

**Sygn. akt KIO 1524/18, KIO 1528/18**

**WYROK**  
**z dnia 21 sierpnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**  
**Anna Osiecka**  
**Aleksandra Patyk**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Egida IT Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i OPTeam spółka akcyjna w Jasionce (sygn. akt KIO 1524/18) oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Modlniczce i CEZAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (sygn. akt KIO 1528/18) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Prokuraturę Krajową w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Modlniczce i CEZAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1524/18 po stronie zamawiającego

oraz

przy udziale wykonawcy KONCEPT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1524/18, KIO 1528/18 po stronie zamawiającego

oraz

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SUNTAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie, IMMITIS spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością w Bydgoszczy, Towarzystwo Handlowe Alplast spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Niekaninie, zgłaszających przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1524/18, KIO 1528/18 po stronie zamawiającego

oraz

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Egida IT Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i OPTeam spółka akcyjna w Jasionce, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1528/18 po stronie odwołującego

#### **orzeka:**

1. Uwzględni oba odwołania i nakazuje zamawiającemu – Prokuraturze Krajowej w Warszawie unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych oferty wykonawcy KONCEPT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Modlnicze i CEZAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

Pozostałe zarzuty oddala.

2. Kosztami postępowania sygn. akt KIO 1524/18 obciąża wykonawcę KONCEPT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Modlnicze i CEZAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Egida IT Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i OPTeam spółka akcyjna w Jasionce, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy KONCEPT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy złotych, zero groszy), oraz od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Modlnicze i CEZAR spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy złotych, zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Egida IT Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i OPTeam spółka akcyjna w Jasionce – łącznie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Kosztami postępowania sygn. akt KIO 1528/18 obciąża wykonawcę KONCEPT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Modlniczce i CEZAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy KONCEPT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Modlniczce i CEZAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.) 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:**

.....

.....

.....

## **U z a s a d n i e n i e**

I. Prokuratura Krajowa w Warszawie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. pn. >>Zakup drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych i skanerów w ramach projektu „Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA)”, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa - znak sprawy: PK XF 261.11.2018<<.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

### Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 1524/18:

W dniu 2 sierpnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Egida IT Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i OPTeam spółka akcyjna w Jasionce (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Koncept Sp. z o.o. (ewentualnie zaniechanie wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych wskutek zapewnienia w ofercie, że zaoferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego podczas gdy w rzeczywistości wymaganych cech, parametrów, funkcji nie posiadają, co uwzględniając graniczny charakter parametrów kwestionowanych ma wpływ na podstawę odrzucenia oferty),

Odwołujący podnosił, że decyzją wykonawcy wraz ze wszystkimi konsekwencjami, było zaoferowanie i wycena w ofercie konkretnego produktu zidentyfikowanego w ofercie producenta, która to decyzja jest ostateczna i nie może być modyfikowana po terminie składania ofert. Jak wynika z treści złożonej przez wykonawcę Koncept oferty, oferuje on urządzenia wyspecyfikowane jednoznacznie z użyciem nazwy modelu i producenta jako: skaner format A4 - Skaner fi-7240, producent – FUJITSU, przeznaczenie urządzenia - skanowanie dokumentów o różnych formatach i gramaturach bez konieczności ich wcześniejszej segregacji. Wykonawca Koncept zaoferował również skaner formatu A3 – skaner fi-7700, producent – FUJITSU.

Odwołujący podnosił, że na rynku dostępne są skanery: fi-7240 oraz fi-7700, jednak nie są to urządzenia wyprodukowane przez firmę Fujitsu, jak wskazuje wykonawca Koncept, ale urządzenia wyprodukowane przez innego producenta - japońską firmę specjalizującą się w produkcji tego typu asortymentu - PFU Limited <http://www.pfultd.com/> z siedzibą główną w Kahoku, prefektura Ishikawa, Japonia. PFU Limited stanowi samodzielny podmiot i wprowadza skanery fi-7240 oraz fi-7700 do obrotu m.in. na terenie Unii Europejskiej i Polski oraz świadczy ich serwis na własną odpowiedzialność i ryzyko.

Odwołujący zauważał, że to właśnie PFU Limited, jako producent zaoferowanych skanerów, jest wystawcą deklaracji zgodności CE (w odróżnieniu od innych urządzeń oferowanych na naszym rynku z logo Fujitsu np. komputerów PC, notebooków, serwerów itd., które wszystkie posiadają deklaracje CE firmy Fujitsu), zaś oznakowanie takie stanowiło wymóg Zamawiającego określony w Załączniku nr 3 do OPZ. Co również istotne w ocenie Odwołującego, PFU Limited prowadzi działalność w oparciu o samodzielnie pozyskane certyfikacje jakościowe ISO9001 oraz ISO14001. Odwołujący podnosił ponadto, iż nazwa producenta skanerów - PFU Limited jest wyraźnie wyspecyfikowana na opakowaniach obu skanerów, samych urządzeniach, oraz jedynej publicznie dostępnych instrukcjach użytkownika tych produktów.

Odwołującemu nie są znane skanery fi-7240 oraz fi-7700 wyprodukowane przez firmę Fujitsu. Według najlepszej wiedzy Odwołującego firma Fujitsu oferuje jedynie swoim klientom skanery wyprodukowane przez PFU Limited ewentualnie mając status ich resellera (dystrybutora). Nawet publicznie dostępna na stronach internetowych firmy Fujitsu dokumentacja, wskazuje jako producenta urządzeń fi-7240 oraz fi-7700 właśnie firmę PFU Limited, zaś dostępne tam Podręczniki Operatora (Operator's Guide) obu skanerów w istocie odsyłają wprost (stanowią tzw. linki) do dokumentów znajdujących się na stronach internetowych firmy PFU Limited, gdzie na stronach nr 4 przytoczonych dokumentów zawierają informację: Manufacturer (ang. producent, wytwórca) - PFU Limited.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, oferta wykonawcy Koncept jest niezgodna z SIWZ i uniemożliwia Zamawiającemu jednoznaczne rozstrzygnięcie, bez dodatkowych informacji i ustaleń z wykonawcą (których dokumentacja postępowania nie zawiera, co potwierdza, że nie miało to miejsca), jakie i czyjej produkcji skanery oferuje oraz czy oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom minimalnym.

