

Sygn. akt: KIO 2314/16

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 2 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 2 stycznia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2016r. przez **wykonawcę WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Specjalistyczne Centrum Medyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Polanicy – Zdroju, ul. Jana Pawła II 2**

przy udziale **wykonawcy Digital Solutions Dystrybucja Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 43** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2314/16 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6 kwoty 6 750zł. 00 gr. (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na wykonywanie usług na dzierżawę i serwis urządzeń kopiujących i drukujących wraz z systemem zaliczania kosztów druku na potrzeby Specjalistycznego Centrum Medycznego SA w Polanicy-Zdroju zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 października 2016r. nr 331344-2016.

Na terminie otwarcia ofert zamawiający podał, że może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 463 095 zł. brutto, wpłynęły dwie oferty:

WASKO SA z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6 – dalej odwołujący, z ceną 430 401,60zł.

Digital Solutions Dystrybucja Polska sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 43 – dalej przystępujący, z ceną 487 035,72zł.

W dniu 2 grudnia 2016r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 – dalej ustawy) gdyż zaoferował on urządzenie, które nie spełniają wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) tj. oferowane w typie IV, IVa, V urządzenie z grupy Lexmark MS 810 wg. specyfikacji na stronie [lexmark.com/pl/products/laser-mono/40G0130.shtml](http://lexmark.com/pl/products/laser-mono/40G0130.shtml) oraz podręcznika użytkownika s. 187 obsługuje papier o gramaturze 60-176g/m<sup>2</sup>, a zamawiający wymagał obsługi gramatury w przedziale min. 60 – 220 g/m<sup>2</sup> oraz oferowane w typie VI, VIa, VII urządzenie z grupy Lexmark MX 710 wg. specyfikacji na stronie [lexmark.com/pl/products/laser-mono/40G0130.shtml](http://lexmark.com/pl/products/laser-mono/40G0130.shtml) oraz podręcznika użytkownika s. 87 obsługuje papier o gramaturze 60-176g/m<sup>2</sup>, a zamawiający wymagał obsługi gramatury w przedziale min. 60 – 220 g/m<sup>2</sup>. Jednocześnie zamawiający unieważnił postępowanie, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy.

W dniu 7 grudnia 2016r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 listopada 2016r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z załączonego do odwołania odpisu z KRS oraz uchwałami nr 2, 3 i 5 Rady Nadzorczej WASKO SA z dnia 15 września 2016r. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 7 grudnia 2016r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu -

1. niezgodne z przepisami ustawy odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, a tym samym naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;

2. Z ostrożności — zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów, a tym samym naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy;

3. Z ostrożności - zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a tym samym naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy;

4. Niezgodne z przepisami ustawy unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy

- a w związku z powyższymi naruszeniami naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
4. Z ostrożności wezwanie odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień;
5. Wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą mającym interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę, w związku z czym jest podmiotem legitymowanym do wniesienia niniejszego odwołania. Odwołujący wskazał, że gdyby oferta odwołującego nie została w sposób nieuprawniony odrzucona z postępowania, to odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. W przedmiotowym postępowaniu było co prawda ustalone drugie obok ceny kryterium oceny ofert, ale w tym zakresie obaj wykonawcy, którzy złożyli swoje oferty zaoferowali takie samo świadczenie, co oznacza, że rozstrzygającym kryterium było kryterium ceny. Cena oferty odwołującego to: 430.401,60 zł brutto, cena oferty przystępujące to: 487.035,72 zł brutto. Cena oferty odwołującego nie przekracza kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, która wynosi: 463.095,00 zł brutto.

Odwołujący nie zgadza się z rozstrzygnięciem przez zamawiającego przedmiotowego postępowania i wnosi niniejsze odwołanie od czynności i zaniechań, które miały miejsce w postępowaniu, przedstawiając poniżej uzasadnienie dla podnoszonych zarzutów:

Odwołujący nie zgadza się z dokonaniem przez zamawiającego odrzuceniem oferty złożonej przez odwołującego. Oferta złożona przez odwołującego została przez zamawiającego odrzucona (zgodnie z przekazanym uzasadnieniem faktycznym), ponieważ w ocenie zamawiającego urządzenia zaoferowane przez odwołującego: typ IV, typ IVa, typ V, typ VI, typ Via, Typ VII nie spełniają wymagań zawartych w siwz. zamawiający na podstawie

materiałów dostępnych w Internecie (specyfikacja i podręcznik użytkownika) stwierdził, że urządzenia z grupy Lexmark MS 810 oraz Lexmark MX 710 nie spełniają wymagań zamawiającego dotyczących obsługiwanej gramatury papieru. Zamawiający w siwz wymagał, aby oferowane urządzenia obsługiwały papier o gramaturze min. 60-220 g/m<sup>2</sup>. Na podstawie materiałów internetowych (specyfikacja techniczna na stronie producenta i podręcznik użytkownika) zamawiający samodzielnie ustalił, że gramatura papieru obsługiwana przez urządzenia z grupy Lexmark MS 810 oraz Lexmark MX 710 wynosi 60-176 g/m<sup>2</sup> i na tej podstawie podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo, że z oferty złożonej przez odwołującego wprost wynika spełnienie przez oferowane urządzenia wymagania odnoszącego się do obsługiwanej gramatury papieru.

Odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy byli zobowiązani złożyć wraz z ofertą Specyfikację techniczną oferowanych urządzeń. Wzór dokumentu był przygotowany przez zamawiającego jako załącznik do formularza ofertowego. Dokument ten wskazywał na parametry minimalne wymagane przez zamawiającego oraz pozostawiał wolną kolumnę dla wykonawców przeznaczoną do wpisania parametrów oferowanego urządzenia. Dokument zawierał też miejsce na wpisanie oferowanego modelu urządzenia. Zamawiający nie wymagał żadnych innych dokumentów dotyczących oferowanych urządzeń. Odwołujący wypełnił przygotowany przez zamawiającego wzór dokumentu, uzupełniając go o parametry oferowanych urządzeń oraz wpisując model. Oprócz szeregu innych parametrów odwołujący potwierdził dla urządzeń typ IV, typ IVa, typ V, typ VI, typ VIa, typ VII spełnienie wymagania: „Obsługiwana gramatura papieru min. 60-220 g/m<sup>2</sup>”. Zaoferowane przez odwołującego urządzenia spełniają zakwestionowane przez zamawiającego wymaganie, które stało się przyczyną odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że spełnianie wymagań stawianych przedmiotowi zamówienia zostało wykazane w sposób przewidziany przez zamawiającego w siwz - złożona została specyfikacja techniczna według formularza ustalonego przez zamawiającego. Odwołujący sprostował wszystkim wymaganiom postawionym w siwz, a pomimo tego jego oferta została odrzucona. Zamawiający zignorował całkowicie ofertę odwołującego, jej treść a oparł się na materiałach internetowych, podejmując decyzję o odrzuceniu oferty nie kierując nawet do odwołującego wezwania do wyjaśnień. Czynność odrzucenia już z tego tylko powodu powinna być uznana w ocenie odwołującego za przedwczesną, ponieważ zamawiający nawet, gdy weryfikował treść oferty odwołującego z materiałami dostępnymi w Internecie, w obliczu kategorycznej deklaracji w ofercie o spełnianiu wymagań powinien co najmniej powziąć wątpliwości, które powinny skłonić go do wystosowania do odwołującego wniosku o udzielenie wyjaśnień. Tymczasem zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego wskazując, że ze specyfikacji internetowej i podręcznika użytkownika wynika niespełnienie wymagań.

Odwołujący wskazał, że przed zaferowaniem urządzeń Lexmark MS810dn, Lexmark MX710de, Lexmark MX710dhe zamawiającemu, upewnił się o spełnianiu przez te urządzenia wszystkich wymagań zamawiającego, w tym wymagania odnoszącego się do obsługiwanej gramatury papieru. W związku z tym złożył w pełni świadomie i odpowiedzialnie oświadczenie o spełnianiu wymagań. Zamawiający niezasadnie kierował się przy odrzuceniu oferty materiałami dostępnymi w Internecie, ponieważ materiały te nie są aktualizowane, są to materiały marketingowe, które należy traktować jako informacja poglądowa o danym produkcie, a niejako definitywne, wiążące informacje, które mogłyby stanowić podstawę do odrzucenia oferty. Odwołujący uważa, że wykazał spełnianie wymagań przedmiotowych w sposób przewidziany w siwz. Niezależnie jednak od tego, jako załącznik do niniejszego odwołania przedstawił informację od producenta Lexmark o spełnianiu przez oferowane urządzenia wymagań w zakresie obsługiwanej gramatury papieru. Jednocześnie odwołujący wskazał, że nie zabiegał u producenta o katalog, ulotkę, folder potwierdzający spełnianie wymagań, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu dokumenty tego typu nie były wymagane.

