczne z przepisami SIWZ w pkt. 11.3 SIWZ Zamawiający wskazał, iż dokona poprawienia omyłek w ofertach wykonawców na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.

Obowiązek poprawienia oferty J. przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP

10. Zamawiający, w ocenie wykonawcy, był zobowiązany do poprawienia oferty J. zgodnie z obowiązującymi przepisami PZP. Nie ma wątpliwości na gruncie obowiązujących

przepisów i linii orzeczniczej KIO, że dopuszczalne jest poprawienie ilości oferowanego asortymentu w ofercie wykonawcy na podstawie art. 87 ust 2 pkt. 3 PZP, w sytuacji w której:

- 1) Zamawiający zna ceny jednostkowe tego asortymentu wskazane w ofercie,
- 2) Zamawiający dokładnie wie, jakich ilości asortymentu oczekuje, gdyż są one ściśle określone w SIWZ przez Zamawiającego,
- 3) Różnice w ilości wynikają z omyłki w postaci nieintencjonalnego zastosowania „starszej wersji Formularza” - czyli zachodzi okoliczność tzw. innej omyłki,
- 4) Dokonanie poprawienia omyłki nie prowadzi do istotnej zmiany treści oferty.

11. Należy również wskazać, iż zakres zmian w treści oferty J., w przypadku dokonania poprawienia stwierdzonych omyłek w ilości artykułów wskazanych w Formularzu, miałyby znikomy wpływ na cenę oferty wykonawcy:

- 1) Cena oferty złożonej przez wykonawcę 11.625.082,62 złotych,
- 2) Cena oferty po dokonaniu poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP - 11.562.073,75 zł,
- 3) Różnica w cenie wyniosłaby jedynie 0,54 %.

12. Bez znaczenia jest liczba dokonanych zmian w ofercie wykonawcy, gdyż są to zmiany ilości o kilka procent, wynikające głównie ze zmniejszenia liczby Jednostek Administracji Publicznej.

13. Wskazane powyżej okoliczności potwierdzone są w licznych orzeczeniach KIO, które zostaną przywołane poniżej w bardzo ograniczonej liczbie, w celu potwierdzenia Zamawiającemu tezy o możliwości poprawienia omyłki wskazanej w ofercie J.:

1) Błędy będące wynikiem przeoczenia przez wykonawcę wyjaśnień co do ilości spornych pozycji kosztorysowych uzasadniają zastosowanie przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Omyłka tego typu jest omyłką prostą do identyfikacji i poprawienia bez potrzeby prowadzenia postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. (KIO 881/16),

2) Omyłka w ofercie polegająca na niezgodności tej oferty z SIWZ, może powstać zarówno przez niedbalstwo czy lekkomyślność przy sporządzaniu oferty, jak też być wynikiem niezrozumienia lub przeoczenia wymagań SIWZ, co do opisu przedmiotu zamówienia czy sposobu sporządzenia oferty. Ostateczną weryfikacją "intencji" wykonawcy w tym zakresie będzie wyrażenie zgody na dokonane przez zamawiającego poprawienie oferty lub jej odmowa (KI01286/16)

3) Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp) winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności (KIO 893/15).

14. Należy stwierdzić, iż mamy do czynienia z najbardziej popularną formą omyłki, jaką jest podanie w ofercie niewłaściwej ilości oferowanego asortymentu, jednak o tak znikomym zakresie i wpływie na cenę oferty, iż możliwa jest poprawa takiej omyłki.

15. J. wskazuje, iż Zamawiający powinien dokonać poprawienia stwierdzonych w Pozycjach omyłek, w następujący sposób:

1) W kolumnie nr 7 Formularza w Pozycjach Zamawiający powinien wpisać ilość artykułów zgodną z ostatnią wersją Formularza,

2) W kolumnie nr 11 Formularza w Pozycjach Zamawiający powinien wprowadzić nową łączną wartość brutto stanowiącą iloczyn wartości w poprawionej kolumnie 7 oraz w niezmienionej kolumnie 10,

3) W wyniku dokonania poprawienia Formularza we wszystkich Pozycjach zostałyby ustalona nowa cena brutto w kwocie 11.562.073,75 zł,

4) Ta kwota powinna zostać wpisana do Formularza Oferty J. w pkt 4. Po dokonaniu tych zmian, Zamawiający powinien wystąpić do J. z informacją o dokonaniu poprawienia oferty.

Ze względu na szczegółowość dokonanych zmian i formę ich prezentacji w Formularzu, szczegółowy sposób poprawienia omyłek w poszczególnych Pozycjach został wskazany w załączniku, odpowiadającym strukturze Formularza Załącznik nr 1 - szczegółowy zakres dokonania zmian w ofercie J., w wyniku poprawienia innych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3, zgodnie z zasadami określonymi w odwołaniu.

16. Z ostrożności procesowej wykonawca wskazuje, iż w wyniku analizy swojej oferty ustalił, że obok pozycji wskazanych w odrzuceniu oferty J. podobne omyłki miały miejsce w następujących pozycjach:

1) poz. 15 - bateria LR6 - w naszej ofercie 24791 powinno być 24775,

2) poz. 316 - Rozszywacz biurowy - w naszej ofercie 9132 powinno być 9082.

Wobec okoliczności, iż ww. pozycje nie były wskazane w odrzuceniu oferty J., nie są objęte żądaniem odwołania,

ale mogą być również poprawione, przy okazji poprawienia omyłek objętych odwołaniem, w sposób analogiczny jak wskazano w odwołaniu.

Niezgodność oferty KBK z treścią SIWZ

17. Treść oferty złożonej przez KBK jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanych produktów, które nie spełniają warunków określonych przez Zamawiającego oraz sposobu przygotowania oferty.

Pozycja 67 oferty KBK

18. W pozycji 67 Formularza Zamawiający wskazał, że wymagał artykułu o następujących parametrach „Etykiety samoprzylepne do drukarek Z.G., typ druku: termotransferowy -Rozmiar nalepki: 60 mm na 25 mm- Etykieta poliestrowa, błyszcząca biała o grubości 50µm z klejem wzmocnionym, akrylowym. Folia poliestrowa przeznaczona do druku termotransferowego, odporna na ścieranie, wysokie temperatury, środki chemiczne i wilgoć. Etykieta z mocnym klejem posiadającym najmniejsze ryzyko wyciekania na krawędzie, odporna na działanie promieni UV. Spełniająca normy UL o numerze Certyfikatu MH16411 lub inna posiadająca certyfikat UL spełniająca te same normy.”

19. KBK zaoferowało artykuł o następujących parametrach „060025140701 1-407 etykiety 60x25mm, rolka 1000 etykiet, posiadające certyfikat, spełniające normy UL, samoprzylepne do drukarek Z.G., typ druku: termotransferowy -Rozmiar nalepki: 60 mm na 25 mm- Etykieta poliestrowa, błyszcząca biała o grubości 50 mikrom z klejem wzmocnionym, akrylowym. Folia poliestrowa przeznaczona do druku termotransferowego, odporna na ścieranie, wysokie temperatury, środki chemiczne i wilgoć. Etykieta z mocnym klejem posiadającym najmniejsze ryzyko wyciekania na krawędzie, odporna na działanie promieni UV. Spełniająca normy UL o numerze Certyfikatu MH27538 ”

Dowód (4) wyciąg z oferty KBK z poz. 67 Formularza, przesłuchanie świadka A.N.,

20. W dniu 23 stycznia 2017 roku, na wezwanie Zamawiającego, KBK złożyło przedmiotowy certyfikat dotyczący poz. 67 oraz oświadczenie producenta etykiet, potwierdzające między innymi zgodność oferowanych etykiet z normami UL określonymi w Certyfikacie MH27538. Wymóg złożenia certyfikatu określony był w SIWZ w punkcie 5.2.1. podpunkt 10).

21. Zgodnie z powyższymi wymaganiami Zamawiającego, etykiety miały spełniać parametry (normy) określone w certyfikacie UL-MH16411. Certyfikaty UL określają wiele parametrów produktu a w przypadku etykiet m.in. zakresy temperaturowe zastosowania danej etykiety. Z porównania dwóch wyżej wymienionych certyfikatów wynika, iż Zamawiający żądał dla tych etykiet temperatur zastosowania, opisanych w certyfikacie MH16411.

W ocenie odwołującego, zaoferowana w poz. 67 przez KBK etykieta nie jest zgodna z parametrami określonymi przez Zamawiającego, a zakres niezgodności pomiędzy parametrami z obydwu certyfikatów UL pokazuje tabela.

Z tabeli wynika, iż materiał z którego wykonywane są etykiety zaoferowane przez KBK nie był testowany na powierzchniach, na których testowano produkt opisany certyfikatem MH16411 m.in. na tak popularnych w zastosowaniach powierzchniach jak: porcelana, farby akrylowe, epoksydowe i proszkowe. Dodatkowo materiał ten nie był testowany w zastosowaniach zewnętrznych, tak więc nie sprawdzano jego odporności na działanie

promieniowania UV czy zmiennych warunków atmosferycznych (wilgoć itp.) lub wręcz nie spełnia wymogów stosowania na zewnątrz, gdyż kolumna „miejsce użytkowania - Na zewnątrz” wskazuje parametr - NIE.

22. Na podkreślenie zasługuje fakt, iż numer certyfikatu wskazuje zarówno producenta (lokalizację produkcji) jak i rodzaj surowca, dlatego dziwi fakt, iż przedstawiony Zamawiającemu certyfikat MH27538 nie wskazuje, jakiego produktu (surowca) dotyczy. Z niezrozumiałych względów usunięta została nazwa surowca, co oznacza iż certyfikat został przerobiony przez KBK i taki poświadczony za zgodność z oryginałem. W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, dokument ten nie został skutecznie złożony, a jego złożenie stanowiło naruszenie przepisów prawa, co zostanie rozwinięte w dalszej części odwołania.

23. Zgodnie z treścią SIWZ, w poz. 67 zaoferowane miały być etykiety o bardzo szczególnych cechach, w tym odporne na wysokie temperatury oraz wilgoć. W pierwszej wersji SIWZ Zamawiający wymagał, aby zaoferowana etykieta posiadała Certyfikat UL (nr Certyfikatu MH16411 lub równoważny). W wyniku odpowiedzi z dnia 23 grudnia 2016r Zamawiający dokonał zmiany treści Formularza na obecną. Istotna jest treść pytania, która była podstawą zmiany zapisu SIWZ. Jeden z wykonawców wskazał, iż wymagany certyfikat nie oznacza nazwy certyfikatu wraz z numerem. Numer certyfikatu UL jest to numer konkretnego produktu, który spełnia wymagania nakładane przez UL. W związku z tym wykonawca wnosil o doprecyzowanie opisu w tej pozycji, poprzez jednoznaczne wskazanie, iż oferowana etykieta powinna spełniać normy UL o numerze Certyfikatu MH16411 lub inna Dosiadająca certyfikat UL spełniająca te same normy. Oznacza to, że oferowana etykieta powinna spełniać normy UL o numerze certyfikatu MH16411 lub określone w innym numerze certyfikatu UL spełniającym te same normy co MH16411. W związku z tym, Zamawiający podczas oceny oferty KBK, po otrzymaniu dokumentów potwierdzających certyfikat dla etykiet z poz. 67, powinien dokonać oceny zgodności norm określonych w tym certyfikacie z normami, które w SIWZ uznał za obowiązujące wskazując konkretny numer certyfikatu. Porównanie norm UL określonych w certyfikacie MH16411 z normami określonymi w zaoferowanym przez KBK certyfikacie wykazuje zasadnicze różnice uniemożliwiające stwierdzenie, że przedstawiony certyfikat przez KBK spełnia te same normy co certyfikat wskazany w SIWZ.

Dowód (5) - wydruk certyfikatu MH27538 oraz kopia certyfikatu załączonego przez KBK w piśmie z dnia 23.01.2017 i

Dowód (6) wydruk certyfikatu MH16411 wraz tłumaczeniem.

24. Należy również wskazać, iż zaproponowany przez Zamawiającego nowy zapis w SIWZ był jasny i czytelny dla wszystkich wykonawców, gdyż nikt nie składał żadnych pytań

lub uwag do nowej treści zapisu dotyczącego poz. 67 w świetle treści zapytania. J. zaferował etykiety spełniające normy UL określone w certyfikacie MH16411  
Dowód (7) - poz. 67 oferty J..

#### Pozycja 206 oferty KBK

25. W pozycji 206 Formularza Zamawiający wymagał laminatora, który powinien umożliwić laminowanie dokumentów o maksymalnej grubości 0,5 mm. KBK zaferowało laminator F.C. o symbolu 5725701, którego maksymalna grubość laminowanego dokumentu wynosi jedynie 0,4 mm. Okoliczność ta została potwierdzona kartą katalogową zaferowanego produktu. W wyjaśnieniach złożonych pismem z dnia 23 stycznia 2017r wykonawca KBK potwierdził, iż zaferowany laminator „ma możliwość laminacji dokumentu o grubości 0,4mm” i uznał, że spełnia on wszystkie parametry określone przez Zamawiającego, gdyż w jego ocenie, „wartość ta mieści się w zakresie wymaganym przez Zamawiającego”. Idąc w ślad za tak przyjętym tokiem rozumowania należałoby uznać, że każda wartość parametru „max grubość dokumentów 0,5mmn poniżej wymaganego 0,5mm byłaby spełnieniem tego kryterium. Taka interpretacja doprowadziłaby do sytuacji, w której nawet zaferowanie taniego laminatora umożliwiającego laminowanie jedynie dokumentów o grubości np. 0,2mm byłoby również spełnieniem wymagań Zamawiającego. Analogicznie można by było interpretować wymagania max szerokość laminacji: A3 320mm” czy „max grubość folii: 0,125” czyli zaferowanie laminatora np. w formacie A4 230mm posiadającego możliwość laminowania folią np. o grubości 0,05 również byłoby spełnieniem wymagań Zamawiającego ponieważ, jak ujął to wykonawca KBK w cytowanych wyżej wyjaśnieniach, „wartość ta mieści się w zakresie wymaganym przez Zamawiającego”. Taka interpretacja jest irracjonalna i nielogiczna.

26. W kolumnie 3 „opis materiału” Zamawiający postawił wymagania, jakie powinny być spełnione aby uznać, że zaferowano właściwe produkty. Wartość wskazana przez Zamawiającego „max grubość dokumentów: 0,5mm” jednoznacznie oznacza, że powinna być ona osiągnięta a nie mieścić się w zakresie. Dla podmiotów profesjonalnych działających na rynku artykułów i urządzeń biurowych oczywistym i nie budzącym wątpliwości jest wskazany parametr określający oczekiwania klienta - tj. możliwość laminowania dokumentów o grubości maksymalnie, czyli do 0,5 mm. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż takie parametry mają również wpływ na cenę urządzenia; urządzenia umożliwiające laminowanie cieńszych dokumentów są po prostu tańsze, co ma swoje odzwierciedlenie również w złożonych ofertach (cena KBK - 292,80, cena J. - 422,50)

Dowód (8) - poz. 206 z oferty KBK oraz karta katalogowa produktu zaoferowanego przez KBK

Pozycja 265 w ofercie KBK

27. W pozycji 265 Formularza Zamawiający wymagał zaoferowania pióra wiecznego typu P. obudowa lakierowana lub chromowana. KBK zaoferowało pióro S.S.S.G., które posiada obudowę ze stali, nie jest ona ani lakierowana ani chromowana. Produkt jest całkowicie niezgodny z wymaganiami SIWZ.

Dowód (9) - oferta KBK w pozycji 265, karta katalogowa zaoferowanego przez KBK pióra oraz mail przedstawiciela produktów P.

28. W pozycji 265 istotnym było zaoferowanie pióra posiadającego określone cechy obudowy - lakierowanej lub chromowanej. KBK będąc profesjonalistą był zobowiązany do dołożenia należytej staranności przy sporządzaniu oferty, tak aby oferowany produkt a tym samym treść oferty była zgodna z treścią SIWZ.

Niezgodność treści oferty KBK z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP) oraz nieuprawnione i niezgodne z prawem dokonanie poprawienia oferty KBK w trybie art 87 ust 2 pkt 3 PZP. naruszenie art. 87 ust. 1 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP.

Pozycja 431 w ofercie KBK

29. W pozycji 431 Formularza Zamawiający oczekiwał zaoferowania wkładów do pióra żelowego R. kolory: czarny, niebieski, czerwony". W swojej ofercie KBK w tej pozycji wskazało produkty R. w dwóch kolorach (czarnym i niebieskim) na co wskazują numery katalogowe oferowanych produktów. KBK nie zaoferowało wkładu w trzecim wymaganym kolorze - tj. czerwonym.

Dowód (10) - oferta KBK w pozycji 431

30. Zgodnie z punktem 7.13 lit. b SIWZ w przypadku oferowania produktów w kilku kolorach wykonawca był zobowiązany do wskazania w Formularzu oznaczenia dla oferowanych kolorów w postaci modelu lub/i numeru katalogowego oraz kodu producenta. W przedmiotowej pozycji KBK nie wskazał żadnych danych dla wkładu w kolorze czerwonym.

31. W takiej sytuacji Zamawiający w dniu 20 stycznia 2017 roku wezwał KBK do złożenia wyjaśnień odnośnie poz. 431. Zamawiający zapytał czy KBK w poz. 431 zaoferowało wkłady we wszystkich wymaganych w SIWZ kolorach.

Dowód (11) - pismo Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2017 roku

32. W dniu 23 stycznia 2017 roku KBK odpowiedziało, że w pozycji 431 zaoferowało wkład we wszystkich wymaganych przez Zamawiającego kolorach. Wykonawca nie wskazał, że pominął jakiś element w ofercie – jednoznacznie potwierdził, że dwa wskazane numeru

katalogowe produktów odpowiadają oczekiwaniom Zamawiającego. Na potwierdzenie swoich oświadczeń KBK złożył kartę katalogową R..

Dowód (12) - pismo KBK z dnia 23 stycznia 2017 roku

33. Z przedstawionych wyjaśnień KBK oraz dołączonej karty produktu jednoznacznie wynikało, że KBK zaoferowało produkt tylko w 2 kolorach.

34. W dniu 25 stycznia 2017 roku Zamawiający dokonał poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 oferty KBK w pozycji 431. Dowód (13) - pismo Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2017 roku

35. Z dokonaną czynnością Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 nie można się zgodzić i należy ją uznać za nieprawidłową niezgodną z przepisami PZP z następujących względów:

1) Po pierwsze wnikliwa analiza pisma z dnia 25 stycznia 2017 roku nie wykazuje jaką inną omyłkę w ofercie KBK zidentyfikował Zamawiający, na czym polega niezgodność tej omyłki z treścią SIWZ oraz w jaki sposób

Zamawiający dokonał poprawienia tej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP,

2) Nie można uznać za dokonanie czynności poprawy omyłki stwierdzenia Zamawiającego, że przyjmuje wyjaśnienie KBK co do poz. 431. Takie twierdzenie Zamawiającego w piśmie prowadzi wprost do uznania tej czynności za naruszenie nie tylko wskazanego wyżej przepisu ale również art. 87 ust. 1 PZP uznającego za niedopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

3) Zamawiający nie dokonując żadnej zmiany w treści oferty autorytarnie i w sposób sprzeczny z logiką uznał, iż wskazanie tylko dwóch kolorów wkładów, w świetle wyjaśnień KBK (stanowiących niedopuszczalną formę negocjacji dotyczących złożonej oferty) oznacza wskazanie trzech kolorów wkładów.

36. Należy również zaznaczyć, iż poprawienie tej omyłki nie byłoby możliwe w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP, gdyż:

1) Zamawiający nie dysponował w oparciu o treść oferty KBK żadną wiedzą w jaki sposób dokonać tej poprawki,

2) Wpisanie do oferty nowego symbolu byłoby istotną zmianą oferty KBK i bezpośrednią ingerencją Zamawiającego w jej treść.

Powyższe potwierdza liczne orzecznictwo KIO, które ze względu na obszerność odwołania zostanie wskazane na rozprawie lub w dalszych pismach.

Przedstawienie przez KBK informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego

37. Przed przedstawieniem argumentacji faktycznej odnośnie podniesionego zarzutu odwołujący zwraca uwagę, iż wymienione w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP postaci winy

w postaci lekkomyślności i niedbalstwa nie mają charakteru zamkniętego i stanowią minimalny stopień winy skutkujący wykluczeniem. Działanie podjęte przez wykonawców umyślnie w celu wprowadzeniu w błąd zamawiającego lub ze świadomością wprowadzenia w błąd i godzenia się na to oraz w wyniku rażącego niedbalstwa, również mają zastosowanie w odniesieniu do tego przepisu (zasada wnioskowania a minore ad maius). Jednocześnie wskazać należy, iż przepis ten ma zastosowanie tylko do oceny podejmowania przez Zamawiających wszystkich istotnych czynności, które nie zostały wymienione w treści art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. Ustawodawca przesądza [...] iż podanie/zatajenie informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd godzi w rzetelność wykonawcy, a w konsekwencji uniemożliwia udzielenie temu podmiotowi zamówienia (S.T., Wprowadzenie w błąd zamawiającego ZamPub.Dor. 2016/11/54-63).

38. Za istotną czynność, która nie została wymieniona w treści art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP należy uznać czynność oceny oferty i badanie zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

39. KBK w pozycjach 22,70,73,153,155,170,171,172,173,197 oraz 241 Formularza wskazał jako producenta oferowanych artykułów KBK - w domyśle markę własną. Należy stwierdzić, iż z dostępnych Zamawiającemu informacji wynikało, iż KBK nigdy nie posiadało w swojej ofercie artykułów wymienionych w ww. pozycjach pod marką własną - nie zamierzało również wprowadzać do swojej oferty takich artykułów.

Dowód (14) - oferta KBK, zeznania A.N.,

40. Należy zwrócić uwagę, iż przedmiotowe postępowanie pomimo na pierwszy rzut oka nieskomplikowanego przedmiotu zamówienia, wymaga od wykonawców spełnienia bardzo szczegółowych i wymagających warunków Zamawiającego, odnośnie przedmiotu zamówienia. Na rynku istnieje ograniczona liczba artykułów spełniających wymagania określone przez Zamawiającego. Jednocześnie szczegółowość opisu przedmiotu zamówienia określona w SIWZ pozwala Zamawiającemu na stwierdzenie czy oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z treścią SIWZ. Najprostszym sposobem uniknięcia ryzyka oferowania produktów niespełniających warunków SIWZ było zaproponowanie dostaw artykułów pod marką własną, co do których Zamawiający nie posiadał żadnych możliwości zweryfikowania ich zgodności z SIWZ na etapie oceny ofert. O ile nie można czynić zarzutu oferowanie istniejących produktów pod marką własną, o tyle taki zarzut jest uprawniony, jeżeli złożone przez KBK oświadczenie w ofercie wprowadza w błąd Zamawiającego co do istnienia produktów, których w rzeczywistości nigdy w ofercie KBK nie było. Żaden z artykułów wskazanych w ofercie KBK w pozycjach 22,70,73,153,155,170,171,172,173,197 oraz 241 Formularza nie był nigdy dostępny na rynku pod marką KBK i również na dzień złożenia odwołania nie można ustalić, czy taki artykuł istnieje.

Dowód (15) - wydruki internetowe

41. W ocenie J. KBK świadomie wprowadził w błąd Zamawiającego wskazując w ww. pozycjach artykułu pod marką własną które w rzeczywistości nie istnieją. Takie działanie KBK wypełnia w całości dyspozycję przywołanego art. 24 ust. 1 pkt. 17 PZP. KBK w swojej ofercie przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do producenta oferowanych artykułów, a informacje te miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż stanowiły podstawę uznania treści oferty KBK za zgodną z treścią SIWZ i wybory tej oferty jako oferty najkorzystniejszej.

42. Wprowadzeniem Zamawiającego w błąd było również przedstawienie przez KBK „przerobionego” certyfikatu potwierdzającego spełnienie przez artykuł określony w poz. 67 norm określonych w SIWZ. KBK na wezwanie Zamawiającego przedstawiło certyfikat MH27538 w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz w polskim tłumaczeniu. Kopia certyfikatu MH27538 pochodzi ze strony internetowej. Jednak treść certyfikatu przedstawiona przez KBK nie jest tożsama z oryginalnym certyfikatem dostępnym na stronie. W dokumencie KBK brakuje istotnego elementu, nazwy materiału (produktu), którego dotyczy: „unprinted stock dsg: Transfer P. wh T. I S8030”. Treść ta została usunięta intencjonalnie przez KBK w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do materiału z jakiego została wykonana etykieta.

Certyfikat MH27538 złożony przez KBK oraz certyfikat MH27538 ze strony internetowej z zaznaczeniem usuniętej przez KBK treści. Został złożony jako Dowód (5).

Dowód (16) - zeznania świadka A.N.

Złożenie oferty KBK jako czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt. 3 PZP w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji)

43. W ocenie J. wskazane w punktach 37 do 42 Odwołania zarzuty dotyczące złożenia przez KBK nieprawdziwych informacji, przerobienia treści dokumentu lub posłużenia się przerobionym dokumentem przez KBK stanowią również czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

44. Zgodnie z tym artykułem Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, W rozbudowanym na tle tego artykułu orzecznictwie wskazuje się, iż:

1) Czynem nieuczciwej konkurencji są działania celowo zmierzające do rozpowszechnienia nieprawdziwych wiadomości lub wprowadzenia w błąd (LEX nr 1713209 - wyrok z dnia 25 września 2007),

2) Zakaz naruszania dobrych obyczajów z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. chroni przede wszystkim uczciwość we współzawodnictwie na rynku towarów i usług, rzetelność w konkurencji. (LEX nr 1711494 - wyrok z dnia 31 marca 2015),

3) U podstaw art. 3 ust. 1 u.z.n.k. leży trafne założenie, aby w następstwie podjętych działań konkurencyjnych, sprzecznych z dobrymi obyczajami przedsiębiorca nie czerpał korzyści w postaci przewagi nad konkurentami działającymi zgodnie z tymi obyczajami (LEX nr 1537490 - wyrok z dnia 13 maja 2014),

4) Odwoływanie się do klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 jest uzasadnione jedynie, gdy rozdział 2 u.z.n.k. nie typizuje konkretnego zachowania, jako czynu nieuczciwej konkurencji (LEX nr 1120057 - wyrok z dnia 20 lutego 2009 r).

45. Dla uznania działań KBK za stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji a tym za podstawę odrzucenia oferty KBK w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 3 PZP konieczne było spełnienie następujących przesłanek:

1) Działanie KBK musi być działaniem przedsiębiorcy - nie ma żadnych wątpliwości co do okoliczności, że KBK jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów prawa.

2) Działanie KBK być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Sprzeczne z prawem było posłużenie się przez KBK przerobionym dokumentem certyfikatu dla poz. 67 - co jest stypizowanym rodzajem przestępstwa określonym w art. 270 § 1 kk (Kto, w celu użycia za autentyczny, podrabia lub przerabia dokument lub takiego dokumentu jako autentycznego używa, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.) Sprzeczne natomiast z dobrymi obyczajami było wprowadzenie w błąd Zamawiającego oraz innych uczestników postępowania co do oferowanych artykułów pod marka własna wskazanych w punkcie 39 Odwołania, w sytuacji w której KBK nigdy nie oferowało takich artykułów w swojej ofercie.

3) Działanie KBK zagraża interesowi lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta - w sposób bezsprzeczny podawanie nieprawdziwych informacji co do producenta produktów wskazanych w punkcie 39 Odwołania oraz przerobienie lub posłużenie się przerobionym dokumentem certyfikatu dla poz. 67 zagraża interesowi i narusza interes J. - uniemożliwiając J. uzyskanie zamówienia w niniejszym postępowaniu. Narusza również interes klienta - w tym przypadku Zamawiającego w zakresie w jakim Zamawiający został wprowadzony w błąd co do rzeczywistej treści certyfikatu oraz producenta artykułów oferowanych w pozycjach określonych w punkcie 41 Odwołania.

46. Nie ulega żadnej wątpliwości, iż złożenie oferty KBK w świetle przedstawionych dowodów i analizy przepisów prawa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a tym samym oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 PZP. Nie ma w tym przypadku znaczenia intencjonalność lub wina (jej udowodnienie) w działaniu KBK, gdyż

zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 1 grudnia 2004 r., III CK 15/04) „dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji! nie jest konieczne istnienie zamiaru dokonania czynu o takim charakterze. Wystarczy bezprawność działania, aby uznać że przedsiębiorca dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji. Nie jest konieczne wykazanie jego winy”.

#### Podsumowanie

47. Wobec powyższych okoliczności odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Zamawiający nie miał żadnych podstaw do odrzucenia oferty odwołującego się - oferta ta podlegała poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP. Ponadto Zamawiający powinien odrzucić ofertę KBK z przyczyn wskazanych w odwołaniu. Nie można również uznać, iż Zamawiający dokonał poprawienia oferty KBK w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 PZP gdyż brak jest jakiegokolwiek rzeczywistej emanacji tej czynności - oferta KBK nadal nie zawiera wskazania oferowanego wkładu w kolorze czerwonym. Należy również powtórzyć, iż Zamawiający nie byłby uprawniony do dokonania poprawienia takiej omyłki, gdyż stanowiłoby to istotną zmianę treści oferty KBK jak również byłoby niemożliwe na podstawie danych zawartych w ofercie KBK - konieczne dla poprawienia tej oferty były negocjacje prowadzone pomiędzy KBK a Zamawiającym z naruszeniem art. 87 ust. 1 zdanie drugie PZP. Wreszcie wskazanie w ofercie KBK artykułów pod marką własną w sytuacji w której takie artykułu nie istnieją było wprowadzeniem w błąd Zamawiającego w sposób i w zakresie wpływającym na wynik postępowania - a przerobienie dokumentu certyfikatu lub posługiwanie się tak przerobionym dokumentem stanowiło nie tylko stypizowaną w art. 24 ust.1 pkt. 17 PZP podstawę wykluczenia KBK ale również czyn nieuczciwej konkurencji - naruszający wprost zasadę określoną w art. 7 ust. 1 PZ P. Tym samym w wyniku skumulowania tych wszystkich okoliczności doszło do wyboru oferty KBK jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów PZP. W takim stanie rzeczy interes J. w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w sytuacji braku wskazanych ww. naruszeń przepisów prawa, SiWZ oraz dobrych obyczajów to oferta J. byłaby ofertą najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu a oferta KBK zostałaby odrzucona.

48. Mając powyższe na uwadze, wnosi jak na wstępie.

Załączniki: Dowody przywołane w odwołaniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego czynności oferty odwołującego i jej odrzucenia stwierdził, że nie naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Stosownie do wskazanego przepisu poinformował niezwłocznie wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykonawcach,

których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W piśmie z 27 stycznia br. wskazał na okoliczności faktyczne stanowiące podstawę odrzucenia oferty w postaci zmian ilościowych w Formularzu Asortymentowo – Cenowym – wykaz artykułów biurowych (załącznik nr 6 do siwz) z wyszczególnieniem pozycji, które zostały przez odwołującego uzupełnione, jak też wskazał podstawę prawną odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z siwz, tj. art. 89 ust. 1 2 ustawy pzp. Wskazał pozycje w kolumnie ilości wypełnione przez wykonawcę niezgodnie z wymogami ilościowymi formularza. Zamawiający zaznacza, że obowiązkiem wykonawcy jest przygotowanie oferty spełniającej wymagania, w tym w szczególności w zakresie żądanego zakresu i zapotrzebowania na dane zamówienie. Wskazał na brak staranności odwołującego w przygotowaniu oferty i nie dostrzeżenie zasadniczych zmian w formularzu, co zostało dopiero zauważone w odwołaniu. Przypomniął, że w rozdziale 10 pkt 10 siwz zamawiający wprost wskazał, że „Brak pozycji, nie wypełnienie jakiegokolwiek pozycji Formularza asortymentowo-cenowego – wykazu artykułów biurowych (Załącznika nr 6 do siwz) lub zmiana ilości określonej przez zamawiającego spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią siwz”.

Wskazał na znaczenie siwz jako jednego z najważniejszych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stwierdził, że powołany zapis siwz stanowi o doprecyzowaniu postanowień w zakresie umożliwiającym ocenę złożonych ofert w celu zabezpieczenia w najwyższym stopniu interesu jednostek objętych przedmiotowym postępowaniem. Zamawiający stwierdził, że nie mógł pozostawić wątpliwości, jak dokona oceny ofert w przypadku, gdy wykonawca zaoferuje np. 1 sztukę danego asortymentu w każdej lub kilku pozycjach składanego formularza. Wówczas, jak sądzi zamawiający, ocena przez niego dokonana zgodnie z pkt 10.10. nie powodowałaby wątpliwości.

Zamawiający zauważa także, że zapis pkt 10 nie był kwestionowany przez wykonawców.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania dokonania poprawienia oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp zamawiający wskazał, że zasadą ustawy pzp jest brak możliwości dokonywania zmian w treści oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert. Wskazał na wyjątek od zasady dopuszczający poprawianie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 wskazując na wymóg spełnienia dwóch przesłanek i oceny zgodności oferty z siwz. Ponownie wskazał na cytowane postanowienia specyfikacji.

Stwierdził, uwzględniając okoliczności sprawy, w tym liczbę popełnionych błędów w ofercie odwołującego (ponad 130) , a także inne błędy wcześniej nie wskazane, że nie ma podstaw zastosowania trybu poprawienia na podstawie wyżej wskazanego przepisu ustawy. Zauważył, że wykonawcy są związani postanowieniami siwz z uwzględnieniem dokonanych przed terminem składania ofert zmian. Oznacza to, że wykonawca, który nie uwzględnił zmian siwz przy tworzeniu oferty, nie może powoływać się na zaistnienie innej omyłki na

podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający wskazał, w jaki sposób dokona oceny złożonych ofert.

Ponadto wskazał, że nawet, gdyby zamawiający dokonał poprawy błędów w ofercie odwołującego w sposób przez niego zaprezentowany i tak jego oferta pozostawałaby na pozycji nr 3 w rankingu ofert. Wykonawca Konsorcjum B.K. sp. z o.o. zaoferował realizację zamówienia za kwotę 10 081 844,74 zł brutto, z kolei kwota oferty odwołującego bez poprawy wynosi 11 625 082,62 zł brutto, a po poprawie 11 562 073,75 zł brutto. Wobec tego nawet gdyby przyjąć, iż błędy odwołującego popełnione w formularzu podlegają poprawieniu, i tak nie zmieniliby to pozycji jego oferty w rankingu. Zatem uznanie zarzutu zaniechania naruszenia zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp nie ma w żadnej mierze wpływu na wynik prowadzonego postępowania.

Odnosnie zarzutu oceny oferty Konsorcjum Klub sp. z o.o. (dalej: KBK) i zaniechania jej odrzucenia jako niezgodnej z treścią siwz oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania w związku z przedstawieniem przez KBK informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu, zamawiający wskazał, co następuje.

Wykonawca KBK został wezwany do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy wymagań, w tym między innymi certyfikatu dla zaoferowanych w poz. nr 67 Formularza asortymentowo-cenowego – wykazu artykułów biurowych dot. etykiet samoprzylepnych do drukarek Zebra. Wykonawca złożył przedmiotowy certyfikat oraz oświadczenie producenta potwierdzające spełnianie postawionych wymagań.

Ponadto wykonawca KBK wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanego w poz. 206 laminatora F.C. 2 A3 oraz zaoferowanego w poz. 431 wkładu do pióra żelowego R. R-100 złożył wyjaśnienia, w konsekwencji czego zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, dokonał poprawienia w ofercie KBK omyłki w poz. 431. Zamawiający uznał, że wykonawca w tej pozycji zaoferował 3 kolory wkładu, zgodnie z wymaganiami siwz. Do wyjaśnień wykonawca załączył kartę katalogową potwierdzającą, że wymagany wkład produkowany jest w trzech kolorach, a niewpisanie w formularzu kodu dla koloru czerwonego jest ewidentnie omyłką niemającą wpływu na treść oferty.

Dokonując oceny oferty zamawiający uznał ją za najkorzystniejszą i stwierdził, że przedstawione dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a zaoferowany asortyment jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w siwz.

Nie miał przy tym podstaw do przyjęcia, że którykolwiek dokument lub oświadczenie jest niezgodny z prawdą. Zaprzeczenie prawdziwości wymaga dowiedzenia przez odwołującego. Stwierdził także, że dołączone do odwołania dowody w postaci wydruków ze stron internetowych nie dowodzą postawionych tez, na co wskazuje także orzecznictwo KIO.

Odnosnie zarzutu dotyczącego czynności poprawienia innych omyłek w ofercie KBK w poz. 431 niezgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp ponownie wskazał, że niezgodność miała charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Brak wpisania koloru czerwonego wobec jednoznacznej treści karty katalogowej świadczy o popełnieniu omyłki podlegającej poprawieniu.

Zamawiający stwierdził także, że złożenie oferty de facto wiąże się z zaakceptowaniem przez wykonawcę określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaferowanego przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, jeżeli konkretne okoliczności nie wskazują wprost, że jest inaczej, należy przyjąć założenie, że wykonawca złożył ofertę w dobrej wierze, z zamiarem zaferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Uzasadnieniem powyższego stanowiska jest ostateczny moment weryfikacji omyłki i ewentualny brak wyrażenia zgody wykonawcy w tym zakresie, będący w świetle art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy podstawą do odrzucenia oferty.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania wyboru oferty odwołującego zamawiający wskazał, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. złożonej przez przystępującego KBK i o czynności tej, jak i czynności odrzucenia oferty odwołującego, poinformował wykonawców.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Konsorcjum B.K. sp. z o.o. z siedzibą w Ł. i wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał na zasadność odrzucenia oferty J. jako niezgodnej z treścią siwz stwierdzając, że niezgodność treści oferty tego wykonawcy nie może być poprawiona, gdyż poprawa blisko 140 pozycji w ofercie oznaczałaby istotną zmianę treści oferty. Zamawiający zatem słusznie uznał, że brak jest możliwości poprawienia tzw. innej omyłki i w konsekwencji zachodzi przesłanka odrzucenia oferty ze względu na jej istotną niezgodność z treścią siwz.

Przystępujący stwierdza, że wykonawcom była znana i czytelna treść formularza w wersji wymaganej od wykonawców składających ofertę. Stwierdza także, że zamawiający zasadnie wskazuje na treść r. 10 pkt 10.10 siwz jako podstawę odrzucenia oferty, a wykonawcy nie

kwestionowali treści siwz. Ponadto w kolejnych punktach siwz tj. 10.11 i 10.12 zamawiający wyjaśnił, w jaki sposób poprawi oczywiste omyłki rachunkowe. Wskazał na pkt 10.11 o treści: „Zamawiający poprawi oczywiste omyłki rachunkowe w ofercie i uwzględni konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek, w ten sposób, iż przyjmie za prawidłowe podane przez zamawiającego ilości towarów oraz podane przez wykonawcę ceny jednostkowe netto za poszczególne towary oraz stawki podatku VAT z formularza sortymentowo-cenowego stanowiącego załącznik nr 6.”

Z powyższego KBK wywodzi o niemożności poprawienia ilości asortymentu.

Przystępujący stwierdził, że odwołujący miał pełną wiedzę o przedmiocie zamówienia.

Odnosnie zarzutów podniesionych wobec oferty przystępującego, wskazał, co

następuje.

- pozycja 67 – etykiety. KBK zaoferował etykiety produkcji L.J.B. posiadając wymagane parametry. Na potwierdzenie dnia 23 stycznia wraz z certyfikatem MH27538 oraz innymi dokumentami składanymi na wezwanie zamawiającego KBK przedstawił oświadczenie producenta potwierdzające zgodność wszystkich parametrów wymaganych. Przystępujący wskazuje na wymóg posiadania dla przedmiotowego produktu certyfikatu UL i stwierdza, że zaoferowane etykiety spełniają warunek postawiony, czego dowodem jest złożony certyfikat. Stwierdza także, że zamawiający, wbrew twierdzeniom odwołania, nie określał szczegółowo parametrów danej etykiety, a numery certyfikatów opisane w odwołaniu wskazują jednocześnie, od jakiego producenta pochodzą certyfikowane materiały. KBK wskazał na spełnianie warunku w zakresie odporności na wysokie temperatury i wilgoć, co potwierdza oświadczenie producenta.

Odnosnie pozycji 206 oferty KBK wskazał, że zamawiający wymagał laminatora o maksymalnej grubości laminowanego dokumentu 0,5 mm. Zaoferowany przez KBK laminator F.C. 2 A3 spełnia postawione wymagania; jego grubość laminowania dokumentu wynosi bowiem 0,4 mm. Zamawiający określił wyłącznie górny przedział wymaganej grubości laminacji, nie określił minimalnej dopuszczalnej grubości, jaką ma laminować urządzenie. Producent potwierdził zgodność wszystkich parametrów w piśmie doręczonym zamawiającemu. Przystępujący stwierdził przy tym, że odwołujący zaoferował laminator o max grubości dokumentu laminowanego 0,55 mm co jest parametrem niezgodnym z siwz.

- Pozycja 265 oferty KBK. Zaoferowane przez KBK pióro S.S.S.G. 1931504 jest piórem zgodnym z siwz, czyli P. Sonet GT lakierowane. Podany w ofercie symbol pióra jest nowy, wprowadzony w 2017 r., poprzedni symbol to S0809110. Parametr obudowy lakierowanej, gładkiej w części uchwytu potwierdził dystrybutor N.P.. KBK zauważa, że zamawiający w opz

nie postawił wymagań w zakresie obudowy tzn. czy ma być ona w całości czy częściowo lakierowana lub chromowana.

- poz. 431 (wkłady do pióra żelowego w trzech kolorach) KBK wskazuje, że zaoferował sugerowany przykładowy model R-100. Na wezwanie zamawiającego potwierdził parametry wkładu. Potwierdza ten fakt także karta katalogowa producenta, a poprawienie omyłki co do trzeciego koloru nie spowodowało istotnej zmiany treści oferty.

Przystępujący wskazał ponadto, że w szeregu pozycji zaoferował produkty marki własnej, co jest zgodne z siwz i nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd zamawiającego. Stwierdził, że oferuje szereg produktów, zarówno publikowanych w katalogach własnych, jak i dedykowanych do konkretnych przetargów. Zauważa, że zarzut odwołującego, iż niektóre produkty wymienione nie były dostępne na rynku pod marką KBK nie ma znaczenia w tym postępowaniu wobec braku takiego wymogu, aby produkt był dostępny na dzień składania ofert, lub odwołania. Odnosząc się do stwierdzeń ze strony 13 odwołania KBK podkreślił, że produkty marki KBK istnieją i będą dostępne w terminach zgodnych do realizacji umowy, co potwierdzają pisma od producentów.

W podsumowaniu przystępujący stwierdził, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę J. jako niezgodną z treścią siwz i z punktu widzenia prawnego nie kwalifikującą się do poprawy przez zamawiającego.

Zarzuty wobec własnej oferty ocenił jako bezpodstawne stwierdzając, że oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a z przedstawionych dokumentów wynika, że KBK nie wprowadziło w błąd zamawiającego. Oferta została też poprawiona zgodnie z prawem.

Uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli na rozprawie oświadczenia:

Odwołujący poparł odwołanie i zawartą w nim argumentację. Odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie wniósł o pominięcie argumentacji z punktu „ad 1” jako zawierającej treści, które powinny być być zamieszczone w decyzji o wyniku postępowania. Zauważył, że uzasadnienie odrzucenia oferty było lakoniczne. Podkreślił, że powoływany przez zamawiającego pkt 10.10 SIWZ nie może uchylić obowiązującego przepisu art. 87 ust 2 pkt 3 PZP. Odnosnie punktu 2 pisma stwierdził, że poza powołaniem pkt 10.10 SIWZ zamawiający nie przedstawił argumentów co do niemożności poprawienia omyłek. Przypomniał, że ilości asortymentowe w złożonej ofercie pochodziły z jednej z wielu wersji formularza autorstwa zamawiającego i zauważył, że zaoferował wszystkie wymagane artykuły. Stwierdził, że art. 87 ust 2 pkt 3 stosuje się bez dodatkowych warunków w tym np. warunku wpływu na wynik postępowania.

Podtrzymał zarzuty wobec oferty przystępującego. Zauważył, że zamawiający wbrew twierdzeniom w piśmie nie dokonał poprawienia omyłki w pozycji 431 lecz przeprowadził niedopuszczalne negocjacje z wykonawcą, gdyż samodzielne poprawienie było niemożliwe. Wskazał na argumentację zamawiającego na str. 11, która powinna odnosić się do każdego wykonawcy na zasadzie równości. Zauważył brak odniesienia się przez zamawiającego do zarzutów dotyczących laminatora, etykiety, pióra.

Odnosnie stanowiska przystępującego wskazał na nieskuteczne próby dowodzenia stanowiska dotyczącego certyfikacji dla pozycji 67. Podkreślił brak nowej argumentacji dla pozycji 206. Odnosnie pozycji 265 na potwierdzenie stanowiska złożył pismo od dystrybutora i informację producenta wskazując na materiał niezgodny z wymogiem SIWZ. Złożył zestawienia porównawcze materiałów oferowanych przez przystępującego w poprzednim przetargu i obecnie, a w tym obecnym pod marką KBK. Zauważył, że zamawiający i przystępujący nie wyjaśnili sposobu poprawienia pozycji 431. Stwierdził, że różnica w liczbie wymaganych i zaoferowanych artykułów wynosi 0,8%. Podkreślił obowiązek stosowania przepisów ustawy, w tym dotyczących poprawiania omyłek.

Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w złożonej odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Podał przykłady znaczących różnic w ilości oferowanych artykułów w niektórych pozycjach w stosunku do wymaganych. Przypomniał postanowienia SIWZ. Zauważył, że wykonawca składając ofertę powinien użyć aktualnego formularza. Stwierdził, że informacja o wyniku postępowania, w tym uzasadnienie decyzji odrzucenia oferty jest wystarczająco umotywowane.

Wyjaśnił, że 25.01.2017 r. w piśmie z tego dnia dokonał poprawienia omyłki w ofercie przystępującego. Stwierdził, że potwierdzeniem równego traktowania wykonawców było wysłanie 29.12.2016 r. wszystkim potencjalnym oferentom obowiązującego formularza ofertowy.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał stanowisko przedstawione w złożonym piśmie jak również przychylił się do stanowiska zamawiającego. Omówił załączone do pisma dowody z dokumentów. Oświadczył, że treść certyfikatu, o którym mowa w odniesieniu do pozycji 67 nie była przerabiana. Wskazał na załączniki nr 4 i 6 do pisma procesowego w tym zakresie. Podtrzymał argumentację dotyczącą zarzutów w odniesieniu do kolejnych pozycji tj. 206, 265, 431. Złożył katalogi firmy na okoliczność potencjału produktowego, pokazał blok z flipchart i paczkę kopert z zaznaczeniem KBK.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej zamawiającemu przez odwołującego i przystępującego, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Skład orzekający podziela stanowisko przedstawione przez zamawiającego w złożonej odpowiedzi na odwołanie, że złożenie oferty de facto wiąże się z zaakceptowaniem przez wykonawcę określonych przez zamawiającego oczekiwań co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, jeżeli konkretne okoliczności nie wskazują wprost, że jest inaczej, należy przyjąć założenie, że wykonawca złożył ofertę w dobrej wierze, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Powyższe, wyrażone jako normy prawne, w sposób przejrzysty odnaleźć można w przepisie art. 7 ust. 1 i 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, których (między innymi) naruszenie zarzuca odwołujący zamawiającemu. W ocenie składu orzekającego powyższe przepisy nie były jednak przez zamawiającego w pełni przestrzegane w trakcie badania i oceny ofert.

Skład orzekający stwierdza, że omyłki w ofercie odwołującego stanowią typowy przykład omyłek naprawialnych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Zamawiający dysponował formularzem ofertowym odwołującego obejmującym wszystkie wymagane pozycje z przedstawionymi niespornymi cenami jednostkowymi, natomiast skutek użycia przez oferenta nieaktualnego formularza w zakresie liczby wymaganych artykułów, ceny łączne dla ponad 130 artykułów z wymaganego asortymentu, były nieprawidłowe. Różnice występowały zarówno „w górę” jak i „w dół” w stosunku do potrzeb zamawiającego. Izba nie podziela argumentacji zamawiającego i przystępującego o braku przesłanki naprawienia omyłki w ofercie z uwagi na znaczną liczbę tych omyłek. Istotą oceny możliwości poprawienia omyłki jest jej charakter opisany w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp i w ocenie składu orzekającego, jak wyżej wskazano, takie omyłki poprawieniu podlegają. W efekcie, co niesporne cena oferty uległaby nieznaczącej, w istocie marginalnej zmianie.

Oceniając czynności podjęte przez zamawiającego wobec oferty odwołującego, w tym poprawienie omyłki po uprzednim wyjaśnieniu treści oferty zakresie wkładów do pióra żelowego, piór P. o wymaganych parametrach, spełnieniu parametrów laminatora potwierdzonych przez producenta, certyfikatów na parametry etykiet, skład orzekający uznaje prawidłowość postępowania zamawiającego z wynikiem w postaci wyboru oferty jako najtańszej i zgodnej w swej treści z treścią siwz.

W sprawie rozpatrywanej najdalej idącą czynnością zamawiającego wykonaną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego był wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W wyniku szczegółowej analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, jak i dowodów przedstawionych przez strony w toku postępowania odwoławczego, Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił przedmiotową ofertę i nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów wskazujących na dopuszczalność poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzedzonego żądaniem wyjaśnień i nie stanowiącego niedopuszczalnych negocjacji (art. 87 ust. 1 ustawy pzp).

Tym samym, Izba stwierdza, odsyłając przy tym do wstępnej części uzasadnienia, że zamawiający dokonując badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego, bezpodstawnie uznał, że nie zachodzi wobec tej oferty przesłanka poprawienia omyłek w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Oczywiście jest, że zasady oceny ofert można określić w siwz, jednakże należy podkreślić, że zamawiający nie jest uprawniony do ograniczania lub zawieszania stosowania przepisu ustawy, a wyżej wskazany przepis, jak słusznie zauważył odwołujący, ma charakter przepisu iuris cogentis.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji. Izba oddaliła odwołanie, jako że pomimo stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, naruszenie to nie ma i nie może mieć istotnego wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej. Rozstrzygnięcie wydano mając na względzie stosowanie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....