

**WYROK**  
**z dnia 12 maja 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 maja** 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę **N. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Ł., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Lotnictwa, Al. Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **A. M.C. J.D. T.K. Sp. j., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę N. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Ł., (...)** i **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę N. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Ł., (...)** 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 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający Instytut Lotnictwa, Al. Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa tuszów i tonerów do urządzeń biurowych« (nr sprawy 71/ZZ/AZLZ/2016 – przedmiotem zamówienia są dostawy CPV 30192113, 30125100, 30125110, 30125120).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 03.01.2017 r. pod nrem 2017/S 040-065097.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 i 1920) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 14.04.2017 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy A. M.C. J.D. T.K. sp.j. (...) (dalej A.);
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy N. Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Ł., (...), gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca N. Sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Ł., (...) (dalej wykonawca N. lub odwołujący), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 24.04.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy A. M.C. J.D. T.K. sp.j. (dalej wykonawca A. lub przystępujący),
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy N. jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy A. jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez:

- 1) odrzucenie oferty wykonawcy N. pomimo tego, że oferta wykonawcy N. nie jest niezgodna z treścią SIWZ;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert, wyboru oferty wykonawcy A. oraz odrzucenia oferty wykonawcy N.;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy A. jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty wykonawcy N. jako oferty najkorzystniejszej;
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy N.. W uzasadnieniu tej decyzji zamawiający wskazał, że treść oferty wykonawcy N. jest niezgodna z treścią SIWZ i w konsekwencji podlega odrzuceniu.

Zamawiający powołał się przy tym na postanowienie rozdz. IV pkt 14 ust. 1 SIWZ, w którym określił, że wymagał, aby materiały eksploatacyjne (tusze i tonery) były maksymalnej wydajności. Jeśli dla danego modelu urządzenia istnieje materiał o zwiększonej wydajności, wykonawca zobligowany był zaoferować materiał o zwiększonej wydajności.

Zamawiający wskazał, że odwołujący w odniesieniu do urządzenia zamawiającego: Samsung SCX-4521F zaproponował toner Samsung MLT- D119S o wydajności 2000 stron. Zamawiający wskazał, że według jego wiedzy do tego urządzenia jest dostępny na rynku materiał o zwiększonej wydajności, tj. Samsung SCX-4521D3 o wydajności 3000 stron.

Przywołany przez zamawiającego toner tj. Samsung SCX-4521D3 jest tonerem zaoferowanym przez drugiego wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia tj. wykonawcę A..

Twierdzenie zamawiającego, jakoby oferta odwołującego była niezgodna z SIWZ jest twierdzeniem błędnym. Faktycznie, zamawiający wymagał, by dostarczane materiały były maksymalnej wydajności. Jednak nie jest to jedyne wymaganie zamawiającego.

Oprócz tego bowiem zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest dostarczyć przedmiot zamówienia fabrycznie nowy, nieuszkodzony, wolny od wad i odpowiadający obowiązującym normom oraz posiadający niezbędne certyfikaty i atesty (rozdział IV pkt 8 SIWZ) oraz że dostarczane materiały eksploatacyjne (tusze i tonery) mają być nowe w oryginalnych opakowaniach producenta i zabezpieczone gwarancją nienaruszenia opakowania (rozdział IV pkt 14 ppkt 3 SIWZ).

Dodatkowo zamawiający wskazał, że jako materiały wzorcowe zamawiający rozumie materiały oryginalne tzn. zalecane przez producenta danego urządzenia wskazanego w załączniku nr 1 do SIWZ (rozdział IV pkt 17 SIWZ).

Wskazany przez zamawiającego toner Samsung SCX-4521D3 (o wydajności 3000 stron) został wycofany z produkcji przez producenta w sierpniu 2014 r. Obecnie modelem zamiennym do tego toneru (a więc oficjalnie rekomendowanym przez producenta tonerem do urządzenia SCX-4521F) jest model tonera MLT-D119S/ELS.

Dowód: oświadczenie producenta Samsung z 18.04.2017 r.

Odwołujący, kierując się wymaganiami zamawiającego i jego najlepszym interesem, zdecydował się dostarczyć toner obecnie produkowany i rekomendowany przez producenta urządzenia drukującego.

Przy materiałach eksploatacyjnych, takich jak tonery, kluczowym jest termin przydatności tych materiałów. Oczywistym jest bowiem, że skoro producent zaprzestał produkcji tonerów oferowanych przez wykonawcę A. w sierpniu 2014 roku, to tonery oferowane przez A. są tonerami co najmniej 3-letnimi.

Termin wykonania umowy wynosi aż 4 lata od daty podpisania umowy (rozdział VII SIWZ, pkt 3 istotnych postanowień umowy). Tym samym, skoro ww. tonery nie są już produkowane, to wykonawca ten będzie musiał dostarczać materiały, które już istnieją na rynku.

Oznacza to, że wykonawca A. nie spełni wymagania zamawiającego opisanego w rozdziale IV ust. 8 oraz ust. 14 pkt 3 SIWZ. Produkty te nie będą bowiem w momencie dostawy (ani nie są też w obecnym momencie) nowe.

Zamawiający ustanawiając wymóg nowości dla dostarczanych produktów, miał bowiem na myśli nie tylko produkty, które nie były wcześniej używane (tj. nowe jako „przeciwieństwo używanych”), lecz chciał także by były nowe w sensie niedawno wyprodukowane (tj. nowe jako „przeciwieństwo starych”). Oczywiste jest bowiem to, że intencją zamawiającego było otrzymanie produktu zdatnego do użycia, a nie takiego, który utracił już część swych właściwości.

Tonery są produktami o relatywnie krótkim terminie przydatności, a przede wszystkim są produktami, które z upływem każdego miesiąca od produkcji sukcesywnie tracą swoje pierwotne właściwości. Z tego też powodu, producent tonerów rekomenduje: aby zapewnić najwyższą jakość wydruków, zaleca się rozpoczęcie eksploatacji tonerów w okresie 18 miesięcy od daty produkcji. Jednocześnie na oficjalnej stronie tego producenta, widnieje informacja, że na materiały eksploatacyjne takie jak tonery, producent udziela gwarancji wyłącznie na okres 6 miesięcy.

Dowody: oświadczenie producenta Samsung z dnia 18.04.2017 r.

Materiałem wzorcowym w rozumieniu rozdziału IV ust. 17 SIWZ dla urządzenia SCX-4521F jest toner o modelu MLT-D119S/ELS. Tym samym wykonawca N. zaoferował jedyny model zgodny z wymaganiami zamawiającego.

To wykonawca A., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przedstawił produkt sprzeczny z wymaganiami SIWZ. Dostarczane przez wykonawcę A. produkty nie są bowiem produktami nowymi, lecz są to produkty, które zostały wyprodukowane 3 lata temu lub dawniej. Dodatkowo warto zauważyć, że umowa ma być realizowana przez okres do 4 lat, co oznacza, że np. w czwartym roku obowiązywania umowy wykonawca A. musiałoby dostarczać 7 letnie tonery. W praktyce więc nie będzie w stanie wykonać umowy. W konsekwencji to oferta wykonawcy A. powinna zostać odrzucona, a decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego powinna zostać unieważniona. Dodatkowo – producent nie rekomenduje stosowania tego toneru, bo został on już wycofany z produkcji.

Błąd w tym zakresie nie może zostać poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 SIWZ. Przede wszystkim zmiana oferowanego toneru będzie bowiem miała wpływ na cenę. Poza tym, zmiana ta stanowić będzie zmianę oferty, tj. zmianę oferowanego świadczenia. Jako taka, zmiana ta jest niedopuszczalna, tym samym oferta wykonawcy A. podlega odrzuceniu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 24.04.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 24.04.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

26.04.2017 r. wykonawca A. M. C., J. D., T. K. Sp.j. (...) złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 28.04.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez strony:

1) odwołującego:

O1 – pismo T.D. ze wskazaniem »EOL« – czyli wycofany z produkcji, na wykazanie, że przedmiotowy toner został wycofany z produkcji i w zasadzie nie ma go już dostępnego na rynku,

O2 – pismo A.D. o braku dostępności tonera,

O3 – pismo A. S.A. również ze wskazaniem »EOL« – czyli wycofany z produkcji,

O4 – pismo producenta S.E.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. o tonerze, który zaoferował przystępujący, że toner ten jest wycofany i zastąpiony tonerem oferowanym przez odwołującego,

O5 – plik 9 pism odnoszących się do dowodów załączonych przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie z 28.04.2017 r.;

2) zamawiającego:

Z1 – zapytanie do producenta S.E.P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. czy użytkowanie toneru oferowanego przez przystępującego może mieć negatywne skutki i odpowiedź producenta S., że nie,

Z2 – wydruk ze strony internetowej producenta S., gdzie jest gwarancja odpowiedniej jakości wydruku;

3) przystępującego:

P1 – faktura dystrybutora T. na zakup dwóch tonerów, jako normalnej transakcji, a nie resztek np. ostatnia sztuka ze stanu sklepowego.

Izba nie mogła wziąć pod uwagę dowodu Z2 gdyż został złożony w języku obcym bez tłumaczenia na język polski.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez odrzucenie oferty wykonawcy N. pomimo tego, że oferta wykonawcy N. nie jest niezgodna z treścią SIWZ – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że podstawą prowadzenia postępowania zamówieniowego jest (oczywiście po przepisach obowiązującego prawa) specyfikacja istotnych warunków zamówienia i związane z tą specyfikacją dokumenty, a szczególnie zwracanie się o wyjaśnienia treści specyfikacji i same wyjaśnienia. Na znaczenie tych dokumentów [zapytań i wyjaśnień] w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym nie wskazywały strony ani uczestnik postępowania.

W części IV ust. 14 pkt 1 SIWZ [zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 14.04.2017 r. nazwał tę jednostkę redakcyjną »sekcją IV pkt 14 ust. 1 SIWZ«] zamawiający wymagał, aby oferowane materiały eksploatacyjne cyt. »były maksymalnej wydajności. Jeśli dla danego modelu istnieje materiał o zwiększonej wydajności, Wykonawca zobligowany był zaoferować materiał o zwiększonej wydajności. Wykonawca N. Sp. z o.o. Sp.k w załączniku nr 1 do siwz tj. w wykazie urządzeń, w jego pozycji nr 140, do urządzenia Zamawiającego: Samsung SCX-4521F, zaproponował Toner Samsung MTL-D119S o wydajności 2000 stron. Według wiedzy Zamawiającego do urządzenia Samsung SCX-4521F jest dostępny na rynku materiał o zwiększonej wydajności, tj. Samsung SCX-4521D3 o wydajności 3000 stron« [pisownia oryginalna – Izba]. W związku z tym zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy N..

Izba stwierdza, że zamawiający, a zwłaszcza przystępujący, wykazali, że materiałem o największej wydajności występującym na rynku w momencie upływu terminu składania ofert jest toner oferowany przez przystępującego. W związku z tym, że odwołujący zaoferował materiał eksploatacyjny o niższej wydajności niż maksymalna – 2000 stron, zamiast 3000 stron – zamawiający był zobligowany odrzucić ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. Z tego powodu Izba nie może uwzględnić pierwszego zarzutu odwołania.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający nie postawił nigdzie wymagania, aby wykonawcy nie mogli oferować produktów wycofanych z produkcji. Również na to nie zwrócił uwagi odwołujący w trakcie procedury wyboru najkorzystniejszej oferty, a zwłaszcza przed upływem terminu składania ofert, co jest uregulowane w art. 38 ust. 1 zdanie pierwsze

i wprowadzenie do wyliczenia Pzp, który to przepis brzmi »Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż: [...]«.

Odwołujący w odwołaniu ani na rozprawie nie wykazał naruszenia żadnego postanowienia specyfikacji przez ofertę wykonawcy A.. Odwołujący, wykonawca N., wskazał, że zaoferowany przez przystępującego toner został wycofany z produkcji w sierpniu 2014 r. Jednak żadne postanowienie specyfikacji nie odnosiło się do zakazu zaoferowania takiego materiału eksploatacyjnego i dlatego zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia oferty przystępującego. To przystępujący wykazał, że ma obecnie możliwość nabywania zaoferowanego materiału.

Ponadto odwołujący zarzucił, że toner producenta Black Point ma większą wydajność niż materiał eksploatacyjny oferowany przez przystępującego. Jednak Izba musi stwierdzić, za zamawiającym, że ten toner nie można uznać za wzorcowy, bo cyt. z protokołu »... nie był to produkt oryginalny rekomendowany przez producenta«.

W związku z powyższymi stwierdzeniami Izba jest obowiązana oddalić odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....