Powyżej opisane okoliczności faktyczne w ocenie odwołującego stanowią podstawę do uznania, że czynność odrzucenia oferty odwołującego została dokonana niezasadnie. Niemniej jednak, z ostrożności odwołujący postawił zamawiającemu zarzut, że w ramach czynności badania i oceny oferty odwołującego, w sytuacji kiedy dostrzegł rozbieżność pomiędzy informacjami dostępnymi w materiałach internetowych a treścią oferty odwołującego nie wystosował do odwołującego wezwania do wyjaśnień:

- w trybie przepisy art. 26 ust. 4 ustawy o wyjaśnienia dokumentu Specyfikacja techniczna oraz
- w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy o wyjaśnienia w zakresie treści oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł przedmiotowy zarzut tylko z ostrożności, ponieważ w ocenie odwołującego treść oferty odwołującego odpowiada treści siwz, a dokument Specyfikacja techniczna potwierdza spełnianie wymagań postawionych przez zamawiającego.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający weryfikując ofertę odwołującego z materiałami internetowymi powinien co najmniej powziąć wątpliwość i przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, zwrócić się do odwołującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień w zakresie obsługiwanej gramatury papieru. Brak wezwania pozbawiło odwołującego możliwości wyjaśnienia zamawiającemu kwestii rozbieżności pomiędzy treścią oferty odwołującego a materiałami dostępnymi na stronach internetowych. Odwołujący zdaje sobie sprawę, że przepisy stanowiące podstawę do kierowania do wykonawców wezwań o wyjaśnienia można traktować w charakterze uprawnienia, a nie bezwzględne obowiązku, niemniej jednak w sytuacji kiedy zamawiający ma lub przynajmniej powinien mieć

wątpliwości w kwestii tak zasadniczej jak zgodność/niezgodność treści oferty z treścią siwz to powinien w ocenie odwołującego bezwzględnie zastosować procedurę wyjaśniającą przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty z postępowania.

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w ściśle określonych przypadkach, po spełnieniu przesłanek unieważnienia wskazanych w przepisach ustawy. W przedmiotowym postępowaniu konsekwencją błędnej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego było niezasadne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy. Cena oferty odwołującego nie przekracza kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, w związku z czym zamawiający niezasadnie unieważnił prowadzone postępowanie. Oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, dlatego zamawiający powinien nie tyle unieważnić postępowanie co dokonać wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie odwołującego w/w okoliczności uzasadniają postawienie zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadą przejrzystości. Oferta odwołującego została odrzucona, pomimo faktu, że została przygotowana zgodnie z siwz i zawiera zobowiązanie do świadczenia, którego treść odpowiada treści siwz. Odrzucenie oferty zostało oparte na materiałach internetowych, bez uwzględnienia oświadczeń odwołującego, co w ocenie odwołującego stanowi o naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 ustawy.

W dniu 7 grudnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 grudnia 2016r. (10 grudnia 2016r. – sobota) do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział przystępujący. Wskazał na treść art. 185 ust. 8 ustawy dla wykazania zachowania terminu na wniesienie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż złożona przez odwołującego oferta w przypadku uwzględnienia odwołania byłby ofertą najkorzystniejszą, a przystępujący utraciłby możliwość złożenia oferty w ponownym postępowaniu. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez wiceprezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji przystępującego, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 12 grudnia 2016r. Wskazał, że decyzja zamawiającego była prawidłowa także z powodu niedotrzymania przez odwołującego się warunków określonych w punkcie 7.1.2 siwz, który stanowi, że „Wykonawca musi być autoryzowanym przedstawicielem producenta w zakresie sprzedaży i serwisu oferowanych w dzierżawie urządzeń/Odwołujący nie podołał tym warunkom siwz. Odwołujący się nie posiada bowiem autoryzacji producenta Konica Minolta. W czasie

postępowania, w odpowiedzi na zadane pytanie, zamawiający jednoznacznie potwierdził swoje oczekiwania odnośnie autoryzacji producenta, której odwołujący nie posiada.

Zamawiający w siwz wyraźnie określił specyfikację techniczną drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych jakie zamierza wynająć, jak i określił też wymagania względem starających się o zamówienie oferentów. Dodatkowo odwołujący się nie posiada autoryzacji producenta Konica Minolta, której urządzenia były oferowane w postępowaniu, która wymagana jest w punkcie 7.1.2 siwz. W czasie postępowania, w odpowiedzi na zadane pytanie, zamawiający jednoznacznie potwierdził swoje oczekiwania odnośnie autoryzacji producenta, którego odwołujący nie posiada.

Na dowód tego twierdzenia, przystępujący złożył zdjęcie dokumentu nie spełniającego wymogów formalnych ponieważ wystawionego przez podmiot nieuprawniony do autoryzacji, które wykonane zostało podczas oględzin oferty oraz dokument wydany przez Konica Minolta zaświadczący, że odwołujący nie jest autoryzowanym partnerem tej firmy w Polsce. Zaoferowane przez odwołującego się urządzenia nie spełniają wymagań technicznych o czym świadczą wszelkie dokumenty takie jak: specyfikacja techniczna dostępna na stronie producenta jak i instrukcja obsługi urządzeń dostępna z każdym dostarczanym, urządzeniem. Dokument w postaci instrukcji użytkownika do urządzeń nie jest dokumentem marketingowym na co powołuje się odwołujący w załączonym oświadczeniu wydanym przez Lexmark. Instrukcja obsługi urządzeń jest dokumentem, który w sposób jednoznaczny instruuje jak należy prawidłowo korzystać z zakupionego urządzenia. W gwarancji producenta dostarczanej wraz ze sprzętem widnieje również klauzula o treści: „Uszkodzenia drukarki spowodowane niewłaściwą obsługą nie podlegają gwarancji”. W rozumieniu właściwa obsługa drukarki mieści się również stosowanie nośników o parametrach technicznych wskazanych w instrukcji obsługi.

Kolejne dokumenty potwierdzające słuszność działań zamawiającego to dokumentacja techniczna dedykowana dla serwisów urządzeń Lexmark nie mówi o tym jakoby oferowane urządzenia miały obsługiwać nośniki o gramaturze 220g/m<sup>2</sup>. Przystępujący zaznaczył, że aktualizacji mówiących o modyfikacjach urządzeń aby obsługiwały inną gramaturę papieru niż ta określona w instrukcji obsługi i ulotce produktowej nie było w dokumentach technicznych dla Autoryzowanych Serwisów - Serwis Manual z dnia 15-11-2016.

Dodatkowo, dołączone do odwołania zaświadczenie, nie było przedkładane na wcześniejszym etapie.

Dla przystępującego oczywistym jest, że dostarczane urządzenia nie spełniają specyfikacji, nie obsługując papieru o gramaturze, która wymagana jest przez zamawiającego. Oczywistym jest, że odwołujący się wpisał w załącznik do formularza ofertowego parametry niezgodne z rzeczywistością. Z łatwością bowiem zamawiający ustalił, że oferowane urządzenia nie oferują parametrów wymaganych w siwz. Nawet więc jeśli do oferty nie

dołączono dokumentów technicznych, dokumenty, które odwołujący posługuje się na co dzień w swojej działalności świadczy o tym, że złożone przez odwołującego się oświadczenie nie było prawdziwe.

Dodatkowo odwołujący się nie posiada autoryzacji producenta Konica Minolta, której urządzenia były oferowane w postępowaniu, która wymagana jest w punkcie 7.1.2 siwz.

Katalog przesłanek odrzucenia oferty jest zamknięty, co oznacza, że podstawą prawną tej czynności nie może być inna okoliczność niż wymieniona w art. 89 ust. 1 Ustawy. Z drugiej strony, w przypadku zaistnienia którejkolwiek z omawianych okoliczności zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia danej oferty. W przeciwnym bowiem razie dopuści się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Ustawy, co może zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem przystępującego chybione są też argumenty odwołującego się, że odrzucenie oferty był przedwczesne. Oczywistym jest, że odwołujący się nie przedłożył dokumentów, które potwierdzały jego twierdzenia. Skorzystanie z dyspozycji art. 26 ust. 4 ustawy co do zasady powinno nastąpić, wtedy gdy złożone przez wykonawcę dokumenty lub oświadczenia zawierają błędy lub ich nie złożono albo w sposób oczywisty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tak jest w tym przypadku. Należy wskazać, że: "art. 26 ust 4 Ustawy (...) służy wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych" (wyr. KIO z 28.2.2012 r., KIO 335/12). Dlatego, w ocenie przystępującego, nie znajduje uzasadnienie twierdzenie, że zamawiający powinien wzywać odwołującego się, jeśli ten nie przedłożył dokumentów w ogóle. Przedkładanie ich w stadium postępowania odwoławczego jest spóźnione.

Postulowane przez odwołującego nakazanie zamawiającemu wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy byłoby de facto nakazaniem mu wezwania wykonawcy do uzupełnienia informacji wymaganych od wykonawców w siwz. Z uwagi na fakt, iż działanie takie w świetle przepisów ustawy jest niedopuszczalne, zasadnie Zamawiający słusznie uznał, iż stwierdzone w dokumentach i oświadczeniach złożonych przez odwołującego braki nie są możliwe do uzupełnienia. Zamawiający nie jest obowiązany do żądania złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych. W rozważanym przypadku dane te znajdowały się na stronach internetowych odwołującego się i producenta oferowanego sprzętu.

Przed wypełnieniem obowiązku wezwania zamawiający powinien przeanalizować, czy nie grozi unieważnienie postępowania nawet w przypadku uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Jeżeli konieczność taka zaistnieje, wzywanie o uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów, jako bezprzedmiotowe, nie ma zastosowania.



Również zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy nie znajduje, zdaniem przystępującego, podstaw. Wykładnia gramatyczna omawianego przepisu wskazuje jedynie na uprawnienie zamawiającego do podjęcia tego rodzaju czynności. Dodatkowo nie istniały przesłanki do składania zapytania w tym kierunku. Czynności sprawdzające dokonane przez zamawiającego określiły bowiem bez cienia wątpliwości, że odwołujący nie spełnia warunków technicznych i merytorycznych do udziału w postępowaniu. Przepis art. 87 ust. 1 umożliwia zamawiającemu uzyskanie wyjaśnień co do treści całej oferty. Przystępujący podkreślił, że jest to uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek. Wykonawca nie może zatem domagać się od zamawiającego, aby ten zażądał stosownych wyjaśnień. Nie można w związku z tym postawić skutecznego zarzutu w formie odwołania na samo nieskorzystanie przez zamawiającego z przysługującego mu prawa (tak SO w Gdańsku w wyr. z 27.6.2008 r., XII Ga 206/08, niepubl., stwierdzając, iż "treść przepisu art. 87 wyraźnie wskazuje na to, że jest to przepis fakultatywny, a zatem oferenci nie mogą domagać się od zamawiającego, by skorzystał z prawa do wyjaśnień").

Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest podawana praktycznie zawsze wtedy, gdy wykonawca kwestionuje postanowienia siwz oraz czynność oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Odnosi się także do sytuacji, gdy wykonawca twierdzi, że jego oferta została bezpodstawnie odrzucona lub oferent niesłusznie został wykluczony.

W ocenie przystępującego postępowanie zamawiającego cechowało się zasadą bezstronności i obiektywizmu w zakresie przygotowania oraz przeprowadzenia postępowania dotyczy osób występujących w imieniu zamawiającego.

Po odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający musiał przetarg unieważnić, gdyż cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 15 grudnia 2016r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w zakresie zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego się,
2. odrzucenie odwołania w pozostałym zakresie, jako niedopuszczalnego na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy,
3. obciążenie odwołującego się kosztami postępowania,

Zdaniem zamawiającego zarzuty odwołującego się nie znajdują uzasadnienia ani w świetle czynności zamawiającego, ani nie mają podstawy w przepisach prawa i winny zostać w całości oddalone.

Urządzenia Lexmark zaoferowane przez odwołującego się nie spełniają warunków obsługiwanego papieru o gramaturze 60-220g/m<sup>2</sup>, albowiem obsługują one wyłącznie papier o gramaturze 60-176g/m<sup>2</sup>. Tym samym oczywistym jest, że istniały podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy. Zamawiający wskazał, że fakt, iż odwołujący się z ostrożności wnosi

odwołanie na zaniechanie wezwania odwołującego się do złożenia wyjaśnień, uwiarygadnia w pełni twierdzenie zamawiającego, że oferowane drukarki nie spełniają wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co więcej odwołujący się miał możliwość zwracania się o wyjaśnienia do zamawiającego i skorzystał z tej możliwości co do zasady. Zwracał się o zmianę tego parametru i dostał od zamawiającego jasną odpowiedź, że zamawiający podtrzymuje swoje oczekiwania co do gramatury papieru z uwagi na konieczność zachowania jakości wydruku. Mimo to odwołujący zaoferował drukarki nie spełniające tego wymogu.

Nie usprawiedliwia działań odwołującego się fakt, iż zamawiający nie wymagał żadnych dodatkowych dokumentów do oferty wskazujących na gramaturę papieru. Dostawca zamówienia jest obowiązany składać oświadczenia prawdziwe i nie wprowadzające zamawiającego w błąd, zwłaszcza jeśli specyfikacja opiera się o zaufanie do dostawców. Wpisanie oświadczenia, że drukarki obsługują gramaturę 220g/m<sup>2</sup> podczas gdy jest to niezgodne z rzeczywistością, nie może być objęte jakąkolwiek ochroną prawną po stronie odwołującego. Wręcz przeciwnie działanie takie odwołującego powinno zostać ocenione negatywnie i wykluczone z obrotu prawnego, albowiem jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji. Zamawiający uważa, że ma pełne prawo i obowiązek zweryfikować oświadczenia odwołującego w oparciu o materiały choćby zamieszczone w internecie. Skoro firma Lexmark podaje w internecie, że przedmiotowe drukarki nie spełniają warunków siwz, to zamawiający nie ma podstaw do kwestionowania takich informacji.

Zamawiający powołał się na wyrok KIO z 13 lutego 2008 r. (KIO/UZP 60/08), wyrok KIO z 3 października 2012 r. (KIO 2006/12). Zamawiający miał prawo do zasięgnięcia zewnętrznych informacji oraz że słusznie doszedł do wniosku, że urządzenia nie spełniały warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji oferta zasadnie została odrzucona.

W zakresie odwołania się na zaniechanie o wyjaśnienia oraz o unieważnienie postępowania, zamawiający wskazał, że odwołanie nie przysługuje w zakresie zaniechania zwrócenia się o wyjaśnienia, albowiem nie jest taka czynność wskazana w art. 180 ust. 2 ustawy.

Odwołanie w tym zakresie winno zostać odrzucone, albowiem odwołujący nie może skarżyć się na zaniechanie, ani na unieważnienie postępowania.

Zamawiający wskazał, że skoro doszło do sytuacji, w której nie można unieważnić czynności unieważnienia postępowania, to i tak odwołujący się nie ma interesu prawnego w odwołaniu, gdyż i tak pozostanie w mocy czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający ponadto zarzucił, że nie było podstaw do zwracania się o wyjaśnienia, gdyż informacje na stronie firmy Lexmark są jednoznaczne, klarowne i kategoryczne. Nie było zatem przedmiotu jakiegokolwiek wyjaśniania. Zamawiający nie powziął żadnych

wątpliwości, nie było ku temu podstaw i w konsekwencji, nie zwracał się o wyjaśnienia, ponieważ nie miał ani takiej potrzeby, ani też obowiązku. Art. 87 ustawy jasno wskazuje, że zamawiający może, ale nie musi zwrócić się o wyjaśnienia.

Co do unieważnienia postępowania, jest dla zamawiającego oczywistym, że skoro odrzucono ofertę odwołującego się, to jedyną prawną możliwością postąpienia z postępowaniem było jego unieważnienie.

W dniu 28 grudnia 2016r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania, podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS i uchwał Rady Nadzorczej odwołującego.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

**Przewodniczący:** .....