W ocenie Odwołującego, wprowadzenie danych ostatecznie identyfikujących konkretne zaoferowane skanery na obecnym etapie postępowania, powodowałoby niedopuszczalną zmianę treści oferty po upływie terminu jej składania. Na skutek bowiem ewentualnego wezwania Zamawiającego do złożenia przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 Prawa zamówień publicznych, w wyniku tychże, nie mogłoby, na co wyraźnie wskazuje art. 87 Prawa zamówień publicznych dojść do jakiegokolwiek zmiany treści samej oferty i

przedmiotu świadczenia. Ponadto ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera zamknięty katalog podstaw prawnych do dokonywania poprawienia omyłek, zaś jedną z nich ustawa określa jako oczywistą omyłkę pisarską.

Poza powyższym zarzutem wadliwego zidentyfikowania producenta urządzeń, z ostrożności Odwołujący wskazywał, że nawet skaner format A4 - PFU Limited fi-7240 nie spełnia wymagań minimalnych Zamawiającego określonych w Załączniku nr 3 do OPZ, w tym wymagania najbardziej istotnego dla Zamawiającego z punktu widzenia użytkownika skanera i określonego na pierwszej pozycji listy wymagań w wierszu POS23-SKA-A3-01 - Przeznaczenie urządzenia, tj. spełnienie zapisu: „Skanowanie dokumentów o różnych formatach i gramaturach bez konieczności ich wcześniejszej segregacji”. Należy nadmienić, iż wykonawca Koncept potwierdził spełnienie tego warunku w złożonej ofercie.

Zgodnie z dokumentem PFU Limited Operator's Guide (Instrukcja Użytkownika), skaner fi-7240, wymaga wcześniejszej segregacji dokumentów w zależności od ich formatu. Na stronie nr 56 tego dokumentu - Skanowanie dokumentów różnych typów i rozmiarów wyróżniono i podkreślono informację, iż w przypadku skanowania dokumentów o różnej szerokości, dokumenty mniejsze mogą zostać pobrane z przekosem (przekrzywione) lub nie zostać w ogóle pobrane przez podajnik. W takim wypadku, producent nakazuje je podzielić ze względu na szerokość i skanować w odrębnych wkładach. Po szczegóły producent kieruje do innego działu tego dokumentu: Warunki dla skanowania wkładów mieszanych. Dział ten rozpoczyna się na str. 47 rzeczonoego dokumentu, zaś na str.48 przedstawiona została tabela osiągalnych dla urządzenia kombinacji i zakresów formatów dokumentów. Zgodnie z informacjami tam zawartymi, skaner fi-7240 wymaga przykładowo segregacji dokumentów o szerokości formatów A4/A5 (210 mm) przeznaczonych do skanowania razem z dokumentami o szerokości formatów A5/A6 (149 mm) czy też dokumentami o szerokości formatu B5 (182mm). W tym miejscu należy wyraźnie zaznaczyć, iż dokumenty zarówno formatu A4, jak i A5, B5 czy A6 są najbardziej popularnymi i najczęściej stosowanymi formatami dokumentów biurowych, a ponadto znajdują się w katalogu formatów, których obsługi Zamawiający wymagał w wierszu POS23-SKA-A4-15 - Obsługiwane formaty, gdzie postawił warunek: „Minimum w zakresie A4, A5, A6, B5”.

Reasumując, w ocenie Odwołującego, skaner format A4 - PFU Limited fi-7240 nie spełnia wymagań SIWZ co winno skutkować odrzuceniem oferty.

Dodatkowo Odwołujący podnosił, że zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych wykonawca winien być dodatkowo wykluczony z powodu podania w powyższym zakresie w ofercie informacji nieprawdziwych. Zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych wykluczeniu obligatoryjnie podlega wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd

zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Mamy do czynienia z danymi które stanowią jednocześnie treść oferty i potwierdzają parametry wymagane przez Zamawiającego (art 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych) - niespełnienie kwestionowanych wymagań skutkowałoby odrzuceniem oferty z uwagi na graniczny charakter parametrów. Odnośnie art. 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych sankcjonuje się przepisem już przypadek podania informacji wprowadzających w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, co oznacza, że tym bardziej sankcji podlega wykonawca który podaje takie dane świadomie i celowo;

2. art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty **Konsorcjum** Suntar (ewentualnie zaniechanie wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych wskutek zapewnienia w ofercie że zaoferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego podczas gdy w rzeczywistości wymaganych cech, parametrów, funkcji nie posiadają, co uwzględniając graniczny charakter parametrów kwestionowanych ma wpływ na podstawę odrzucenia oferty). Odwołujący podnosił, że oferta Konsorcjum Suntar jest zbieżna z ofertami Konsorcjum Maxto i wykonawcy Koncept, w konsekwencji oferta Konsorcjum Suntar również powinna być odrzucona, a wykonawca wykluczony z postępowania;

3. art. 24 ust 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia **Konsorcjum** Suntar, który pomimo wezwania do uzupełnienia JEDZ oświadczenia tego skutecznie nie uzupełnił w wyznaczonym terminie, a tym samym, nie wykazał braku podstaw wykluczenia z Postępowania oraz naruszenie art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych poprzez nieuprawnione powtórzenie przez Zamawiającego czynności wezwania do uzupełnienia oświadczenia JEDZ;

4. art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty **Konsorcjum** Maxto (ewentualnie zaniechanie wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych wskutek zapewnienia w ofercie że zaoferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego podczas gdy w rzeczywistości wymaganych cech, parametrów, funkcji nie posiadają, co uwzględniając graniczny charakter parametrów kwestionowanych ma wpływ na podstawę odrzucenia oferty).

Odwołujący podnosił, że Konsorcjum Maxto zaoferowało urządzenia wielofunkcyjne MX421ade HV SPR (36S0446), których producentem jest Lexmark. Zdaniem Odwołującego, wykonawca dla przedstawionego urządzenia potwierdził spełniania wszystkich wymagań SIWZ, podczas gdy urządzenia te nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego.



Odwołujący wyjaśniał, że producent Lexmark na swoich stronach internetowych informuje, iż produkt MX421ade oznacza w szczególności: MX421 - model urządzenia należący do serii urządzeń MX420 ( a dziś jedyny model z tej serii); litera „a” - urządzenie z faksem analogowym; -litera „d” - urządzenie z funkcją druku dwustronnego; litera „e” - urządzenie z funkcją interfejsu e-Task ( urządzenie z ekranem dotykowym). Kolejne dodatkowe oznaczenia użyte przez wykonawcę oznaczają: HV SPR- Hardware Service Provider (urządzenie objęte działaniami i umową Dostawcy Usług Serwisowych); 36S0446 - numer katalogowy urządzenia. Odwołujący wskazywał, że producent Lexmark publicznie udostępnia na swoich stronach internetowych: oficjalne Podręczniki użytkownika urządzenia wielofunkcyjnego MX421ade; dostępne zarówno w języku angielskim (oryginał) <http://support.lexmark.com/index?page=content&id=PU80021&actp=PUBS&locale=en&userlocale=E N US&productCode=LEXMARK MX421&segment=SUPPORT> jak i zlokalizowane w języku polskim <http://support.lexmark.com/index?page=content&id=PU80021&actp=PUBS&locale=pl&userlocale=PL PL&productCode=LEXMARK MX421&segment=SUPPORT>; oficjalne ulotki produktowe (brozury) tego urządzenia; dostępne zarówno w oryginale w j. angielskim dla produktu na rynek Stanów Zjednoczonych <http://media.lexmark.com/www/idml/assets/asset 9721/media/master/pdfs/low.pdf> jak i wersje o identycznej treści zlokalizowane w zależności od miejsca kierowania produktu np. na rynek Wysp Brytyjskich <http://kdr.lexmark.com/media/fgtUH?lang=en GB&format=low>. czy też na rynek francuski <http://media.lexmark.com/www/idml/assets/asset 9721/media/master/pdfs/low.pdf>: brak na dzień wniesienia odwołania wersji zlokalizowanej w języku polskim; oficjalną specyfikację techniczną tego urządzenia; dostępne zarówno w oryginale w j. angielskim dla produktu na rynek Stanów Zjednoczonych <https://www.lexmark.com/en us/printer/11843/Lexmark-MX421ade>, jak i wersje zlokalizowane o identycznej treści w zależności od miejsca kierowania produktu np. na rynek Wysp Brytyjskich <https://www.lexmark.com/en gb/printer/11843/Lexmark-MX421ade> czy też na rynek francuski <https://www.lexmark.com/fr fr/printer/11843/Lexmark-MX421ade>; na dzień wniesienia odwołania istnieje jeszcze nie do końca zlokalizowana i przetłumaczona polska wersja językowa <https://www.lexmark.com/pl pl/printer/11843/Lexmark-MX421ade>.

Wszystkie wymienione wyżej dokumenty wskazują według Odwołującego, że istnieje jedno i tylko jedno urządzenie Lexmark MX421ade o ściśle zdefiniowanych parametrach użytkowych i funkcjonalnych. Urządzenie to, w zależności od miejsca kierowania produktu (rynek zbytu), może występować natomiast w opcji dostosowanej do lokalnego zasilania i być wyposażone we właściwe kable zasilające - identyfikacja po tzw. Numerze katalogowym produktu - co stanowi jedyną dostępną opcję wyposażenia urządzenia.

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący wywodził, iż producent Lexmark na str. 33 Podręcznika użytkownika wskazuje, iż urządzenie wielofunkcyjne Lexmark MX421ade jest wyposażone w moduł druku dwustronnego obsługujący papier o gramaturze do 90 g/m<sup>2</sup>. Z kolei na str. 46-47 tegoż dokumentu producent prezentuje informacje, iż urządzenie to wyposażone jest w jedno złącze RJ11 (Line) oraz nie posiada złącza RJ11 (Tel). Ponadto, w oryginalnej oficjalnej dokumentacji technicznej oraz ulotce produktowej, producent podaje informację, iż urządzenie wyposażone jest w podajnik na 250 arkuszy na papier o gramaturze 75 gms (z ang. Grams per Square Meter - g/m<sup>2</sup>) oraz podajnik uniwersalny na 100 arkuszy papieru o gramaturze 75 gms. O znaczeniu gramatury papieru dla poprawnej pracy urządzenia, producent Lexmark przekonuje niezależnie w innym oficjalnym dokumencie Paper and Specialty Media Guide - Przewodnik po papierze i nośnikach specjalnych, gdzie m.in. na str. nr 7 wyraźnie rozgranicza papier o gramaturze 75 g/m<sup>2</sup> od papieru o gramaturze 80 g/m<sup>2</sup> [https://publications.lexmark.com/publications/lexmark hardware/Paper and Specialty Media Guide /pdf/Paper and Specialty Media Guide en.pdf](https://publications.lexmark.com/publications/lexmark%20hardware/Paper%20and%20Specialty%20Media%20Guide%20-%20Przewodnik%20po%20papierze%20i%20no%C5%9Bnikach%20specjalnych.pdf), oraz gdzie na stronie nr. 73 wskazuje ponownie i w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż urządzenie MX421 obsługuje druk dwustronny dla papieru o grubości 90 g/m<sup>2</sup>.

Odwołujący zauważał, że Zamawiający żądał odpowiednio (zgodnie z Załącznikiem nr 2 do OPZ) dostawy urządzenia wyposażonego w moduł dwustronny z obsługą papieru o większej gramaturze 60-120 g/m<sup>2</sup> - identyfikator wymagania: POS23-WFU-SP-33, wyposażonego w 2 złącza RJ11 (Line/Tel) - identyfikator wymagania: POS23-WFU-SP-23 oraz wyposażonego w podajnik na 250 arkuszy 80 g/m<sup>2</sup> oraz podajnik uniwersalny na 100 arkuszy papieru o gramaturze 80 g/m<sup>2</sup> - identyfikator wymagania: POS23-WFU-SP- 31.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie dopuścił możliwości dostawy urządzeń wyposażonych w mniejsze podajniki papieru niż wymienione w SIWZ (papier 80g/m<sup>2</sup> jest grubszy od papieru 75g/m<sup>2</sup> i zajmuje więcej miejsca w podajniku), wyposażonych w moduł dwustronny o mniejszej gramaturze papieru niż 120 g/m<sup>2</sup> oraz wyposażonych wyłącznie w rozwiązanie komunikacyjne - jedno złącze RJ11 (Line). Nie dopuścił również ewentualnej możliwości realizacji drugiego złącza RJ11 w postaci dodatkowego elementu np. urządzenia, okablowania itp. mogącego powodować dodatkowe komplikacje podczas jego użytkowania. O tym, iż wykonawca w rzeczywistości nie oferuje takiego komponentu świadczy również treść jego oferty, gdyż w żadnym jej miejscu nie został on wymieniony.

Dodatkowo Odwołujący wskazywał, że zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych wykonawca winien być wykluczony z powodu podania informacji nieprawdziwych. Zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych wykluczeniu obligatoryjnie podlega wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa

przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Mamy do czynienia z danymi które stanowią jednocześnie treść oferty i potwierdzają parametry wymagane przez Zamawiającego (art 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych) - niespełnienie kwestionowanych wymagań skutkowałoby odrzuceniem oferty z uwagi na graniczny charakter parametrów. Odnośnie art. 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych sankcjonuje się przepisem już przypadek podania informacji wprowadzających w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, co oznacza, że tym bardziej sankcji podlega wykonawca który podaje takie dane świadomie i celowo.

W zakresie podstawy do odrzucenia oferty konsorcjum Maxto z postępowania na podstawie art. 89 ust. pkt 7b Prawa zamówień publicznych, Odwołujący podnosił, że jak wynika z treści oferty wykonawcy, wymagane w postępowaniu wadium w kwocie 450 000 zł zostało wniesione w formie gwarancji bankowej wadialnej wystawionej przez MBank, gwarancja bankowa nr 02400ZTG18UE. Zdaniem Odwołującego, gwarancja wadialna została wystawiona na zlecenie Cezar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i zabezpiecza ofertę wyłącznie tego wykonawcy. Gwarant wystawiając powyższą gwarancję nie zabezpieczał oferty konsorcjum z jakimkolwiek innym podmiotem niż wykonawca, jakim był zgodnie z tym dokumentem Cezar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Gwarancja wadialna nie tylko nie wymienia wszystkich członków konsorcjum, ale nie odnosi się do jakiegokolwiek konsorcjum.

Odwołujący wywodził, że szczególnego znaczenia nabiera charakter gwarancji wadialnej bezwarunkowej na pierwsze żądanie jako zobowiązania abstrakcyjnego gwaranta, co powoduje, że sam ten dokument, z pominięciem stosunku podstawowego czyli zlecenia jego wystawienia, jest podstawą zobowiązania gwaranta wobec beneficjenta.

Odwołujący podkreślał, że w związku z rozbieżnościami w orzecznictwie w zakresie skuteczności takiego wadium, szczególnego znaczenia nabiera wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. sygn. akt IV CSK 86/17. Sąd Najwyższy uznał co prawda dopuszczalność wystawienia gwarancji w której treści nie zostaną wymienieni jako zobowiązani wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o dzielenie zamówienia jednak pod następującymi warunkami: gwarancja wadialna zostanie wystawiona po zawiązaniu konsorcjum oraz gwarancja wadialna zostanie wystawiona na pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podkreślał, że, jak wynika ze złożonego wraz z ofertą pełnomocnictwa konsorcjalnego (s. 5-6 oferty), pełnomocnikiem konsorcjum jest Maxto. Co jednak istotniejsze zgodnie z pełnomocnictwem konsorcjalnym (s. 6 lit e) to lider, czyli Maxto, a nie

Cezar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością był podmiotem który był upoważniony i zobowiązany wnieść wadium w postępowaniu w imieniu konsorcjum, a także ewentualnie przedłużać jego ważność.

Powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego wskazują, że wadium, jakie wniosło konsorcjum zostało wniesione w sposób nieprawidłowy a sanowanie wady w związku z charakterem wadium nie jest w toku postępowania możliwe co w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. pkt 7b Prawa zamówień publicznych;

5. naruszenie art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zakresie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego odrzuceniu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu

1. **unieważnienia czynności wyboru** oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,
2. **odrzucenia oferty wykonawcy** Koncept z postępowania z powodów opisanych w odwołaniu,
3. **odrzucenia oferty Konsorcjum** Suntar z postępowania z powodów opisanych w odwołaniu,
4. **wykluczenia Konsorcjum** Suntar z postępowania z powodów opisanych w odwołaniu
5. **odrzucenia oferty Konsorcjum** Maxto z postępowania z powodów opisanych w odwołaniu,
6. **powtórzenia czynności oceny ofert** w Postępowaniu z uwzględnieniem przyjętych dla oceny kryteriów oceny ofert, co spowoduje **wybór oferty Odwołującego** jako najkorzystniejszej.

#### Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO 1528/18:

W dniu 2 sierpnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Modlnicze i CEZAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych** poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty Koncept i oferty Konsorcjum Suntar pomimo, że ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

Wykonawca Koncept i Konsorcjum Suntar zaoferowali takie same skanery - format A4: skaner FUJITSU model fi-7240, format A3: skaner FUJITSU model fi-7700. Zaoferowany przez Koncept, jak i Konsorcjum Suntar skaner formatu A4: skaner FUJITSU model fi-7240 nie spełnia obligatoryjnych wymagań załącznika nr 3 do OPZ (wersja ostateczna z 13 czerwca 2018r.), m.in. co do braku konieczności segregacji dokumentów o różnych formatach i gramaturach przed skanowaniem. Oznacza to, że w ramach jednego „wsadu”, jednej partii dokumentów powinno być możliwe skanowanie np. formatów A4 i A6 bez uprzedniej ich segregacji. Konstrukcja skanerów zaoferowanych przez wykonawcę Koncept i Konsorcjum Suntar wyklucza skanowanie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego formatów bez ich wcześniejszej segregacji. Skanowanie np. formatów A4 i A6 wymaga odrębnego ich skanowania, a w przypadku jednoczesnego skanowania wymaga bezwzględnie od operatora odpowiedniego posegregowania dokumentów na podajniku przed jego rozpoczęciem. Rzecz w tym, że w przypadku, gdy prowadnice papieru ułożone są do szerokości formatu A4, format A6, jeśli znajduje się przy prowadnicach papieru (krawędzi prawej lub lewej) nie zostanie rozpoznany przez skaner, lub też nie zostanie wykryte podwójne pobranie dokumentów - wymaganie „Rozpoznawanie podwójnych pobrań”. Te dwa formaty zostaną potraktowane jako jeden format/jedna kartka. Oba przypadki stanowią znaczący problem dla użytkownika - powodując błąd skanowania lub utratę treści bez wyświetlenia alertu dla użytkownika w zależności do której krawędzi podajnika przylegać będzie dokument A6). Dodatkowo, w momencie zeskanowania kartki formatu A6, która „złączy” się z kartką innego formatu - skanery nie dadzą obrazu z dwóch stron dokumentu A6 i jednocześnie dadzą niepełny obraz kartki z którą się ona złączy (obraz na arkuszu np.: A4 nie będzie czytelny). Zobaczymy tylko pierwszą jego stronę. Więc funkcje poprawy jakości skanów nie zadziałają na „zagubionej” stronie - wymaganie „Funkcje poprawy/ jakości skanów”. Podczas skanowania wsadów mieszanych zawierających jednocześnie dokumenty formatów A4 i A6 istnieje również bardzo duże prawdopodobieństwo zniszczenia dokumentów. Gdy arkusze nie są odpowiednio posegregowane, transportowe rolki skanera przekrzywiają dokumenty. W przypadku gdy nie zadziała rozpoznawanie podwójnego pobrania tak jak opisane zostało to w przypadkach powyżej, skaner nie zatrzyma pracy. Skutkować to będzie zgnieciem dokumentów lub nawet całkowitym ich zniszczeniem. Ponadto, w przypadku, gdy włożymy do zaoferowanych przez Koncept i Konsorcjum Suntar skanerów A4 papier o gramaturze w przedziale 40 - 50 g/m<sup>2</sup> (a wymagana jest przez Zamawiającego gramatura 40-400 g/m<sup>2</sup>) skaner nie zawsze wykryje automatycznie wielkość dokumentu, co za tym idzie nie będą spełnione funkcje poprawy jakości skanów takie jak: przycinanie automatyczne. Wobec powyższego skanery te nie spełniają powyższych wymagań.

Podobnie także zaoferowany przez wykonawcę Koncept i Konsorcjum Suntar skaner

format A3: skaner FUJITSU model fi-7700 nie spełnia wymagań załącznika nr 3 do OPZ (wersja ostateczna z 13.06.2018r.). W przypadku, gdy włożymy do tego skanera papier o gramaturze w przedziale 40 - 50 g/m<sup>2</sup> (a wymagana jest przez Zamawiającego gramatura 40-400 g/m<sup>2</sup>), skaner ten nie zawsze wykryje automatycznie wielkość dokumentu, co za tym idzie nie będą spełnione funkcje poprawy jakości skanów takie jak: przycinanie automatyczne.

W konsekwencji, oferta wykonawcy Koncept oraz oferta Konsorcjum Suntar powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych z powodu sprzeczności ich treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zaniechanie odrzucenia wskazanych ofert ze wskazanych powyżej powodów stanowi jednocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych;

- 2) **art. 26 ust. 4 ustawy Prawa zamówień publicznych** poprzez zaniechanie wezwania Koncept do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów;  
z ostrożności
- 3) **art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych** poprzez zaniechanie wezwania Koncept do uzupełnienia dokumentów;

W ocenie Odwołującego, z dokumentów złożonych przez wykonawcę Koncept nie wynika, w jakim zakresie wykonawca Koncept zrealizował samodzielnie dostawy i czy w ogóle je realizował. Ponadto, jeśli Koncept rzeczywiście realizował faktycznie jakąś część dostaw, to nadal nie wiadomo, czy zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie przynajmniej 2 dostaw referencyjnych (w warunku wymagano wykonania 2 dostaw) wykonał samodzielnie każdorazowo co najmniej dostawę 1000 szt. sprzętu komputerowego do co najmniej 40 różnych lokalizacji. W wykazie dostaw Koncept podał informacje o maksymalnym zakresie i wartości dostaw wykonanych wspólnie przez konsorcjum, którego członkiem był Koncept. Innymi słowy podane informacje opisują całościowo zamówienia wykonane łącznie przez członków konsorcjum, a nie rzeczywiście wykonane przez Koncept. Tym samym podane informacje nie mogą być uznane za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę Koncept. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, wykaz dostaw złożony przez Koncept jest wadliwy, ponieważ wskazuje na samodzielną realizację zamówienia przez tego Wykonawcę, czemu przeczą załączone do wykazu poświadczenia/referencje wystawione na dwa podmioty - Koncept oraz ORTI B. spółka komandytowa z siedzibą w Lublinie. Wykonawca Koncept przypisał wyłącznie sobie realizację zamówienia w całości, co w świetle poglądów wyrażonych przez TSUE we wspomnianym wyroku w sprawie Esaprojekt jest niedopuszczalne.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, zachodzi konieczność wezwania wykonawcy Koncept do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia konkretnego udziału poszczególnych konsorcjantów w wykonaniu zamówień referencyjnych na które powołał się

ten Wykonawca (podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2018r. KIO 341/18), ewentualnie należy wezwać tego Wykonawcę do uzupełnienia wykazu dostaw wraz z dokumentacją poświadczającymi należyte wykonanie zamówień. Zaniechanie wezwania do złożenia przedmiotowych wyjaśnień stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

4) **art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych** poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy Koncept i Konsorcjum Suntar,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Koncept i Konsorcjum Suntar,
- 4) nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Koncept do złożenia wyjaśnień.

Do postępowań odwoławczych skutecznie zgłosili przystąpienia:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Maxto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Modlniczce i CEZAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Konsorcjum Maxto) - do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1524/18 po stronie zamawiającego,
- wykonawca Koncept spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: wykonawca Koncept) - do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1524/18, KIO 1528/18 po stronie zamawiającego
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Suntar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie, IMMITIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy, Towarzystwo Handlowe Alplast spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Niekaninie (dalej: Konsorcjum Suntar) - do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1524/18, KIO 1528/18 po stronie zamawiającego,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Egida IT Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i OPTeam spółka akcyjna w Jasionce (dalej: Konsorcjum Egida) – do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1528/18 po stronie odwołującego.

Zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione w obu odwołaniach w całości.

Konsorcjum Maxto wniosło sprzeciw od uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania sygn. akt KIO 1524/18.

Wykonawca Koncept wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego obu odwołań.

Konsorcjum Sutar nie wniosło sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego obu odwołań. W przypadku, gdyby zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Sutar były jedynymi zarzutami obu odwołań, oba postępowania odwoławcze zostałyby umorzone przez Izbę postanowieniem wydanym na podstawie art. 186 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji, wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego, wykonuje on, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądanym zawartym w odwołaniu. Wobec powyższego Izba nie nakazała w sentencji wyroku w sprawach sygn. akt KIO 1524/18, KIO 1528/18, wydanego wobec wniesienia sprzeciwu przez wykonawcę Koncept i Konsorcjum Maxto odrzucenia oferty Konsorcjum Sutar.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Obu Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołań zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty wykonawcy Koncept na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) ze względu na podanie niewłaściwej nazwy producenta (sygn. akt KIO 1524/18) oraz ze względu na brak funkcjonalności odpowiadających wymaganiom Zamawiającego (sygn. akt KIO 1524/18 i KIO 1528/18)

Izba ustaliła, co następuje:

1. Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę drukarek laserowych format A4, urządzeń wielofunkcyjnych, skanerów formatu A4 oraz skanerów formatu A3. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, warunki i miejsca dostawy zawierają załączniki: Załącznik nr 1 do OPZ - SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Specyfikacja techniczna drukarek laserowych, Załącznik nr 2 do OPZ - SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Specyfikacja techniczna urządzeń wielofunkcyjnych, Załącznik nr 3 do OPZ-



SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Specyfikacja techniczna skanerów oraz Załącznik nr 2 do SIWZ- Wzór umowy wraz z kolejnymi załącznikami. Przeznaczenie urządzeń skanujących miało być, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, „skanowanie dokumentów o różnych formatach i gramaturach bez konieczności ich wcześniejszej segregacji”.

2. Nie było sporne, że w ofercie należało podać nazwę oferowanego urządzenia oraz nazwę producenta (zgodnie z odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 13 czerwca 2018r). Nie było również sporne, że jako producenta zaoferowanych skanerów, wykonawca Koncept podał „Fujitsu”. Sporne było, kto jest producentem skanerów – czy Fujitsu, jak twierdził wykonawca Koncept, czy PFU Limited, jak twierdził Odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 1524/18.

4. W obu odwołaniach Odwołujący podnosili, że skanery zaoferowane przez wykonawcę Koncept wymagają wstępnej segregacji dokumentów, co było niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Według wykonawcy Koncept nie było to konieczne, na dowód czego do akt załączył nośnik pamięci, z nagranyymi filmami z pracy obu skanerów (pokazano, że skanery skanują prawidłowo partię dokumentów o różnych formatach wyrównaną i ułożoną centralnie) oraz – dla porównania, reklamę urządzenia konkurencyjnego (skanuje prawidłowo dokumenty o różnych formatach bez ich wyrównania, i centralnego ułożenia). Ponadto wykonawca Koncept podnosił, że Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „segregacja”, dlatego dokumenty mogą być wstępnie ułożone przed skanowaniem w określony sposób.

5. Zarówno obaj Odwołujący, jak i wykonawca Koncept, przedkładali do akt wyciągi z Podręcznika użytkownika (Podręczniki, na które się powoływano, pochodziły z różnych dat, niemniej jednak nie miało to znaczenia dla dalszych ustaleń, ponieważ nie stwierdzono, że wersje Podręczników różniły się w sposób istotny w kwestiach, mających znaczenie dla rozpatrywanej sprawy). Wynika ze złożonych wyciągów, że skanery zaoferowane przez wykonawcę Koncept nie mogą skanować w tej samej partii (mieszanej): m.in. papieru samokopiującego, dokumentów perforowanych, folii i kalki (strona 47 Podręcznika użytkownika). Na stronie 48 Podręcznika wskazano, że niepodawanie dokumentów prosto może powodować problemy, takie jak zakleszczenie papieru „albo wrażenie, że brakuje części obrazu. Zaleca się gruntowne sprawdzenie dokumentów przed skanowaniem”. Na tejże stronie, w tabeli, zaznaczono formaty możliwe do skanowania w jednej partii, w tabeli uwidoczniło również formaty, które skanowane w ramach jednej partii mogą powodować błędy - stąd zalecane jest dokładne sprawdzenie dokumentów przed skanowaniem. Na stronie 49 wskazano, że „B8 (portret) i A8 (portret) nie można skanować z papierem innego rozmiaru”. Podczas skanowania mieszanej partii o różnych szerokościach niektóre mniejsze dokumenty mogą być przekrzywione lub nie zostać podane do automatycznego podajnika dokumentów – w takim wypadku „oddziel dokumenty według ich szerokości i zeskanuj w

różnych partiach” (strona 56 Podręcznika użytkownika). Na rysunku obok przytoczonej instrukcji pokazano konieczność ułożenia centralnego dla prawidłowego skanowania dokumentów.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że producentem urządzenia (co wynikało chociażby deklaracji producenta oraz z Podręcznika użytkownika, na które to dokumenty powoływał się sam wykonawca Koncept) jest PFU Limited, a nie Fujitsu. Niemniej jednak błędne podanie nazwy producenta nie przeszkodziło obu Odwołującym w prawidłowej identyfikacji sprzętu i jego właściwości. W takiej sytuacji błędne podanie nazwy producenta nie przesądza o konieczności odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ; decyduje o tym brak cech skanerów oczekiwanych przez Zamawiającego, a w szczególności – konieczność wstępnej segregacji dla zapewnienia prawidłowego skanowania.

Rzeczywiście, zasadniczo Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „segregacja”, brak też definicji legalnej tego terminu w odniesieniu do przygotowania dokumentów do skanowania. Niemniej jednak dla oceny, czy zaoferowane przez wykonawcę Koncept skanery spełniają wymagania Zamawiającego wystarczy potoczna, ogólna definicja segregacji – zgodnie z słownikiem PWN, segregacja to „dzielenie czegoś na grupy, kategorie według wybranych cech” (<https://sjp.pwn.pl/slowniki/segregowanie.html>). Skoro przeznaczeniem skanerów ma być „skanowanie dokumentów o różnych formatach i gramaturach bez konieczności ich wcześniejszej segregacji”, to oznacza to, że Zamawiający oczekiwał urządzeń, dla prawidłowej pracy których nie jest konieczna jakakolwiek wstępna ingerencja użytkownika w ułożenie dokumentów, ze względu na rozmiary papieru i jego gramaturę. Tymczasem z Podręcznika użytkownika, na który powoływali się zarówno obaj Odwołujący, jak i wykonawca Koncept, wynika wprost, że dla zapewnienia prawidłowości skanowania mieszanej partii dokumentów (o różnych formatach) konieczne jest dokładne sprawdzenie dokumentów przed skanowaniem; z Podręcznika wynika również, że w przypadku niektórych formatów dokumentów konieczne jest rozdzielenie ich do osobnych partii przeznaczonych do skanowania. W takich okolicznościach Izba stwierdziła, że skanery zaoferowane przez wykonawcę Koncept nie odpowiadają treści SIWZ, ponieważ nie umożliwiają „skanowania dokumentów o różnych formatach i gramaturach bez konieczności ich wcześniejszej segregacji”. W konsekwencji oferta wykonawcy Koncept podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Konsorcjum Maxto na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych jako niezgodnej z treścią SIWZ ze względu na brak funkcjonalności odpowiadających wymaganiom Zamawiającego (sygn. akt KIO 1524/18)

Odwolujący podnosił, że Konsorcjum Maxto zaoferowało urządzenia wielofunkcyjne MX421ade HV SPR (36S0446), których producentem jest Lexmark, a urządzenia te nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający żądał (zgodnie z Załącznikiem nr 2 do OPZ) dostawy urządzenia wyposażonego w moduł dwustronny z obsługą papieru o większej gramaturze 60-120 g/m<sup>2</sup> - identyfikator wymagania: POS23-WFU-SP-33, wyposażonego w dwa złącza RJ11 (Line/Tel) - identyfikator wymagania: POS23-WFU-SP-23 oraz wyposażonego w podajnik na 250 arkuszy 80 g/m<sup>2</sup> oraz podajnik uniwersalny na 100 arkuszy papieru o gramaturze 80 g/m<sup>2</sup> - identyfikator wymagania: POS23-WFU-SP- 31.
2. Producent Lexmark na str. 33 Podręcznika użytkownika opisuje, że urządzenie wielofunkcyjne Lexmark MX421ade jest wyposażone w moduł druku dwustronnego obsługujący papier o gramaturze do 90 g/m<sup>2</sup> i urządzenie to wyposażone jest w jedno złącze RJ11 (Line) oraz nie posiada złącza RJ11 (Tel).

Okoliczność, że urządzenie zaoferowane przez Konsorcjum Maxto wyposażone jest tylko w jedno złącze RJ11 zasadniczo nie była sporna. Konsorcjum Maxto jedynie na rozprawie oświadczyło, że „można zaoferować dodatkowy kabel, czego Zamawiający nie wykluczył” (zgodnie z protokołem rozprawy). Zaoferowanie „dodatkowego kabla” przez Konsorcjum Maxto jednak, po pierwsze, nie wynikało z oferty Konsorcjum Maxto, po drugie – nie wskazano w treści SIWZ, że spełnienie oczekiwań Zamawiającego co do dwóch złącz RJ11 może być zaspokojone przez zaoferowanie takiego rozwiązania. Konsorcjum Maxto nie podjęło żadnych prób dowodowych w celu wykazania powyższego. W piśmie z dnia 16 sierpnia 2018 r. Konsorcjum Maxto podnosiło jedynie, że producent przewiduje udoskonalenia i zmiany produktów, i w każdym czasie „ma prawo podjąć decyzję o wyprodukowaniu urządzenia w dedykowanej konfiguracji”. Jednak w ofercie Konsorcjum Maxto nie wskazało, że oferuje urządzenie zmodyfikowane w stosunku do standardowego modelu, który został zidentyfikowany w treści oferty.

W konsekwencji, Izba stwierdziła, że oferta Konsorcjum Maxto nie odpowiada treści SIWZ dlatego, że zaoferowano urządzenie posiadające tylko jedno złącze RJ11. Wobec powyższego nakazano odrzucenie oferty Konsorcjum Maxto na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Koncept i Konsorcjum Maxto z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji (sygn. akt KIO 1524/18)

Zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych, wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlega wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Odwoływającego, wykonawca Koncept powinien zostać wykluczony przez Zamawiającego w związku z podaniem nieprawdziwych informacji odnośnie nazwy producenta i właściwości urządzeń skanujących.

Izba nie zgodziła się z tak postawionym zarzutem. W świetle ustaleń, opisanych w uzasadnieniu powyżej, odnośnie podania nazwy producenta i właściwości skanerów, rzeczywiście Izba doszła do wniosku, że wykonawca Koncept faktycznie podał błędnie nazwę producenta i właściwości skanerów, jednak wynikało to z pozostawania wykonawcy Koncept w mylnym przekonaniu co do tych okoliczności (okoliczności te były sporne i były przedmiotem postępowania dowodowego przed Izbą). W ocenie składu orzekającego, skoro w toku postępowania odwoławczego Izba doszła do wniosku, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, jak niezgodna z SIWZ, nie musi to skutkować równoczesnym uznaniem, że wykonawca podlega wykluczeniu z powodu podania nieprawdziwych informacji. Izba nie dopatrzyła się powodów wykluczenia wykonawcy Koncept na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych.

Analogiczna argumentacja odnosi się do zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum Maxto z powodu podania nieprawdziwych informacji – Izba zatem w tym względzie również nie podzieliła stanowiska Odwoływającego.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Maxto z postępowania na podstawie art. 89 ust. pkt 7b Prawa zamówień publicznych z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium (sygn. akt KIO 1524/18)

Jak wynika z treści oferty wykonawcy, wymagane w postępowaniu wadium w kwocie 450 000 zł zostało wniesione w formie gwarancji bankowej wadialnej wystawionej przez MBank, gwarancja bankowa nr 02400ZTG18UE.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z treścią gwarancji wadialnej, gwarancja bankowa „została wystawiona na zlecenie CEZAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Aspekt 42, 01-904 Warszawa

(dalej zwanej "Wykonawcą") w celu zagwarantowania prawidłowego wykonania przez Wykonawcę jego zobowiązań wynikających z warunków prowadzonego przez Państwa postępowania w oparciu o Ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej zwaną „Ustawą”), z terminem otwarcia ofert w dniu 29.06.2018r., którego przedmiotem jest zakup drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych i skanerów w ramach projektu Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowań Przygotowawczych (iSDA), współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Cyfrowa Polska, znak sprawy PK XF 261.11.2018 (dalej zwanych Warunkami Postępowania)”. Wysokość kwoty wadium została określona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, prawidłowo również zidentyfikowano w treści gwarancji postępowanie o udzielenie zamówienia. W tymże postępowaniu Cezar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie złożyła oferty samodzielnie.

W ocenie składu orzekającego okoliczność, że w treści gwarancji bankowej wymieniono tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie skutkuje uznaniem, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Taka konstatacja nie jest sprzeczna z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17. Sąd Najwyższy uznał za dopuszczalne wystawienie gwarancji wadialnej, w której treści nie zostaną wymienieni jako zobowiązani wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o dzielenie zamówienia. W konsekwencji oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. pkt 7b Prawa zamówień publicznych.

Zarzut odnoszący się do niewykazania posiadania przez wykonawcę Koncept warunku doświadczenia zawodowego (sygn. akt KIO 1528/18)

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający w rozdz. V pkt 4 SIWZ ustalił warunek udziału w postępowaniu odnośnie posiadania doświadczenia zawodowego w następujący sposób: „W zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający wymaga wykazania się przez Wykonawcę wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej dwóch dostaw sprzętu komputerowego (komputerem stacjonarnych i/lub drukarek lub skanerów biurowych), z których każda obejmowała co najmniej dostawę 1000 szt. sprzętu komputerowego do co najmniej 40 różnych lokalizacji”.
2. Wykonawca Koncept w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (pismo z 10 lipca 2018r.) przedłożył wykaz dostaw wykonanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert oraz załączył dowody określające czy

te dostawy zostały wykonane należycie. W przedmiotowym wykazie wykonawca Koncept wykazał 4 dostawy wykonane dla: Izby Skarbowej w Lublinie, Izby Skarbowej w Katowicach, Izby Skarbowej w Bydgoszczy oraz Izby Skarbowej we Wrocławiu. Zgodnie z treścią poświadczeń/listów referencyjnych każda z tych dostaw była wykonywana przez konsorcjum składające się z wykonawcy Koncept oraz ORTI B. spółka komandytowa z siedzibą w Lublinie. W każdym z tych 4 poświadczeń/listów referencyjnych wskazano, że dostawa/zamówienie zostało wykonane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), a nie przez wykonawcę Koncept.

3. W wykazie wykonanych dostaw w kolumnie „Nazwa i opis dostawy - podanie danych potwierdzających wymagania z rozdziału V pkt 4 SIWZ” każdorazowo wykonawca Koncept podał informacje, które odpowiadają maksymalnemu zakresowi każdej z 4 dostaw wykonanej przez to konsorcjum:

1) w zakresie dostawy dla Izby Skarbowej w Lublinie w wykazie dostaw wskazano, że obejmowała ona 7457 szt. sprzętu komputerowego (komputerów stacjonarnych) do ponad 40 różnych lokalizacji na terenie Polski, wartość: 16 317 183,69 zł brutto. W treści poświadczenia należytego wykonania zamówienia z dn. 15 października 2013r. wskazano na taką samą liczbę sprzętu komputerowego i wartość zamówienia;

2) w zakresie dostawy dla Izby Skarbowej w Katowicach w wykazie dostaw wskazano, że obejmowała ona 7875 szt. sprzętu komputerowego (komputerów stacjonarnych) do ponad 40 różnych lokalizacji na terenie Polski, wartość: 16 805 643,75 zł brutto. W treści poświadczenia z dn. 10 grudnia 2013r. wskazano na taką samą liczbę sprzętu komputerowego i wartość zamówienia;

3) w zakresie dostawy dla Izby Skarbowej w Bydgoszczy w wykazie dostaw wskazano, że obejmowała ona 6127 szt. sprzętu komputerowego (komputerów stacjonarnych) do ponad 40 różnych lokalizacji na terenie Polski, wartość: 14 575 030,14 zł brutto. W treści listu referencyjnego z dn. 29 października 2013r. wskazano na taką samą liczbę sprzętu komputerowego i wartość zamówienia;

4) w zakresie dostawy dla Izby Skarbowej we Wrocławiu w wykazie dostaw wskazano, że obejmowała ona 6539 szt. sprzętu komputerowego (komputerów stacjonarnych) do ponad 40 różnych lokalizacji na terenie Polski, wartość: 14 308 443,63 zł brutto. W treści referencji z dn. 24 października 2013r. wskazano na taką samą liczbę sprzętu komputerowego i wartość zamówienia.

Wobec powyższych ustaleń, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego Konsorcjum Maxto, iż ze złożonych dokumentów nie wynika, w jakim zakresie wykonawca Koncept zrealizował samodzielnie dostawy, a jeżeli tak, to w jakim zakresie. Zamawiający powinien ustalić, czy zgodnie z postawionym przez niego warunkiem udziału w postępowaniu

wykonawca Koncept wykonał, w ramach 2 dostaw, samodzielnie każdorazowo co najmniej dostawę 1000 szt. sprzętu komputerowego do co najmniej 40 różnych lokalizacji.

Słusznie Odwołujący zauważył, że w wykazie dostaw wykonawca Koncept podał informacje o maksymalnym zakresie i wartości dostaw wykonanych wspólnie przez konsorcjum, którego był członkiem. Tym samym podane informacje nie mogą być uznane za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę Koncept w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia z 4 maja 2017 r. w sprawie C- 387/14 Esaprojekt, wykonawca biorący samodzielnie udział w postępowaniu może powoływać się na doświadczenie konsorcjum, którego był członkiem przy realizacji uprzedniego zamówienia tylko w takim zakresie, w jakim rzeczywiście (faktycznie i konkretnie) uczestniczył w realizacji tego uprzedniego zamówienia. Co więcej, mając na uwadze treść tego orzeczenia, w szczególności stwierdzenia „wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców (...) lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia” oraz „Artykuł (...) należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji” należy - abstrahując od udziału wykonawcy w uprzednim konsorcjum (tj. czy wykonywał zamówienie w ramach konsorcjum, czy samodzielnie) - wyprowadzić wniosek, że wykonawca nabywa doświadczenie tylko przez bezpośredni udział w wykonaniu przynajmniej części zamówienia - jeżeli faktycznie i konkretnie uczestniczy w jego wykonaniu. Jest to równoważne stwierdzeniu, że jeżeli wykonawca nie wykonał żadnej części zamówienia, to nie nabył żadnego doświadczenia.

W konsekwencji, zasadniczo Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia konkretnego udziału poszczególnych konsorcjantów w wykonaniu zamówień referencyjnych na które powołał się ten wykonawca, względnie wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia wykazu dostaw wraz z dokumentacją poświadczającymi należyte wykonanie zamówień. Zaniechanie wezwania do złożenia przedmiotowych wyjaśnień stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Jednak, wobec okoliczności, że Izba uwzględniła dalej idący zarzut i żądanie odwołania – mianowicie nakazała na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych odrzucenie oferty wykonawcy Koncept jako niezgodnej z treścią SIWZ, w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie ma potrzeby wzywania wykonawcy do wyjaśnień czy uzupełnień w odniesieniu do spełniania warunków udziału w postępowaniu (brak wpływu na wynik postępowania).

Wobec powyższych okoliczności orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....