

WYROK
z dnia 2 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 28 grudnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Egida IT Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, **Intaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, **Intaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie** oraz **Koncept Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;
- 2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od odwołującego **WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach** na rzecz zamawiającego **Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Zamawiający Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu informatycznego oraz oprogramowania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 lipca 2017 r. pod numerem 2017/S 139-285011. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579; dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 14 grudnia 2017 r. wykonawca Wasko Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego w toku badania i oceny ofert podjętych w przedmiotowym postępowaniu w zakresie Części nr 2 – Dostawa drukarek. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp oraz art. 14 Ustawy Pzp w zw. z art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, tj. konsorcjum firm Egida IT Solutions Sp. z o.o., Intaris Sp. z o.o., Intaris Sp. z o.o. Sp. k. oraz Koncept Sp. z o.o. wbrew podanym w SIWZ wymaganiom stawianym wobec przedmiotu zamówienia i zasadom oceny ofert pod kątem spełniania tych wymagań,
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Egida, które złożyło w ofercie informacje nieprawdziwe wskazujące na posiadanie przez oferowane drukarki cech wymaganych przez zamawiającego, mimo iż drukarki te cech takich nie posiadają, a w konsekwencji art. 24 ust. 4 poprzez poddanie oferty tego konsorcjum dalszemu badaniu i ocenie mimo, iż powinna być ona traktowana jak oferta odrzucona,
3. art. 91 ust 1 oraz art. 7 ust 3 Ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy - Konsorcjum Egida, którego oferta nie jest najkorzystniejsza i tym samym udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy,
4. art. 14 Ustawy Pzp w zw. z art. 355 Kodeksu cywilnego poprzez brak zachowania należytej staranności w ocenie ofert i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Egida.

Wobec tak stawianych zarzutów, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert, dokonania ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia Konsorcjum Egida z postępowania, odrzucenia oferty Konsorcjum Egida.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia (złożył w niniejszym postępowaniu ofertę, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji), a działania Zamawiającego polegające na naruszeniu przepisów Ustawy Pzp doprowadziły do poniesienia szkody przez Odwołującego w postaci nieuzyskania zamówienia. Dokonanie oceny ofert w sposób prawidłowy tj. taki jak wskazany w żądaniu zawartym w odwołaniu sprawi, że najwyższą ocenę uzyska i zostanie uznana za najkorzystniejszą oferta Odwołującego.

Odwołujący uzasadnił podnoszone zarzuty w następujący sposób:

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w SIWZ - załączniku nr 1 Opis przedmiotu zamówienia w części dotyczącej dostawy drukarek w tabeli nr 3 dotyczącej drukarki A4 DLt wskazał w pozycji 10, że wymaga, aby drukarka ta posiadała tacę odbiorczą z czujnikiem przepełnienia. Wymóg ten został utrzymany podczas dokonywania modyfikacji SIWZ z dnia 7 września 2017 r. Jednocześnie w punkcie 4.3 SIWZ (str. 3) Zamawiający wskazał, że całość dostarczanego sprzętu musi być fabrycznie nowa, pochodząca z bieżącej produkcji, nieużywana we wcześniejszych projektach, bez braków i wad technicznych. Całość dostarczanego sprzętu musi być dostępna na rynku, pochodzić z seryjnej produkcji z uwzględnieniem opcji konfiguracyjnych przewidzianych przez Producenta dla oferowanego modelu sprzętu, pochodzić z oficjalnego kanału dystrybucji Producenta na rynek polski. Opisując zasady badania urządzeń Zamawiający wskazał w punkcie 4.6 SIWZ, że w przypadku zaistnienia potrzeby przetestowania oferowanego sprzętu, Wykonawca na żądanie Zamawiającego w terminie 10 dni kalendarzowych od dnia wysłania pisemnego powiadomienia dostarczy jeden egzemplarz oferowanego sprzętu w pełnym wymaganym ukompletowaniu w celu sprawdzenia parametrów zaoferowanego sprzętu z wymaganiami SIWZ. Niedostarczenie sprzętu do weryfikacji a także negatywny wynik weryfikacji, będzie traktowany jako sprzęt niezgodny z Opisem przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na pytanie nr 26 z dnia 7 września 2016 r. Zamawiający podtrzymał wymóg dostawy urządzeń z produkcji seryjnej i nie dopuścił jego modyfikacji.

Przy takich postanowieniach SIWZ, Konsorcjum Egida złożyło ofertę w której zaproponowało jako drukarkę określaną w SIWZ mianem A4 DLt, drukarkę Kyocera Ecosys P2040dn i na stronie 13 oferty potwierdziło, że drukarka ta posiada tacę odbiorczą z czujnikiem przepełnienia. Zamawiający korzystając z uprawnienia, które ustalił w punkcie 4.6 SIWZ przeprowadził test tej drukarki. Z przeprowadzonych testów sporządzono protokół w którym na ostatnich 4 stronach opisano ocenę spełniania wymogu wyposażenia drukarki w tacę odbiorczą z czujnikiem przepełnienia wskazując, że „celem zbadania wskaźnika przepełnienia tacy odbiorczej....” wykonano wydruk testowy oraz opisano jego kolejne kroki, a także zamieszczono fotografie wskazujące na sygnalizowanie stanu przepełnienia tacy przez urządzenie. Zamieszczono także (na str. ostatniej protokołu) fotografię na której zaznaczono

„flagi czujnika zapełnienia tacy odbiorczej”. Wskutek tak dokonanej oceny ofert Zamawiający uznał, że oferta Konsorcjum Egida jest zgodna z SIWZ i uznał ją za ofertę najkorzystniejszą. Z oceną tą Odwołujący nie zgodził się. W ocenie Odwołującego oferowane przez Konsorcjum Egida urządzenie - drukarka Kyocera/Ecosys P2040dn nie spełnia wymogów SIWZ, a wynik oceny powinien być negatywny. Tym samym ze względu na wskazanie zawarte w punkcie 4.6 SIWZ negatywny wynik weryfikacji, powinien przesądzić, że sprzęt jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Stanowi to przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp w zw. z punktem 12.4 SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż nabył egzemplarz drukarki (seryjny z bieżącej produkcji) - taki jaki był wymagany zgodnie z SIWZ i przeprowadził test tego egzemplarza. Okazuje się, że nie posiada on czujnika przepełnienia tacy. Zaznaczone na fotografii zawartej w protokole z testów przez Zamawiającego „flagi czujnika zapełnienia tacy odbiorczej”, okazały się w istocie wyłącznie flagami (kawałkami plastiku), nie podłączonymi do jakiegokolwiek czujnika, gdyż jak się okazało, czujnika tego w drukarce nie ma. Także test z działania takiej drukarki wskazał, że nie następuje sygnalizacja przepełnienia tacy odbiorczej. Odwołujący wskazał, iż przedstawi zarówno zakupiony przez siebie egzemplarz drukarki wraz dowodem jego zakupu potwierdzającym datę zakupu urządzenia, jak i wyniki własnego testu w tym nagraniu wskazującego na brak czujnika przepełnienia tacy odbiorczej podczas rozprawy przed Izbą. Odwołujący wniósł także o przeprowadzenie przed Izbą dowodu poprzez dokonanie próbnego wydruku wykazującego brak sygnalizowania przepełnienia tacy a także empiryczne potwierdzenie braku czujników przepełnienia tacy odbiorczej. Dowody te wskażą, że seryjny egzemplarz nie zapewnia zgodności z wymogami SIWZ, co przy jednoczesnym braku możliwości dostarczenia rozwiązań nieseryjnych nakazuje uznać drukarkę oferowaną przez konsorcjum Egida za niezgodną z SIWZ.

Odwołujący podkreślił ponadto, że taka niezgodność zachodzi także wówczas, gdyby okazało się, że wskutek rozwiązań software'owych uzyskano w testowanym przez Zamawiającego modelu funkcję sygnalizacji przepełnienia tacy. Zamawiający żądał bowiem wyraźnie, aby to czujnik przepełnienia tacy, a nie oprogramowanie sygnalizujące wypełniał wymaganą funkcję. Oferta Konsorcjum Egida w ocenie Odwołującego powinna więc podlegać odrzuceniu i nie może być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wskazał ponadto, iż także dokumenty producenta dotyczące seryjnie produkowanej drukarki Kyocera/Ecosys P 2040dn wskazują, że nie posiada ona wymaganych w SIWZ czujników przepełnienia tacy odbiorczej.

W ocenie Odwołującego zaoferowanie urządzenia, co do którego w ofercie w sposób jednoznaczny potwierdzono wyposażenie w czujnik przepełnienia tacy seryjnie montowany, a następnie dostarczenie do testów urządzenia, które takiego czujnika nie posiada, a funkcję sygnalizacji przepełnienia tacy zyskuje dzięki instalacji odpowiedniego oprogramowania (także

notabene nie montowanego seryjnie) jest podaniem informacji nieprawdziwych. Informacje te wpłynęły na wynik postępowania, gdyż to wskutek ich złożenia oferta Konsorcjum Egida została uznana za najkorzystniejszą. Nie było to działanie przypadkowe, lecz należy przypisać mu cechy czynności zamierzonej lub co najmniej rażące niedbalstwo, gdyż przedstawienie Zamawiającemu egzemplarza drukarki do testów miało miejsce już po złożeniu pierwotnego (wycofanego wskutek unieważnienia czynności zamawiającego) odwołania Wasko S.A., w którym taką niezgodność drukarki Kyocera/Ecosys P2040dn z wymogami SIWZ sygnalizowano. Mimo to, wykonawca zdecydował się ponownie oświadczenie o zgodności drukarki z SIWZ przedstawiając ją do testów w wersji innej niż urządzenia seryjne. W ocenie Odwołującego doszło więc do niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 Ustawy Pzp do oceny takiej czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Nie sposób uznać, że profesjonalista, gdy przeciwko ocenie jego oferty (tj. czynności zamawiającego z 26 października) złożono odwołanie, nie zauważył podniesionej w nim argumentacji. Przypisanie niedbalstwa takiemu działaniu jakim jest ponowne potwierdzenie że oferta spełnia wymagania SIWZ jest uzasadnione gdyż Konsorcjum Egida z pewnością zachowało się w sposób odbiegający od właściwego dla profesjonalisty miernika należytej staranności (wyrok Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. aktiv CK 151/03).

Odwołujący wskazał także, iż przeprowadzony przez Zamawiającego test miał na celu weryfikację zgodności z opisem przedmiotu zamówienia (jak wynika z akapitu 2 punktu 4.6 SIWZ). Stanowił więc badanie oferty a więc jego negatywny wynik nie powoduje możliwości badania ponownego, dostarczenia innego egzemplarza urządzenia lecz uznanie oferty za niezgodną z SIWZ, czemu dał wyraz Zamawiający w przytoczonym punkcie 4.6, a co pozostaje w zgodzie z orzecznictwem Izby dotyczącym testów i próbek przy takim określeniu ich charakteru w specyfikacji. Odwołujący wskazał, iż w orzecznictwie przyjęto, że jeśli próbka lub procedura jej badania została w SIWZ przewidziana w celu ustalenia spełnienia wymogów, które podlegają ocenie dla zweryfikowania zgodności treści oferty z wymogami treści SIWZ, to próba nie ulega powtórzeniu na innym urządzeniu gdyż stanowiłoby to niedozwolone uzupełnienie oferty (tak np. wyrok KIO z 3 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 559/14). Ponadto Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do zaprezentowania Krajowej Izbie Odwoławczej egzemplarza drukarki, na której przeprowadzono testy Zamawiającego tj. oznaczonego zgodnie z protokołem z przeprowadzonych testów numerem VCY7361929 w celu wykazania, że urządzenie to nie posiada czujnika tacy odbiorczej, tj. jest niezgodne z SIWZ. Jeśli jednak do prezentowanego egzemplarza dodano (zamontowano) taki czujnik,

to w świetle dokumentacji dotyczącej urządzeń seryjnych, którą dysponuje Odwołujący będzie to dowód, że urządzenie oferowane nie jest urządzeniem seryjnym co także powoduje niezgodność z SIWZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Ustawy przysługiwał środek ochrony prawnej w postaci odwołania, jako że spełnione zostały przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie (dalej jako „Przystępujący Suntar”) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Ustawy. Izba nie uwzględniła opozycji Zamawiającego uznając, iż ww. wykonawca miał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje jest pojęciem szerszym niż interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp. Ponadto mieć należy na uwadze, iż Zamawiający prowadził postępowanie z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa Ustawy Pzp, a zatem oferta Odwołującego, która uzyskała więcej punktów niż oferta Przystępującego Suntar nie została ostatecznie zweryfikowana przez Zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, a do weryfikacji tej oferty może w ogóle nie dojść. Nie można zatem wymagać od Przystępującego Suntar, tak jak wskazywał Zamawiający, aby na etapie zgłoszenia przystąpienia do niniejszego postępowania wykazał on, że będzie kwestionował ofertę Odwołującego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu także wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Egida IT Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Intaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Intaris Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa oraz Koncept Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej jako „Przystępujący Egida” lub „Konsorcjum Egida”) zgłaszających

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 Ustawy.

Zamawiający w dniu rozprawy do akt sprawy złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 28 grudnia 2017 r., w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż czujnik przepełnienia tacy odbiorczej jest funkcjonalnością (cechą drukarki), która oznacza, że w przypadku przepełnienia się dopuszczalnej ilości stron w tacy drukarka nie będzie dalej drukować, tylko drukowanie się zatrzyma. Zamawiający podkreślił, iż czujniki takie w drukarkach mogą występować w różnych technologiach (sensor optyczny, sensor mechaniczno-elektryczny - tzw. krańcówka, technologie oparte o różne sensory zawarte w drukarce przy procesie wytwarzania druku) oraz opisał na czym polega zastosowanie ww. technologii. Ponadto wskazał, iż Zamawiający w SIWZ nie ograniczył się do jednej z tych technologii, lecz dopuścił wszystkie możliwe technologie. Było to zgodne z klasą urządzeń, które stanowią przedmiot zamówienia – drukarki te są drukarkami standardowymi, wręcz podstawowymi, dostosowanymi do wymagań dla pojedynczych stanowisk pracy, w pracy sieciowej przeznaczonymi dla maksymalnie kilku osób. Zamawiający, z racji z góry zakładanej niskiej ceny takich urządzeń, nie oczekiwał zastosowania w nich zaawansowanych technologii podnoszących koszt, a producenci realizują funkcjonalność przepełnienia tacy w różny sposób. Zamawiający podniósł także, iż Odwołujący nie zadał pytania, w wyniku którego mógłby próbować ograniczyć technologię czujnika przepełnienia. Niemniej jednak - gdyby nawet takie pytanie zadał, to Zamawiający odpowiedziałby odmownie, gdyż nie było jego celem ograniczanie technologii czujnika przepełnienia tacy, ale osiągnięcie danej funkcjonalności.

Zamawiający zwrócił także uwagę na pierwotne brzmienie opisu wymogu dotyczącego posiadania przez drukarkę tacy odbiorczej z czujnikiem przepełnienia: „Na minimum 250 arkuszy A4 80 g/m²; zapelnienie tacy odbiorczej powinno odbywać się poprzez ciągłe (bez zatrzymań) drukowanie aż do osiągnięcia minimalnej pojemności.” Na skutek odwołania do KIO dotyczącego wymagania „ciągłego (bez zatrzymań) drukowania.” Zamawiający zmienił SIWZ pozostawiając wymóg „Na minimum 250 arkuszy A4 80 g/m².” Zamawiający podniósł także, iż Odwołujący miał pełną wiedzę odnośnie wymagań SIWZ i kwestii zapewnienia funkcjonalności czujnika przepełnienia. Zamawiający podniósł, iż Odwołujący również zdaje sobie sprawę z tego, że taca nie stanowi oddzielnego elementu drukarki, nie jest „wydzielona” z pozostałych części, jest na górze drukarki a czujnik nie jest elementem „tacy” (bo ona samodzielnie nie istnieje), ale cechą (funkcjonalnością) drukarki.

Zamawiający przedstawił także opis, w jaki sposób dokonał sprawdzenia czujnika przepełnienia oraz wskazał, iż zarzuty Odwołującego oparte o zdjęcie i uwagi zawarte w protokole badania są bezzasadne z uwagi na to, że Zamawiający nie ograniczał osiągnięcia

funkcjonalności czujnika przepełnienia tacy odbiorczej wyłącznie do technologii optycznej. W ocenie Zamawiającego Odwołujący usiłuje sprowadzić kwestię czujnika przepełnienia wyłącznie do jego fizycznej postaci i to zawartej wyłącznie w tacy, podczas gdy Zamawiający nie ograniczał możliwości zapewnienia tej funkcjonalności wyłącznie do takiej postaci.

W zakresie zakwestionowania pochodzenia drukarki z seryjnej produkcji, Zamawiający wskazał, iż w trakcie badania i oceny ofert nie miał żadnych podstaw, aby kwestionować fakt pochodzenia drukarki z seryjnej produkcji oraz tego, czy została ona wyprodukowana (lub zmodyfikowana) na potrzeby niniejszego postępowania. Zamawiający po otrzymaniu odwołania zwrócił się do producenta drukarek z zapytaniem o to, czy drukarka zaoferowana w przedmiotowym przetargu pochodzi z produkcji seryjnej oraz czy została wyprodukowana na potrzeby niniejszego postępowania. Producent drukarek zawarł jednoznaczne oświadczenie z którego wynika, że drukarki są przedmiotem produkcji seryjnej jak również, że nie zostały zmodyfikowane na potrzeby niniejszego postępowania.

Zamawiający podniósł również, iż Odwołujący usiłuje manipulować pojęciami pochodzącymi z odpowiedzi na pytania, niezgodnie z ich sensem. W ocenie Zamawiającego przy interpretacji SIWZ należy mieć na względzie art. 65 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Wskazał, iż należy uwzględniać okoliczności, w jakich została ukształtowana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia - osiągnięcie pewnych funkcjonalności oraz celów Zamawiającego, które uwidaczniały się w treści SIWZ. Celem Zamawiającego było zatrzymanie wydruku w przypadku przepełnienia tacy odbiorczej, zakup urządzeń, które nie stanowią prototypów, nie sprawdzonych w obrocie seryjnym, natomiast Odwołujący modyfikuje i zawęża te cele na potrzeby odwołania.

W kontekście zarzutu dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie posiadanych przez drukarkę cech, Zamawiający wskazał, iż nie wymagał aby to czujnik przepełnienia tacy a nie oprogramowanie sygnalizujące wypełniało wymaganą funkcję i nie zawężał technologii (funkcji) czujnika przepełnienia tacy odbiorczej. W związku z powyższym wszelkie twierdzenia Odwołującego oparte o to założenie są nieprawidłowe. Nie można mówić o nieprawdziwych informacjach, a ponadto nie można twierdzić, że mogłyby mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego i potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treści oferty Przystępującego Egida i dokumentów złożonych przez niego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26 października 2017 r., informacji o unieważnieniu

czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 10 listopada 2017 r., protokołu z przeprowadzonych testów z dnia 20 listopada 2017 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 4 grudnia 2017 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 grudnia 2017 roku, jak również przedstawione w złożonych pismach.

Odwołujący podczas rozprawy podniósł, iż nie zgadza się z Zamawiającym, jakoby czujnik przepełnienia był jedynie funkcjonalnością, gdyż gdyby tak było, to w SIWZ byłby wskazany wymóg posiadania takiej funkcjonalności. Powołał się także na definicję czujnika ze słownika Języka Polskiego PWN, z której wynika, że jest to część urządzenia pomiarowego, czyli coś co ma wymiar fizyczny. W trakcie repliki Odwołujący podniósł m.in. iż wskazywany przez Przystępującego Egida czujnik, który jest czujnikiem wielofunkcyjnym powodującym zliczanie wydruków i zatrzymanie drukowania, wskazuje tylko, że istnieje licznik kartek oraz możliwość wprowadzania do oprogramowania zatrzymania drukowania, co jest możliwe w tym modelu drukarki, ale to nie jest czujnik przepełnienia tacy odbiorczej. Jako przykład Odwołujący podał, iż gdyby puścić do wydruku 200 stron, następnie nie wyjąć tych dokumentów i puścić kolejne 200 stron, to drukarka nie zasygnalizuje przepełnienia. Ponadto Odwołujący podniósł, iż testy wykonane przez Zamawiającego i Przystępującego Egida nie sprawdzały funkcji przepełnienia tacy tylko zliczanie stron i wniósł o przeprowadzenie testu na egzemplarzu którym dysponował Zamawiający poprzez wydrukowanie 2 wydruków o łącznej licznie stron przekraczającej 250. Odwołujący nie kwestionował, że czujnik pokazywany przez Przystępującego Egida znajduje się w tym urządzeniu, ale wskazywał, iż nie jest on związany z przepełnieniem tacy, a z liczbą wydrukowanych stron. Taki czujnik nie jest w stanie pokryć wszystkich możliwych funkcjonalności związanych z przepełnieniem tacy. Dodał także, iż aby funkcjonalność została spełniona czujnik powinien być umieszczony w elemencie wyjściowym urządzenia, aby umożliwić badanie zapełnienia.

Stanowisko Odwołującego zostało poparte przez Przystępującego Suntar, który wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający podczas rozprawy wskazał, iż jego wymagania dotyczyły osiągnięcia określonych funkcjonalności tj. zatrzymania drukarki po osiągnięciu wymaganej pojemności. Podniósł m.in., że żaden wykonawca nie zakwestionował wymogu dotyczącego funkcji przepełnienia. Żaden wykonawca nie odczytywał też tego wymogu tak jak to robi Odwołujący tj. jako fizyczny czujnik, do tego umieszczony w tacy. Wskazał, iż czujnik przepełnienia to cecha każdej drukarki polegająca na funkcji, że jak taca się przepełni to drukowanie się zatrzyma. Dodał, że czujnik nie jest elementem tacy, to zazwyczaj element samej drukarki, nie

jest umiejscowiony na samej tacy, w tym modelu drukarki taca jako taka nie występuje, jest to wgłębienie obudowy drukarki od góry. Zamawiający podkreślił, iż przeprowadził testy oferowanej drukarki, zlecił wykonanie 300 wydruków, a drukarka zatrzymała się po 256 stronach. Dodał także, iż sam czujnik w znaczeniu fizycznym nic nie robi, nie jest w stanie zatrzymać wydruku, jedynie wysyła informację, ale to oprogramowanie układowe powoduje zatrzymanie druku. Odnośnie wielofunkcyjności czujnika Zamawiający wskazał, iż oferowane urządzenie jest z tzw. segmentu taniego i nie wymaga stosowania zaawansowanych rozwiązań. Zamawiający zwrócił także uwagę na treść pkt 4.4 SIWZ, w którym wskazano, iż produkt musi w pełni odpowiadać wszystkim parametrom/wymogom/funkcjonalnościom wymienionym w OPZ, a przedmiotowy wymóg to nic innego jak funkcjonalność.

Przystępujący Konsorcjum Egida poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Nadto wskazał m.in. iż treść SIWZ nie identyfikuje miejsca lokalizacji czujnika przepełnienia, a jedynie jego funkcję. Podniósł, iż przed złożeniem oferty pozyskał od autoryzowanego dystrybutora - Arcus S.A. ofertę na te drukarki, w której znajdowała się nie tylko wycena, ale także potwierdzenie występowania w tym modelu funkcji wymaganej przez Zamawiającego. Wskazał, iż czujnikiem przepełnienia tacy odbiorczej jest tutaj czujnik wyrzutu, który jest czujnikiem wielofunkcyjnym i jest to czujnik fizycznie istniejący. To, że czujnik jest zintegrowany z oprogramowaniem jest koniecznością, a połączenie elementu fizycznego z elementem oprogramowania to standardowe rozwiązanie u każdego producenta, sam czujnik nie zatrzyma pracy drukarki, podobnie samo oprogramowanie. Przystępujący Egida podkreślił także, że Zamawiający nie narzucił formuły czy techniki w jakiej wykonawca ma osiągnąć efekt zatrzymania druku.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę również przedstawione przez Strony i Uczestników postępowania w toku rozprawy dowody, tj.:

- 1) wydruk wyciągu z Instrukcji Serwisowania wydanej w styczniu 2017 r., dotyczącej drukarek Kyocera ECOSYS P2235dn, P2235dw, P2040dn, P2040dw, PF-1100 wraz z tłumaczeniem na język polski – złożony przez Odwołującego;
- 2) wydruk wyciągu z Podręcznika obsługi dla drukarki Kyocera ECOSYS P2040dn, P2040dw – złożony przez Odwołującego;
- 3) wydruk Specyfikacji produktu Kyocera ECOSYS P2040dn - złożony przez Odwołującego;
- 4) wydruk Specyfikacji produktu Kyocera ECOSYS P6130cdn - złożony przez Odwołującego;
- 5) ekspertyza drukarki Kyocera P2040dn pod kątem wyposażenia w czujniki przepełnienia odbiornika papieru sporządzona przez Politechnikę Opolską – złożona przez Odwołującego;
- 6) faktura VAT z 9 października 2017 r. wystawiona przez IT EMPIRE Sp. z o.o. dokumentująca zakup drukarki Kyocera ECOSYS P2040dn - złożona przez Odwołującego;

- 7) wydruki ze strony internetowej sklepu internetowego Kyocera zawierające opis parametrów drukarki Kyocera ECOSYS P3050dn i drukarki Kyocera ECOSYS P3045dn – złożone przez Przystępującego Suntar;
- 8) pismo Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2017 r. do autoryzowanego przedstawiciela drukarek Kyocera oraz oświadczenie firmy Arcus S.A. złożone w odpowiedzi na ww. pismo Zamawiającego – złożone przez Zamawiającego;
- 9) wydruk korespondencji e-mail Konsorcjum Egida z firmą Arcus S.A. wraz z ofertą Arcus S.A. z 12 września 2017 r. – złożony przez Przystępującego Egida;
- 10) oświadczenie Konsorcjum Egida z dnia 27 grudnia 2017 r. - złożone przez Przystępującego Egida;
- 11) deklaracja producenta Kyocera Document Solutions Europe B.V. z dnia 18 grudnia 2017 r. wraz z tłumaczeniem na język polski - złożona przez Przystępującego Egida;
- 12) opinia dr hab. Inż. A. Z. z dnia 27 grudnia 2017 r. – złożona przez Przystępującego Egida;
- 13) dokumentacja fotograficzna dotycząca umiejscowienia czujnika odpowiedzialnego za detekcję przepełnienia tacy odbiorczej - złożona przez Przystępującego Egida;
- 14) wydruk wyciągu z Instrukcji Serwisowej opublikowanej w styczniu 2017 r. dla drukarek Kyocera ECOSYS P2235dn, P2235dw, P2040dn, P2040dw, PF-1100 wraz z tłumaczeniem na język polski – złożony przez Przystępującego Egida;
- 15) oświadczenie Arcus S.A. z dnia 21 grudnia 2017 r. – złożone przez Przystępującego Egida.

Izba na podstawie art. 190 ust. 6 Ustawy Pzp nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia testowanego egzemplarza drukarki i przeprowadzenie na rozprawie testu polegającego na zleceniu wydruków o łącznej licznie stron przekraczającej 250, uznając iż dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki. Izba nie uwzględniła również wniosku Przystępującego Suntar o odebranie oświadczenia od Przystępującego w zakresie kiedy i gdzie dokonano zakupu zaoferowanej drukarki, jako zmierzającego do wykazania okoliczności, które nie były przedmiotem sporu w niniejszym postępowaniu (Odwołujący nie kwestionował, że urządzenie przekazane do testów było fabrycznie nowe ani że pochodziło od autoryzowanego dystrybutora).

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia publicznego jest dostawa sprzętu informatycznego oraz oprogramowania z podziałem na dziewięć części. Odwołanie zostało wniesione na wybór oferty najkorzystniejszej w Części 2 postępowania – Dostawa drukarek.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, a zakres oraz warunki realizacji zamówienia zostały określone w załączniku nr 9 do SIWZ – Istotne dla Stron Postanowienia Umowy. W punkcie 4.3. SIWZ Zamawiający wskazał, iż całość dostarczanego sprzętu musi być fabrycznie nowa,

pochodząca z bieżącej produkcji, nieużywana we wcześniejszych projektach, bez braków i wad technicznych. Pod pojęciem „nowy, pochodzący z bieżącej produkcji” Zamawiający rozumie i uzna za spełniający ww. wymogi sprzęt wyprodukowany w roku 2016 lub 2017 jednak nie wcześniej niż 9 miesięcy przed terminem dostawy. Całość dostarczanego sprzętu musi być dostępna na rynku, pochodzić z seryjnej produkcji z uwzględnieniem opcji konfiguracyjnych przewidzianych przez Producenta dla oferowanego modelu sprzętu, pochodzić z oficjalnego kanału dystrybucji Producenta na rynek polski. Niedopuszczalne są produkty prototypowe, nie dopuszcza się urządzeń długotrwale magazynowanych, typu „refurbished”, „recertified”, „remanufactured”, „certified repaired” oraz pochodzących z programów wyprzedażowych producenta. Dla zaoferowanych urządzeń wraz z dostawą należy dostarczyć oświadczenia producenta sprzętu (lub jego polskiego autoryzowanego przedstawicielstwa) potwierdzające spełnienie powyższych wymogów oraz potwierdzające datę produkcji urządzeń – zgodnie z zapisami zawartymi w załączniku nr 1 – Opis przedmiotu zamówienia. W punkcie 4.4. SIWZ Zamawiający wskazał, iż w przypadku użycia przez Zamawiającego w SIWZ jakichkolwiek znaków towarowych, patentów, czy pochodzenia, Zamawiający dopuszcza oferowanie rozwiązań równoważnych w rozumieniu art. 29 Ustawy Pzp. W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę rozwiązania równoważnego, zaoferowany produkt musi w pełni odpowiadać wszystkim parametrom/wymogom/funkcjonalnościom wymienionym w opisie przedmiotu zamówienia dla poszczególnych jego części (załącznik 1 do SIWZ).

W punkcie 4.6. SIWZ Zamawiający zaznaczył, iż w przypadku zaistnienia potrzeby przetestowania oferowanego sprzętu, Wykonawca na żądanie Zamawiającego dostarczy jeden egzemplarz oferowanego sprzętu w pełnym wymaganym ukompletowaniu w celu sprawdzenia parametrów zaoferowanego sprzętu z wymaganiami SIWZ. Niedostarczenie sprzętu do weryfikacji, a także negatywny wynik weryfikacji będzie traktowany jako sprzęt niezgodny z Opisem przedmiotu zamówienia.

W Załączniku nr 1 – Opis przedmiotu zamówienia (dalej jako „OPZ”) w punkcie II Wymagania techniczne dla Części 2 zamówienia, w tabeli przedstawionej w punkcie 3 – Drukarka A4DLt, w wierszu „Taca odbiorcza z czujnikiem przepełnienia umiejscowiona na górze drukarki” Zamawiający określił minimalne parametry drukarki w następujący sposób: „Na minimum 250 arkuszy A4 80 g/m²; zapelnienie tacy odbiorczej powinno odbywać się poprzez ciągle (bez zatrzymań) drukowanie aż do osiągnięcia minimalnej pojemności.” Na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2017 r. (sygn. akt KIO 1598/17) Zamawiający w dniu 7 września 2017 r. dokonał modyfikacji SIWZ w powyższym zakresie, usuwając z opisu minimalnych parametrów drukarki w wierszu „Taca odbiorcza z czujnikiem przepełnienia umiejscowiona na górze drukarki” zapis „zapelnienie tacy odbiorczej powinno

odbywać się poprzez ciągłe (bez zatrzymań) drukowanie aż do osiągnięcia minimalnej pojemności.”

Pismem z dnia 7 września 2017 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców do SIWZ. Jednym z pytań (pytanie nr 26) było czy Zamawiający dopuści zaoferowanie urządzenia, które zostałyby zmodyfikowane na potrzeby niniejszego postępowania, a nie pochodzi z seryjnej produkcji producenta oraz nie ma go w ofercie kanału dystrybucyjnego producenta na rynek polski. Modyfikacja dotyczyłaby zmiany jednego bądź dwóch elementów urządzenia. W efekcie parametry oferowanego urządzenia byłyby niezgodne z dokumentacją techniczną dostępną w kanale dystrybucyjnym na dzień złożenia ofert. Uzyskanie takiej zgodności byłoby możliwe dopiero po wyborze przez Zamawiającego poprzez dokonanie odpowiedniej modyfikacji technicznej. Na tak postawione pytanie Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż podtrzymuje wymogi zawarte w SIWZ, nie dopuszcza do zaoferowania urządzenia nieseryjnego, zmodyfikowanego na potrzeby niniejszego postępowania.

Konsorcjum Egida w złożonej ofercie zaoferowało m.in. dostawę drukarki A4DLt producenta Kyocera, model ECOSYS P2040dn. W załączonej do oferty Specyfikacji Technicznej Oferowanego Sprzętu, odnośnie drukarki Kyocera ECOSYS P2040dn w poz. 10 tabeli przedstawionej w punkcie 3 tej Specyfikacji, w kolumnie „Specyfikacja techniczna oferowanego przedmiotu umowy” wskazano „Taca odbiorcza z czujnikiem przepelnienia umiejscowiona na górze drukarki: na 250 arkuszy A4 80g/m².”

W dniu 26 października 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w Części nr 2 zamówienia oferty Konsorcjum Egida. Wobec zaskarżenia powyższej czynności przez Odwołującego Zamawiający w dniu 10 listopada 2017 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwał Konsorcjum Egida na podstawie punktu 4.6. SIWZ do dostarczenia 1 szt. zaoferowanej drukarki A4 DLt Kyocera ECOSYS P2040dn wraz z wyposażeniem celem weryfikacji wymogów technicznych określonych w SIWZ. Po dostarczeniu urządzenia Zamawiający 16 listopada 2017 r. przeprowadził test drukarki Kyocera P2040dn, z którego sporządził protokół załączony do akt postępowania. Jak wynika z treści tego dokumentu, celem zbadania działania wskaźnika przepelnienia tacy odbiorczej wykonano wydruk stanu drukarki z poziomu urządzenia wskazujący aktualny stan licznika wydruków: 2105 stron. Następnie do drukarki wysłano zadanie wydrukowania 300 kopii wydruku testowego. Drukarka zasygnalizowała na ekranie LCD i diodą LED przepelnienie tacy odbiorczej („Górna taca papieru pełna. Naciśnij GO”). Po uzyskaniu ww. komunikatu, z poziomu menu drukarki anulowano zadanie drukowania. Następnie wydrukowano stronę statusu: licznik wskazywał 2362 strony. Z powyższego wyniku wniossek, iż do momentu zapełnienia tacy odbiorczej, zasygnalizowanego przez drukarkę, maszyna wykonała 256 stron

wydruku i jest to maksymalna pojemność tacy odbiorczej, jaką można uzyskać przy zastosowanej grubości i gramaturze papieru. Wobec tego drukarka spełniła warunki: czujnik przepełnienia tacy odbiorczej, taca odbiorcza min. 250 wydruków. Powyższe czynności opatrzone szczegółową dokumentacją fotograficzną. W wyniku tych czynności komisja testowa uznała testowany sprzęt za zgodny z zapisami OPZ.

W dniu 4 grudnia 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, w części nr 2 – Dostawa drukarek, za którą uznał ofertę Konsorcjum Egida.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby stawiany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 14 Ustawy Pzp w zw. z art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Dla zastosowania ww. przepisu konieczne jest zatem po pierwsze ustalenie bezspornej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie podstawienie pod ten wzorzec treści złożonej oferty.

W przedmiotowej sprawie spór dotyczy tego, czy zaoferowana przez wybranego wykonawcę drukarka Kyocera ECOSYS P2040dn spełnia wymaganie SIWZ, o którym mowa w Załączniku nr 1 do SIWZ (OPZ) w punkcie II Wymagania techniczne dla Części 2 zamówienia, w tabeli przedstawionej w punkcie 3 – Drukarka A4 DLt, tj. czy posiada tacę odbiorczą z czujnikiem przepełnienia umiejscowioną na górze drukarki na minimum 250 arkuszy A4 80 g/m². Punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań tego dokumentu w zakresie przedmiotowego czujnika przepełnienia tacy odbiorczej. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, jak każde oświadczenie woli, podlega wykładni w sposób wskazany w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, a więc w taki sposób jak wymagają tego zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje, rozpatrywane w odniesieniu do okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone. Jedną ze wskazywanych w orzecznictwie dyrektyw interpretacyjnych przy wykładni postanowień SIWZ jest postulat takiego odczytywania postanowień niejasnych, aby nie wyciągać z nich konsekwencji negatywnych dla wykonawców i ważności ich ofert. Drugim postulatem interpretacyjnym jest odczytywanie dokumentów przetargowych w sposób umożliwiający jak najpełniejszą realizację zasad ogólnych Ustawy Pzp wyrażonych w jej art. 7

ust. 1 - zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców (por. m.in. wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2762/14).

Mając na uwadze powyższe wytyczne, dokonując wykładni postanowień SIWZ w omawianym zakresie, Izba uznała, że celem Zamawiającego było zakupienie urządzenia posiadającego czujnik przepełnienia tacy odbiorczej służący temu, aby w sytuacji kiedy taca ta zostanie zapelniona maksymalną, dopuszczaną przez producenta, ilością kartek papieru, urządzenie zatrzymało dalszy wydruk i zakomunikowało, że taca odbiorcza została przepełniona. Efektem zaś takiego komunikatu powinno być opróżnienie tejże tacy przez użytkownika urządzenia w celu kontynuowania wydruku. Powyższy sposób interpretacji spornego wymogu SIWZ potwierdził Zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie i w toku rozprawy zwracał uwagę przede wszystkim na funkcjonalność jaką powinno posiadać urządzenie - że w przypadku przepełnienia się dopuszczalnej ilości stron w tacy odbiorczej drukarka nie będzie dalej drukować. Dlatego też, w ocenie Izby należy uznać, iż decydującym dla oceny spełniania przedmiotowego wymagania SIWZ przez zaoferowane przez Konsorcjum Egida urządzenie, powinna być określona funkcjonalność drukarki sprowadzająca się do zatrzymania wydruku w momencie przepełnienia tacy odbiorczej i zasygnalizowania tego faktu przez urządzenie. Aby funkcjonalność tę osiągnąć drukarka powinna posiadać odpowiedni mechanizm, który przez Zamawiającego określony został jako czujnik przepełnienia tacy odbiorczej.

Natomiast sama technologia, za pomocą której osiągnięta zostanie ta funkcjonalność (w tym czy będzie to czujnik samodzielny, czy wielofunkcyjny) w ocenie Izby nie ma znaczenia w kontekście oceny zgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż w treści SIWZ nie znalazły się jakiegokolwiek wytyczne wskazujące jaką technologię mieli zastosować wykonawcy, aby spełnić omawiany wymóg Zamawiającego. W żadnym miejscu SIWZ nie zostało doprecyzowane, co Zamawiający rozumie poprzez czujnik przepełnienia i za co konkretnie ma on odpowiadać. Nie opisano również, w jaki sposób ma nastąpić zakomunikowanie przepełnienia tacy odbiorczej. Żaden z wykonawców nie zwracał się także o wyjaśnienie treści SIWZ w tym zakresie. Zamawiający w SIWZ nie określił także, w którym miejscu drukarki ma być zlokalizowany sam czujnik przepełnienia tacy odbiorczej, wskazał jedynie umiejscowienie tacy odbiorczej (na górze drukarki) i jej minimalną pojemność. Z samego sformułowania „taca odbiorcza z czujnikiem przepełnienia” nie sposób wywieść, że czujnik ten musi znajdować się bezpośrednio w samej tacy odbiorczej. W ocenie Izby sformułowanie to należy odczytywać jako wymóg, aby urządzenie posiadało czujnik, który sygnalizuje przepełnienie tacy odbiorczej, wymaganie bowiem umiejscowienia czujnika bezpośrednio w tacy odbiorczej mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego zawężenia możliwych do zaoferowania produktów,

zważywszy na różnorodność technologii, jakie w tym zakresie stosują poszczególni producenci.

Zestawiając treść oferty Przystępującego Egida z postanowieniami SIWZ w zakresie wymogu posiadania przez drukarkę czujnika przepełnienia tacy odbiorczej, nie sposób uznać, że urządzenie zaoferowane przez Konsorcjum Egida nie spełnia tychże wymogów. Przystępujący Egida złożył ofertę, w której zawarł oświadczenie potwierdzające, iż drukarka Kyocera ECOSYS P2040dn posiada tace odbiorczą z czujnikiem przepełnienia na minimum 250 arkuszy A4 80g/m². Oświadczenie to zostało oparte na zapewnieniu autoryzowanego dystrybutora tego sprzętu na rynek polski, firmy Arcus S.A., która składając ofertę cenową potwierdziła, że drukarka ta spełnia wymagania SIWZ, w tym sporny parametr dotyczący czujnika przepełnienia tacy odbiorczej. W toku rozprawy Przystępujący Egida wykazał również który czujnik odpowiada za detekcję przepełnienia tacy odbiorczej i gdzie on jest zlokalizowany, postanowienia SIWZ – jak wskazano powyżej - nie nakładały zaś na wykonawców dodatkowych wymogów w zakresie umiejscowienia takiego czujnika czy technologii, w jakiej czujnik ten ma funkcjonować. Ponadto Zamawiający po powzięciu wątpliwości co do zgodności parametrów oferowanego urządzenia z wymogami SIWZ przeprowadził testy oferowanego egzemplarza drukarki w pełnym ukompletowaniu, z których wynikało, że drukarka zatrzymała się po przepełnieniu tacy odbiorczej i zasygnalizowała ten fakt odpowiednim komunikatem na ekranie LCD oraz zapaleniem się diody błędu. Test ten potwierdził zatem zgodność oferowanego urządzenia z wymogami SIWZ. Postanowienia SIWZ nie regulowały w sposób szczegółowy, w jaki sposób Zamawiający weryfikował będzie zgodność parametrów urządzenia z wymogami wynikającymi z OPZ, a zatem Zamawiający był uprawniony przyjąć taką metodę weryfikacji, jaką uznał za właściwą do dokonania oceny czy po zapełnieniu tacy odbiorczej liczbą arkuszy przekraczającą wskazywane przez producenta maksimum (tj. 250) drukarka zasygnalizuje przepełnienie tacy odbiorczej. Tak przeprowadzony test dał odpowiedź pozytywną.

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do uznania, iż treść oferty Konsorcjum Egida nie odpowiadała treści SIWZ. Podkreślić należy, iż odrzucenie oferty następuje w przypadkach, gdy Zamawiający ma pewność, że oferta wykonawcy jest niezgodna z SIWZ. Przesłanki dotyczące odrzucenia oferty powinny być interpretowane w sposób ścisły, co niejednokrotnie potwierdzone zostało orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Zatem odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp jest możliwe tylko wtedy, gdy ponad wszelką wątpliwość z dokumentacji postępowania wynika, że oferta wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego (por. m.in. wyrok KIO z dnia 13 maja 2015 r., sygn. akt KIO 896/15). Niezgodność oferty z treścią SIWZ musi być jednoznaczna, niewątpliwa i wskazywać na

zupelną rozbieżność treści oferty z treścią SIWZ. W ocenie Izby taka niezgodność w niniejszej sprawie nie zaistniała, nie wykazał tego również w sposób dostateczny Odwołujący.

Odwołujący w treści odwołania swoje twierdzenia w zakresie niezgodności oferty Konsorcjum Egida z treścią SIWZ oparł wyłącznie na dwóch okolicznościach:

- że zaoferowana drukarka w ogóle nie zawiera czujnika przepełnienia tacy odbiorczej,
- ewentualnie że funkcja sygnalizacji przepełnienia tacy została uzyskana w skutek rozwiązań software'owych dzięki instalacji odpowiedniego oprogramowania.

Żadna z powyższych okoliczności faktycznych nie znajduje jednak potwierdzenia w dokumentacji postępowania, nie została również wykazana przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W treści odwołania Odwołujący oparł się na wskazaniu, iż zakupił seryjny, pochodzący z bieżącej produkcji egzemplarz drukarki Kyocera ECOSYS P2040dn (taki jak zaoferowany przez wybranego wykonawcę) i po przeprowadzeniu na nim testu ustalił, że nie następuje sygnalizacja przepełnienia tacy odbiorczej, a zaznaczone na fotografii w protokole testów Zamawiającego „flagi czujnika zapełnienia tacy odbiorczej” nie są podłączone do jakiegokolwiek czujnika, gdyż takiego czujnika w drukarce nie ma. Na potwierdzenie braku omawianego czujnika w tej drukarce Odwołujący przedstawił m.in. wyciągi z Instrukcji serwisowania, gdzie wśród wymienionych czujników nie wskazano czujnika przepełnienia tacy odbiorczej. Odwołujący złożył także wydruk fragmentu Podręcznika obsługi oraz wydruki specyfikacji drukarek producenta Kyocera celem wykazania, że czujnika przepełnienia tacy odbiorczej w oferowanej drukarce nie ma. W toku rozprawy przed Izbą Przystępujący Egida wykazał jednak, iż za sygnalizację przepełnienia tacy odbiorczej w drukarce Kyocera ECOSYS P2040dn nie odpowiada samodzielny czujnik, lecz tzw. „czujnik wyjścia,” który jest czujnikiem wielofunkcyjnym i zgodnie ze złożonym podczas rozprawy oświadczeniem autoryzowanego dystrybutora ww. drukarki firmy Arcus S.A. z dnia 21 grudnia 2017 r. odpowiada m.in. za zatrzymanie pracy drukowania po osiągnięciu maksymalnej pojemności tacy odbiorczej, zatrzymanie pracy drukowania przy zacięciu papieru, zatrzymanie pracy drukowania przy zacięciu dupleksu, zliczanie wydruków, prawidłową obsługę odwrócenia kartki przy drukowaniu dwustronnym. Przystępujący Egida przedstawił także dokumentację fotograficzną opracowaną przez autoryzowanego dystrybutora zaoferowanej drukarki, wskazującą gdzie konkretnie umiejscowiony jest czujnik odpowiedzialny za detekcję przepełnienia tacy odbiorczej i w jaki sposób czujnik ten działa. Odwołujący zaś nie zakwestionował podczas rozprawy, że czujnik wyjścia znajduje się w drukarce w lokalizacji pokazywanej przez Przystępującego Egida. Obecność takiego czujnika potwierdza także złożony przez Odwołującego wyciąg z Instrukcji serwisowania (str. 3-11 Instrukcji, str. 9 tłumaczenia, oznaczony jako „czujnik wyrzutu”).

Z powyższego wynika zatem, iż zaoferowane urządzenie posiada fizyczny czujnik wyjścia (wyrzutu), który jest zintegrowany z oprogramowaniem drukarki – czujnik wysyła odpowiednią informację, a oprogramowanie układowe powoduje zatrzymanie wydruku. W ocenie Izby takie rozwiązanie było w pełni dopuszczalne na gruncie postanowień SIWZ, Zamawiający nie przewidział bowiem żadnych dodatkowych wymogów, które ograniczałyby możliwe do zastosowania technologie detekcji przepełnienia tacy odbiorczej.

Odwołujący w ramach repliki podjął próbę wykazania, iż czujnik wyjścia nie wypełnia wszystkich funkcjonalności, za jakie odpowiadać powinien czujnik przepełnienia tacy odbiorczej, powoduje tylko zliczanie wydruków i zatrzymanie drukowania. Natomiast zdaniem Odwołującego w przypadku zlecenia wydruku 200 stron, pozostawienia ich na tacy odbiorczej i zlecenia kolejnego wydruku liczącego 200 stron, drukarka nie zasygnalizuje przepełnienia tacy odbiorczej. Poprzez powyższą okoliczność Odwołujący pośrednio poddawał w wątpliwość również sposób, w jaki Zamawiający przeprowadził test urządzenia, domagając się przeprowadzenia przed Izbą testu obejmującego zlecenie dwóch wydruków o łącznej liczbie arkuszy powyżej 250. Zwrócić jednak należy uwagę, iż ww. okoliczności nie były podnoszone w treści odwołania, gdy tymczasem powinny być one znane Odwołującemu już w chwili jego wniesienia, jak wynika bowiem z treści odwołania zostało ono sporządzone już po przeprowadzeniu testu drukarki przez Odwołującego. Izba podkreśla, iż zarzut to nie tylko kwalifikacja prawna czynności lub zaniechania Zamawiającego, ale przede wszystkim okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje naruszenia przepisów Ustawy Pzp. To uzasadnienie faktyczne w praktyce określa granice rozpoznania odwołania (por. m.in. wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1102/17). Nie może więc być przedmiotem rozstrzygnięcia Izby okoliczność poddająca w wątpliwość test urządzenia przeprowadzony przez Zamawiającego, która nie została podniesiona w odwołaniu. Niezależnie od powyższego zwrócić należy uwagę, iż Zamawiający w punkcie 4.6. zastrzegł sobie możliwość sprawdzenia parametrów zaoferowanego sprzętu w pełnym ukończeniu i z możliwości tej skorzystał. Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ scenariuszy testowych, na podstawie których prowadził będzie analizę zgodności parametrów urządzenia z wymaganiami SIWZ, wykonawcy nie składali w tym zakresie wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ. Zamawiający nie wskazał także w treści SIWZ jakich konkretnych, szczegółowych funkcjonalności wymaga od czujnika przepełnienia tacy odbiorczej, Odwołujący zaś nie wykazał, że czujnik taki każdorazowo, także w drukarkach relatywnie tanich, niższego segmentu jak omawiana, powinien sygnalizować przepełnienie tacy odbiorczej zawsze w ściśle określonych sytuacjach, w tym takiej jak wskazywana przez Odwołującego. W tych okolicznościach Izba uznała wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dodatkowych testów oferowanego urządzenia na rozprawie za nieuzasadniony i zmierzający do przedłużenia postępowania.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby nie sposób poddać w wątpliwość wiarygodności przeprowadzonych przez Zamawiającego testów w celu weryfikacji zgodności parametrów oferowanego urządzenia z wymaganiami SIWZ. Na ocenę tę zdaniem Izby nie wpływa błąd Zamawiającego, który oznaczył w dokumentacji fotograficznej protokołu z testów elementy drukarki, które w istocie nie są flagami czujnika odpowiadającego za wykrycie przepełnienia tacy odbiorczej. Jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy była to jego omyłka, niemniej przeprowadzony test wykazał, że drukarka po zapełnieniu tacy odbiorczej zatrzymała się i zasygnalizowała błąd za pomocą diody LED i komunikatu na ekranie drukarki. Przystępujący wyjaśnił zaś, który czujnik odpowiada za sygnalizowanie przepełnienia tacy odbiorczej i w którym miejscu drukarki on się znajduje. Mieć należy na uwadze, że przedmiotem testu nie była zaś weryfikacja, który konkretnie czujnik odpowiada za wykrycie przepełnienia tacy odbiorczej ani gdzie jest on umiejscowiony, lecz okoliczność czy czujnik taki w ogóle istnieje, a po przepełnieniu tacy odbiorczej drukarka zatrzyma wydruk i zakomunikuje ten fakt, co miało miejsce.

Zamawiający przyjął jako mechanizm weryfikacji zlecenie wydruku przekraczającego wskazaną w ofercie jako maksymalną pojemność tacy odbiorczej. Test ten wykazał, że drukarka zatrzymała wydruk i zasygnalizowała przepełnienie tacy odbiorczej poprzez stosowny komunikat na ekranie urządzenia oraz zapalenie się diody błędu, co było równoznaczne z posiadaniem przez drukarkę mechanizmu (czujnika), który odpowiada za kontrolę przepełnienia się tacy odbiorczej. Odwołujący nie wykazał, że w przypadku tak przeprowadzonego testu seryjnie produkowana drukarka Kyocera ECOSYS P2040dn nie zatrzymuje się i nie sygnalizuje przepełnienia tacy odbiorczej. Co prawda Odwołujący złożył w tym zakresie ekspertyzę wykonaną przez dr hab. inż. M. S. w imieniu Politechniki Opolskiej, niemniej ekspertyza ta, jako opinia prywatna sporządzona na zlecenie Odwołującego (a w zasadzie podmiotu trzeciego – Lexmark International Polska Sp. z o.o.), może być oceniana jedynie jako stanowisko Odwołującego w sprawie i stanowi wyłącznie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła przedstawiony w opinii pogląd. Ponadto zauważyć należy, iż w tej opinii nie odniesiono się do wyników testów przeprowadzonych przez Zamawiającego, w szczególności nie opisano jaka mogła być przyczyna tego, że pomimo iż zdaniem opiniującego w drukarce nie ma czujnika przepełnienia, to podczas testów Zamawiającego drukarka wyświetliła komunikat „Górna taca papieru pełna. Naciśnij GO.” Opiniujący co prawda zwraca uwagę, iż urządzenie może zasygnalizować zdarzenia związane z przekroczeniem limitu wydruków dla zdefiniowanego użytkownika za pomocą komunikatu „Exceed Max. Output” po ustawieniu w koncie użytkownika maksymalnej liczby wydruków, niemniej zauważyć należy, iż zgodnie ze złożonym przez Odwołującego wyciągiem z Podręcznika obsługi komunikatowi temu w polskiej wersji Podręcznika odpowiada komunikat „Przekroczenie maks. liczby.

Naciśnij GO,” oznaczający, że liczba wydruków przekroczyła dopuszczalną liczbę zadań określoną przez funkcję rozliczania zadań i nie można więcej drukować. Tymczasem jak wynika z dokumentacji fotograficznej załączonej do protokołu z przeprowadzonych przez Zamawiającego testów na ekranie drukarki pojawił się komunikat „Górna taca papieru pełna. Naciśnij GO” – a zatem komunikat wskazujący na przepełnienie tacy odbiorczej, a nie na przekroczenie limitu wydruków. Do możliwości i przyczyn wystąpienia takiego komunikatu podczas testów Zamawiającego opiniujący nie odniósł się.

Z treści ekspertyzy wynika także, że opiniujący weryfikował czy czujnik odpowiadający za wykrycie przepełnienia tacy odbiorczej znajduje się w miejscu oznaczonym przez Zamawiającego w protokole z testów, a nie czy w ogóle znajduje się on w drukarce. Tymczasem z twierdzeń Przystępującego oraz załączonej przez niego dokumentacji fotograficznej sporządzonej przez autoryzowanego dystrybutora sprzętu wynika, iż czujnik ten znajduje się w innym miejscu i jest to tzw. „czujnik wyjścia.” Kwestia tego czujnika nie została jednak w ekspertyzie złożonej przez Odwołującego poruszona. Zwrócić należy także uwagę, iż również Przystępujący Egida złożył do akt sprawy opinię prywatną (traktowaną przez Izbę jako stanowisko strony wobec prywatnego charakteru dokumentu), z której wypływają wnioski odmienne niż z opinii prywatnej Odwołującego. Opiniujący na zlecenie Konsorcjum Egida przeprowadził badanie na dwóch drukarkach – tej testowanej przez Zamawiającego oraz innej drukarce tego samego modelu, a wynik tych testów pokazał, że w obu przypadkach drukarka zasygnalizowała przepełnienie górnej tacy papieru. Powyższy komunikat miał identyczne brzmienie, jak komunikat wyświetlony podczas testów przeprowadzanych przez Zamawiającego. Zestawiając zatem treść obu tych opinii, a także protokołu z testów przeprowadzonych przez Zamawiającego, Izba uznała, iż argumentacja Odwołującego nie jest wystarczająca do uznania, że zaoferowane urządzenie nie spełniało wymogów SIWZ w zakresie posiadania czujnika przepełnienia tacy odbiorczej.

Odnosząc się zaś do podnoszonego w odwołaniu zarzut jakoby funkcja sygnalizacji przepełnienia tacy odbiorczej została uzyskana wskutek zastosowania dodatkowego, niegwarantowanego przez producenta w seryjnej produkcji, rozwiązania software’owego, należy zauważyć, iż zarzut ten nie był podnoszony przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izbą i nie został poparty żadnymi dowodami. Tymczasem Zamawiający przedstawił pisma dokumentujące, iż zwrócił się do autoryzowanego dystrybutora producenta zaoferowanej drukarki o potwierdzenie czy urządzenie to było w jakikolwiek sposób modyfikowane na potrzeby przedmiotowego postępowania, na co uzyskał odpowiedź negatywną. Jak wynika zatem z materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu odwoławczym w zaoferowanym urządzeniu nie wprowadzono jakichkolwiek modyfikacji, które prowadziłyby do uzyskania funkcji sygnalizującej przepełnienie tacy odbiorczej, w szczególności instalacji

odpowiedniego oprogramowania czy zastosowania innego rozwiązania software'owego. Odwołujący nie wykazał zaś okoliczności, które wskazywałyby na zasadność stawianego zarzutu, gdy tymczasem to na Odwołującym, zgodnie z art. 190 ust. 1 Ustawy Pzp spoczywał ciężar dowodu w przedmiotowym zakresie, to Odwołujący na powyższych okolicznościach opierał bowiem zarzut o niezgodności zaoferowanego urządzenia z wymaganiami SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp oraz art. 14 Ustawy Pzp w zw. z art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się również podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Egida, które złożyło w ofercie informacje nieprawdziwe wskazujące na posiadanie przez oferowane drukarki cech wymaganych przez zamawiającego, mimo iż drukarki te cech takich nie posiadają, a konsekwencji art. 24 ust. 4 poprzez poddanie oferty tego konsorcjum dalszemu badaniu i ocenie mimo iż powinna być ona traktowana jak oferta odrzucona.

Podkreślić należy, iż ponieważ to Odwołujący domagał się wykluczenia Przystępującego Egida z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp, to na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie. Tymczasem w ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł, iż Zamawiającemu w wyniku lekkomyślności czy niedbalstwa przedstawione zostały informacje wprowadzające w błąd ani nie wykazał, że błąd ten mógł mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu przez Zamawiającego. Dla zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp niezbędne jest spełnienie wszystkich wskazanych w nim przesłanek. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd powinno być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Skutkiem zaś powinno być pozostawanie przez Zamawiającego w błędnym, przekonaniu co do rzeczywistego stanu rzeczy. Jednocześnie błędne przekonanie Zamawiającego powinno mieć przełożenie na przebieg postępowania - istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z 3 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1243/17).

Tymczasem Odwołujący swoją argumentację w powyższym zakresie oparł wyłącznie na stwierdzeniu, że Przystępujący Egida przedstawił do testów urządzenie w innej wersji niż seryjna, w którym funkcję sygnalizacji przepelnienia tacy uzyskano dzięki instalacji odpowiedniego oprogramowania. Powyższa argumentacja nie została poparta żadnymi dowodami ani nie była poruszana przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izbą. Zamawiający – co wskazano już we wcześniejszej części niniejszego uzasadnienia – przedstawił zaś oświadczenie autoryzowanego dystrybutora testowanego urządzenia, wskazujące, iż produkt ten został wyprodukowany seryjnie i nie podlegał żadnym modyfikacjom. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, aby Przystępujący Egida przedstawił

w ofercie informacje, które mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd i to w taki sposób, że błąd ten miałby istotne przełożenie na podjęte w postępowaniu decyzje.

W konsekwencji nieuwzględnienia powyższych zarzutów, nie potwierdził się także stawiany przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust 3 Ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia Konsorcjum Egida, którego oferta nie jest najkorzystniejsza i tym samym udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy, a także zarzut naruszenia art. 14 Ustawy Pzp w zw. z art. 355 Kodeksu cywilnego poprzez brak zachowania należytej staranności w ocenie ofert i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Egida.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy, § 5 ust. 3 pkt 1) oraz § 3 pkt 1) i pkt 2) lit. b) 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz obciążając Odwołującego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600 zł (na podstawie faktury VAT z 28 grudnia 2017 r. złożonej do akt sprawy).

Przewodniczący: