

sygn. akt: **KIO 2687/18**

WYROK

z dnia 11 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **World Trade Technology Polska sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce, ul. Tadeusza Kościuszki 36G/22, 32-020 Wieliczka**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie, ul. Mogilska 109, 31-571 Kraków**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **World Trade Technology Polska sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce, ul. Tadeusza Kościuszki 36G/22, 32-020 Wieliczka** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **World Trade Technology Polska sp. z o.o. z siedzibą w Wieliczce, ul. Tadeusza Kościuszki 36G/22, 32-020 Wieliczka**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek i faksów*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 23 sierpnia 2018 r., pod pozycją 2018/S 161-367986.

Dnia 21 grudnia 2018 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 28 grudnia 2018 roku wykonawca World Trade Technology Polska sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – zakresie części 2 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, wyrażające się w niedostrzeżeniu przez zamawiającego, iż oferta Laser 1 S.C. J. O., Z. S. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w toku opisanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
2. Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, wyrażające się w przeprowadzeniu przez zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu - Laser 1 S.C. J. O., Z. S.,
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Laser 1 S.C. J. O., Z. S., jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny oferty pozostałych oferentów, w tym odwołującego się i dokonania wyboru oferty odwołującego się,
- 5) dopuszczenie dowodu z załączonych do odwołania wydruków ze strony internetowej producenta materiałów eksploatacyjnych HP oraz z przedstawionego w terminie późniejszym pisma producenta materiałów eksploatacyjnych HP na okoliczność niezgodności oferty Laser 1 S.C. J. O., Z. S. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Odwołujący wskazał, iż w toku postępowania zamawiający nie zastosował przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, nakładającego na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co skutkowało niezgodnym z przepisami ustawy dokonaniem wyboru oferty Laser 1 s.c. J. O., Z. S., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż w poz. 96 formularza cenowego stanowiącego element specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał zaoferowania tuszu o pojemności 38 ml. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą - Laser 1 S.C. J. O., Z. S. w toku postępowania (w ofercie) zaoferował tusz oryginalny producenta sprzętu o symbolu C6578D. Zgodnie z informacjami podanymi na oficjalnej stronie producenta HP tusz o takim symbolu wykazuje pojemność 19 ml, a nie, jak wymaga tego zamawiający, pojemność 38 ml.

Na powyższe okoliczności odwołujący przedstawił: wydruk z oficjalnej strony firmy HP (<https://support.hp.com/us-en/document/bpa02009#AbT3>), wraz z tłumaczeniem oraz wydruk z oficjalnej strony firmy HP (<https://sktephp.pl/tusze-tonery/hp-78-oryginalny-wklad-atramentowy-troj kolorowy>), z których wynika, iż tusz o podanym przez wykonawcę Laser 1 S.C. J. O., Z. S. symbolu, wykazuje wydajność 19 ml, tj. niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego) interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w toku postępowania nie została wybrana oferta odwołującego, która spełniała wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody zgłoszone przez odwołującego, stanowiące załączniki do odwołania oraz korespondencję e-mail prowadzoną przez odwołującego z przedstawicielem firmy HP. Z dowodów tych wynika jednakże tylko taka okoliczność, iż producent tuszy do tonerów (oryginalnych) HP, nadaje określone oznaczenia swoim produktom, odpowiednio dla tuszy o pojemności 19 ml – C6578D, a dla tuszy o pojemności 38 ml – C6578A, a informacje na temat specyfikacji technicznej materiałów eksploatacyjnych HP znajdują się na oficjalnych stronach producenta hp.com. Dowody powyższe nie potwierdzają jednak okoliczności, iż wykonawca Laser 1 s.c. złożył ofertę niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić wniosek odwołującego o zobowiązanie firmy HP do złożenia oświadczenia albowiem to na odwołującym (zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp) spoczywa obowiązek dowodowy, a Izba nie ma możliwości, aby zobowiązać obcy podmiot do składania oświadczeń.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła wniosek odwołującego o powołanie dowodu z opinii biegłego uznając, że dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki postępowania. Izba oddaliła również dowód z wydruku strony internetowej autoryzowanego dystrybutora HP wraz z fakturą VAT albowiem dowody te nie dotyczyły *stricte* odwołującego.

Pozostając w granicach postawionych przez odwołującego zarzutów odwołania (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Okolicznością bezsporną między stronami był fakt, iż wykonawca Laser 1 s.c., w złożonej ofercie dotyczącej części 2 zamówienia w pozycji 96, dotyczącej wkładu do drukarki HP podał symbol C6578D. Wykonawca ten, we wskazanej pozycji podał również, że przedmiotem jego oferty jest oryginalny produkt firmy HP o pojemności 38 ml.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W kwestii prawidłowej wykładni wskazanego przepisu, wielokrotnie wypowiadały się składy orzekające Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, przyjmując jednolitą linię, że aby móc mówić, a w następstwie stwierdzenia wadliwości

oferty, odrzucić ją z postępowania, wada oferty musi mieć charakter trwały i nieusuwalny, dotyczyć ma elementów istotnych dla następnie podpisywanej umowy (*essentialia negotii*) oraz wada ta nie jest możliwa do konwalidowania w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu wady oferty, która skutkowałaby odrzuceniem oferty z postępowania (sprzeczność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia) nie sposób stwierdzić. Przemawiają za tym twierdzeniem następujące argumenty.

Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał, iż zgodnie z zapisami rozdziału XIX s.i.w.z., pn.: „Opis sposobu przygotowania ofert” wykonawcy w przypadku oferowania materiałów oryginalnych nie musieli wypełniać kolumny dotyczącej nazwy producenta i symbolu, cyt. *„W przypadku jeśli Wykonawca nie wskaże rodzaju zaoferowanego produktu oraz nie wypełni kolumny dotyczącej nazwy producenta i symbolu Zamawiający uzna, że zaoferowano materiały oryginalne i poprawi w tym zakresie ofertę zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.”*. W związku z powyższym, skoro zamawiający w treści s.i.w.z. wprost opisał procedurę w przypadku nie wypełnienia kolumny dotyczącej nazwy producenta i symbolu to tym bardziej procedura taka winna znajdować swoje zastosowanie w przypadku wystąpienia innej omyłki, zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż *„Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.”*. Tym samym, biorąc pod uwagę oświadczenie wykonawcy Laser 1 s.c., złożone w ofercie, iż oferuje on produkt oryginalny HP o pojemności 38 ml, to jak najbardziej zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, mogło mieć zastosowanie. Jednakże mając na względzie okoliczność, iż zamawiający mając wiedzę o tym, że pod wskazanym w ofercie symbolem (zgodnie z informacjami ze strony producenta materiału) produkt o tak wskazanym symbolu ma pojemność 19 ml, zwrócił się do wykonawcy (pismo z dnia 30 listopada 2018 r.) z prośbą o złożenie wyjaśnień w zakresie zauważonych rozbieżności.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca Laser 1 s.c., złożył stosowne wyjaśnienia (z dnia 3 grudnia 2018 r.) podając, iż *„(...) wyceniony przez Wykonawcę w załączniku nr 2, zadanie nr 2 w pozycji nr 96 tusz jest zgodny z danymi technicznymi oraz z wymaganiami stawianymi przez zamawiającego, to znaczy tusz ma wymaganą wydajność 38 ml. Na stronie w sklepie internetowym jest kilka pozycji tego produktu (tuszu) w różnych wydajnościach, jednak większość z nich jest nie dostępna w sprzedaży. Jedyna z dostępnych pozycji to tusz o wydajności 38 ml i taki został zaproponowany w wycenie.”*.

Ponadto, wykonawca Laser 1 s.c., w odpowiedzi na informację o wniesieniu odwołania, do pisma z dnia 3 stycznia 2019 r., w którym potwierdził wcześniejsze oświadczenie (z dnia 3 grudnia 2018 r.) załączył *print screen* (pot. zrzut ekranu) ze swojego sklepu internetowego. W wydruku tego wynika, że wykonawca Laser 1 s.c. oferuje tusze oryginalne firmy HP

o różnych pojemnościach (19 i 38 ml), które to produkty (w sklepie wykonawcy Laser 1 s.c. posiadają tożsame oznaczenie, tj. C6578D oraz różnią się ceną sprzedaży. Dodatkowo, jak to wynika ze złożonego wydruku, dostępna jest tylko opcja tuszu o ww. symbolu w pojemności 38 ml.

Rekapitulując powyższe ustalenia stwierdzić należało, że zamawiający w sposób prawidłowy ocenił ofertę wykonawcy Laser 1 s.c. uznając, iż nie podlega ona odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem po pierwsze oświadczenia składane w ofercie przez wykonawcę Laser 1 s.c. oraz te z dnia 3 grudnia 2018 roku oraz z 3 stycznia 2019 roku, jednoznacznie wskazują na przedmiot oferty, który nie jest sprzeczny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po drugie nawet jeżeli uznać, że w ofercie wykonawcy Laser 1 s.c. wystąpiła omyłka, to nadawała się ona do konwalidowania w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem przyjąć należałoby, że w ofercie wystąpiła inna omyłka, której poprawienie nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty, gdyż niezmiennie pozostawałoby oświadczenie wykonawcy z oferty, o zaoferowaniu oryginalnego produktu firmy HP o pojemności wymaganej przez zamawiającego (38 ml), a jedynie poprawieniu podlegałby ewentualnie jedna litera w oznaczeniu symbolu – zamiast D – litera A. Jednakże w ocenie Izby taka czynność nie jest konieczna w tym postępowaniu.

W konsekwencji nieuwzględnienia zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba za bezzasadne uznała również zarzuty dotyczące naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, wskazując, iż zamawiający przedmiotowe postępowanie przeprowadził w poszanowaniu zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a w konsekwencji zamówienie zostało udzielone wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: