

Sygn. akt: KIO 613/12

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2012 r. przez wykonawcę **Andrzeja Papierskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam Papierski, ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Warmińsko-Mazurskie reprezentowane przez Zarząd Województwa, ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn;**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Andrzeja Papierskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam Papierski, ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Andrzeja Papierskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam Papierski, ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od **Andrzeja Papierskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam Papierski, ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz** na rzecz **Województwa Warmińsko-Mazurskiego reprezentowanego przez Zarząd Województwa, ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Województwo Warmińsko-Mazurskie reprezentowane przez Zarząd Województwa, ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych - tuszy, tonerów, bębnow do urządzeń drukujących i kopiujących (drukarek, kserokopiarek, faksów).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

23 marca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznał ofertę wykonawcy KOMAX 9 ul. Przemysłowa 2, 10-418 Olsztyn (dalej: „KOMAX”), natomiast ofertę złożoną przez Andrzeja Papierskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam Papierski, ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz (dalej: „odwołujący” lub „MULTIKOM”) odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ uznał, że jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”).

28 marca 2012 r. MULTIKOM wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt.2, art. 7, art. art. 46 ust. 1 i 4a, art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp, poprzez bezprawny wybór oferty KOMAX i odrzucenie oferty odwołującego, zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej firmy MULTIKOM, która jest ofertą ważną i zgodną ze specyfikacją a także dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, względnie zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wnosil o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty za którą uznano ofertę KOMAX,
2. ponowną ocenę ofert i wybór oferty odwołującego,

albo

unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z odrzuceniem ofert wszystkich wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,

3. zwrot wadium na podstawie art. 46 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania MULTIKOM podnosił, że ocena ofert przeprowadzona przez zamawiającego jest nierzetelna, gdyż zamawiający doszukiwał się uchybień wyłącznie w ofertach na produkty równoważne. W dostarczonych przez MULTIKOM próbkach równoważnych materiałów eksploatacyjnych zamawiający stwierdził m. in.:

- brak daty przydatności,
- brak symbolu na kasecie,
- ślady użytkowania na kasecie (zarysowania, wypłowania, ślady nacięć),
- ślady usuwania naklejek,
- zabrudzenia proszkiem,
- wklejony chip,
- ułamany element,
- niezgodność symbolu na kasecie z symbolem na opakowaniu.

Odwołujący wskazywał, że zamawiający przedstawiając powyższe uwagi uznał, że do produkcji materiałów eksploatacyjnych zostały użyte składniki poprzednio eksploatowane, uzupełniane bądź przerabiane lub pochodzące z recyklingu. Tym samym kwestionował sposób produkcji oferowanych materiałów eksploatacyjnych. MULTIKOM wyjaśniał, że ślady użytkowania na kasecie np. zarysowania, wypłowania, ślady nacięć są wynikiem procesu wytwarzania wyrobu nie mającym żadnego wpływu na parametry i standardy jakościowe wyrobu (pojemność tonera, wydajność i jakość wydruku) czy jego nowość. Każdy wyprodukowany wkład drukujący przechodzi test prawidłowego działania w drukarkach i np. ślady rysek lub pojawiającego się proszku mogą być spowodowane przetestowaniem wkładu w drukarce lub powstać podczas transportu. Nie jest to natomiast znak wcześniejszego użytkowania produktu lub nieszczelności zbiornika. Zwracał uwagę, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego zarzucał wyłącznie sposób wytwarzania wyrobu, wskazując że chip został wklejony, nie wskazał przy tym, że jest to niezgodne z zapisami siwz. Odwołujący podkreślał, że producenci urządzeń również wklejają, wtapiają lub wkręcają chipy w swoich wkładach. Nazwany przez zamawiającego „ułamany element” nie jest dowodem na to że produkt był wcześniej używany, a jest to wyłącznie ślad mechanicznego uszkodzenia powstałego np. przy transporcie, niewłaściwe rozpakowanie lub eksploatowanie przez klienta. Ślady wyłamania są również przyczyną oddzielenia jednej formy obudowy od

drugiej. Natomiast brak daty przydatności, brak symbolu na kasecie lub niezgodność symbolu na kasecie z symbolem na opakowaniu w ocenie odwołującego również nie stanowi niezgodności produktu z wymogami siwz. W żadnym punkcie specyfikacji nie ma zapisu aby w równoważnym produkcie kaseta musiała zawierać takie dane jak symbol lub datę przydatności. MULTIKOM wyjaśniał, że symbole znajdują się na opakowaniu a data przydatności w karcie gwarancyjnej.

Odnosząc się do definicji materiału fabrycznie nowego zawartej w siwz wskazywał, że zapis ten odnosi się do wszystkich produktów, a nie wyłącznie do produktów równoważnych. W związku z powyższym żaden produkt, w tym również oryginalne zaoferowane przez pozostałych uczestników postępowania nie spełniają wymogów zamawiającego, bowiem nie posiadają terminów przydatności do użytku, w wielu przypadkach symbole na opakowaniu i wkładzie drukującym są inne lub nie ma ich wcale. Ponadto części produktów oryginalnych pochodzi z recyklingu o czym informują zapisy na opakowaniach wkładów drukujących lub w instrukcjach obsługi. Podnosił, że oryginalne materiały eksploatacyjne muszą posiadać na opakowaniach zewnętrznych: listę modeli urządzeń, do których dany materiał jest przeznaczony podczas gdy wkłady drukujące firmy Ricoh i Konica Minolta nie posiadają takich danych, a jednak nie stało się to podstawą odrzucenia wykonawców Paxer Sp. J., Komax, Praxis Łódź - w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp - mimo, że zaoferowali produkty Ricoh i Konica Minolta. Odwołujący podnosił, że zamawiający sprawdzał produkt pod względem walorów estetycznych, a nie spełniania wymagań zawartych w siwz. W jego ocenie podobne ślady znajdują się na oryginalnych wkładach drukujących, które zaoferowali pozostali uczestnicy postępowania. Zwracał uwagę, że zaoferowane wkłady równoważne, w tym próbki są oryginalnie zapakowane i nie noszące śladów otwierania, są wykonane z nowych elementów, bez śladów uszkodzenia i wcześniejszego użytkowania, posiadają zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem/tuszem, nie są produktami wadliwymi i nie występują negatywne komunikaty.

Następnie podnosił, że skoro zamawiający uznał, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji i odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp to powinien zgodnie z art. 46 ust. 1 Pzp zwrócić wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wskazywał, że w rozpoznawanym przypadku nie zachodzi również przesłanka, o której mowa w art. 46 ust. 4a Pzp, gdyż odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, złożył wszystkie dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w tym uzupełnił wszystkie próbki. W związku z powyższym, zdaniem odwołującego zamawiający bezpodstawnie zatrzymał wadium.

28 marca 2012 r. MULTIKOM przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

10 kwietnia 2012 r. podczas rozprawy zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu podnosił, że odwołujący się nie spełnił postawionego przez zamawiającego wymogu zawartego w siwz i do oferty nie dołączył żadnych próbek oferowanych materiałów. Zamawiający, działając zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, pismem z dnia 1 marca 2012 r., wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów (próbek) potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych w siwz. Dostarczone w dniu 6 marca 2012 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, próbki odwołującego zostały poddane przez zamawiającego czynnościom sprawdzającym, polegającym min. na sprawdzeniu:

- opakowań (musiały być oryginalnie zapakowane i nie noszące śladów otwierania);
- wykonania przedmiotu zamówienia z nowych elementów, bez śladów uszkodzenia i wcześniejszego użytkowania;
- posiadania wszelkich zabezpieczeń szczelności zbiorników z tonerem/tuszem;
- czy przedmiot zamówienia nie jest wadliwy.

Zamawiający wyjaśniał, że dostarczone próbki nie spełniają wymagań stawianych w siwz, gdyż na opakowaniach brak jest daty przydatności. Ponadto przesłane do testów materiały są wadliwe (w rozumieniu § 3 ust. 1 pkt 15 lit. f siwz) lub nie spełniają innych wymogów określonych w specyfikacji. W szczególności zamawiający podczas badania stwierdził: wysypujący się z kaset tonerów proszek (naruszenie § 3 ust. 1 pkt 15 lit. f siwz), brak oznaczenia daty przydatności (naruszenie § 3 ust. 1 pkt 17 siwz), brak symbolu oferowanego produktu na kasecie tonerów (naruszenie § 3 ust. 1 pkt 17 siwz), widoczne na kasetach tonerów (dostarczonych próbkach) zarysowania, wypilowania, zabrudzenia proszkiem innego koloru niż opisany na dostarczonej próbce, świadczące jednoznacznie o ponownym wykorzystaniu materiałów, z których wykonane zostały próbki (naruszenie w szczególności § 3 ust. 1 pkt 1, pkt 2, pkt 3, pkt 6 oraz pkt 15 lit. b) siwz).

Podnosił, że zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 18 siwz, to wykonawca, który oferuje rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania określone w siwz. Zdaniem zamawiającego za niewystarczające należy z całą pewnością uznać nie poparte żadnym dowodem twierdzenia odwołującego w tym zakresie, które nie znajdują potwierdzenia w faktach. Podkreślał, że wystąpienie już nawet jednego zastrzeżenia wobec sprawdzanego produktu, wskazującego, że oferta nie odpowiada treści siwz, pociąga za sobą skutek w postaci odrzucenia oferty, jako niezgodnej ze specyfikacją. Zamawiający wyjaśniał, że czynności sprawdzające wykazały

szereg (dających się stwierdzić naocznie) niezgodności oferowanych materiałów eksploatacyjnych z wymogami zawartymi w siwz. W jego ocenie dostarczone przez odwołującego próbki nie spełniają wymogów stawianych dla „materiału równoważnego” (zdefiniowanego w § 3 ust. 1 pkt 6 siwz), w szczególności nie stanowią materiałów „fabrycznie nowych” i „nieregenerowanych” (zdefiniowanych odpowiednio w § 3 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 siwz), a ponadto wysypujący się z kaset tonerów proszek jednoznacznie wskazuje, że próbki są wadliwe (w rozumieniu § 3 ust. 1 pkt 15 lit. f siwz).

Zamawiający podkreślał, że wobec powyższego nie budzącym wątpliwości było, że oferta MULTIKOM podlegała odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, który to przepis zamawiający prawidłowo zastosował.

Następnie zamawiający odniósł się do zarzutu naruszenia art. 46 ust. 1 i 4a Pzp i żądania zwrotu zatrzymanego wadium stwierdzając, że zarzuty w tym zakresie są również chybione. Na wstępie odwołując się do orzecznictwa Izby wskazał, że przepis art. 2 pkt 7a ustawy jednoznacznie przesądza o tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się z chwilą osiągnięcia jego celu, tj. dokonania wyboru wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa (lub wynegocjowania postanowień tej umowy w przypadku trybu z wolnej ręki). Zatem zatrzymanie wadium, dokonane po wyborze najkorzystniejszej oferty, jest czynnością podjętą po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego działanie zamawiającego polegające na zatrzymaniu wadium może być rozpatrywane wyłącznie w kategoriach roszczenia cywilnoprawnego, które pozostaje poza zakresem kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Niezależnie od powyższego podnosił, że wykładnia przepisu art. 46 ust. 4a ustawy, ograniczająca jego zastosowanie wyłącznie do sankcjonowania bierności wykonawców w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy powodowałaby, że przepis ten straciłby swój walor jako metoda eliminacji „zmów wykonawców”, gdyż wykonawca, który złożył tańszą ofertę miałby możliwość wycofania się z postępowania i odzyskania wadium w następstwie przedłożenia na wezwanie zamawiającego jakiegokolwiek dokumentu, nawet takiego, którym wcześniej się posłużył. Dlatego też zdaniem zamawiającego należy uznać, iż obowiązek wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń dotyczy nie tylko sytuacji, w której wykonawca nie złożył fizycznie wymaganych dokumentów lub oświadczeń, ale także sytuacji, w której ze złożonych dokumentów lub oświadczeń nie wynika potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych w siwz (art. 46 ust. 4a odnosi się wprost do art. 26 ust. 3 ustawy). Z uwagi na powyższe zamawiający uznał, że ocena, czy w świetle art. 46 ust. 4a ustawy wykonawca złożył - na wezwanie zamawiającego - wymagane dokumenty lub oświadczenia, winna być dokonana według tych samych zasad, co ocena dokonywana na gruncie art. 26 ust. 3 ustawy. Tym samym nie złożenie dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw na wezwanie

zamawiającego w świetle art. 46 ust. 4a ustawy, w opinii zamawiającego należy rozumieć nie tylko przypadek bierności wezwanego wykonawcy, ale także sytuację, w której wykonawca, tak jak w niniejszej sprawie przesyła próbki, które ewidentnie, obiektywnie nie spełniają wymogów określonych w siwz.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przesłaną przez zamawiającego, odpowiedź na odwołanie, materiał dowodowy, stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa fabrycznie nowych, nieregenerowanych materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących i kopiujących spełniających minimalne wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W specyfikacji w § 3 ust. 1 - Opis przedmiotu zamówienia - zamawiający sprecyzował szczegółowe wymagania dotyczące zamawianych materiałów. I tak:

2. Pod pojęciem „materiał fabrycznie nowy” zamawiający rozumie materiały eksploatacyjne wykonane z nowych elementów, wcześniej nie używane, nie pochodzące z recyklingu, bez elementów regenerowanych lub pochodzących z demontażu, bez śladów uszkodzenia, w oryginalnych opakowaniach producenta z widocznym logo, symbolem produktu i terminem przydatności do użytku nie krótszym niż 12 miesięcy od daty dostawy, posiadające wszelkie zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem/tuszem.
3. Pod pojęciem „materiał nieregenerowany” zamawiający rozumie materiały do produkcji których nie użyto składników poprzednio eksploatowanych, uzupełnianych bądź przerabianych. Nie dopuszcza się materiałów eksploatacyjnych, w których obudowa, chip bądź jakikolwiek inny element był powtórnie wykorzystany w procesie produkcji materiału.
4. Za „oryginalne materiały eksploatacyjne” należy uznawać takie materiały eksploatacyjne, które są zalecane przez producentów urządzeń, w których mają być stosowane, nie będące naśladownictwem lub przeróbką, nie fałszowane, nie posiadających elementów wcześniej używanych lub modyfikowanych. Muszą posiadać na opakowaniach zewnętrznych: logo i nazwę producenta, opis zawartości - symbol (kod) oferowanego produktu (typ tonera/tuszu /bębna), numer katalogowy, listę modeli urządzeń, do których dany materiał jest przeznaczony.
5. Pod pojęciem „zalecane przez producenta danego urządzenia” należy rozumieć te materiały eksploatacyjne (np. tusz, toner, bęben), które producent wymieni na swojej stronie internetowej przy opisie urządzenia (drukarki itp.) bądź w instrukcji obsługi urządzenia.

6. Pod pojęciem „materiał równoważny” zamawiający rozumie materiał o parametrach i standardach jakościowych nie gorszych, takich samych bądź lepszych (pojemność tonera, wydajność i jakość wydruku) w stosunku do materiału oryginalnego (wzorcowego), w pełni kompatybilny z urządzeniami pochodzącymi od firm wskazanych w formularzu specyfikacji cenowej. Jednocześnie musi on być fabrycznie nowy i nieregenerowany, a po jego zainstalowaniu w sprzęcie, na monitorze oraz panelu kontrolnym sprzętu nie mogą pojawiać się żadne negatywne komunikaty np. o nieoryginalności zastosowanego materiału (w przypadku, gdy produkt oryginalny posiada wbudowany układ scalony, który monitoruje proces druku i zużycie tuszu/tonera, produkt równoważny musi posiadać analogiczny element).
9. Dostawy materiałów eksploatacyjnych będą realizowane w terminie maksymalnie 3 dni roboczych licząc od daty otrzymania przez wykonawcę faksem pisemnego zamówienia. Za dni robocze uważa się dni od poniedziałku do piątku: z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy, w godzinach od 8:00 do 15:00.
15. W przypadku oferowania materiałów równoważnych produkt winien spełniać następujące wymagania:
 - a) oferowane materiały eksploatacyjne są w pełni kompatybilne z urządzeniami do którego są przeznaczone - wymienionymi w formularzu specyfikacji cenowej (załącznik nr 2), zwanego dalej: „FSC”;
 - b) do produkcji materiałów eksploatacyjnych nie zostały użyte składniki poprzednio eksploatowane, uzupełniane bądź przerabiane lub pochodzące z recyklingu,. Nie dopuszcza się materiałów eksploatacyjnych, w których obudowa, chip bądź jakikolwiek inny element był powtórnie wykorzystany w procesie produkcji materiału;
 - c) parametry i standardy jakościowe materiałów równoważnych muszą być nie gorsze, takie same bądź lepsze (np. pojemność tonera, wydajność i jakość wydruku) w stosunku do materiału oryginalnego (wzorcowego) -jednocześnie muszą być fabrycznie nowe i nieregenerowane, a po zainstalowaniu w sprzęcie, na monitorze oraz panelu kontrolnym sprzętu nie mogą pojawiać się żadne negatywne komunikaty. W przypadku, gdy produkt oryginalny posiada wbudowany układ scalony, który monitoruje proces druku i zużycie tuszu/tonera, produkt równoważny musi posiadać analogiczny element. Za negatywne komunikaty uznaje się wszelkie pojawiające się na urządzeniu lub pulpicie roboczym stanowiska pracy informacje o braku możliwości zastosowanego tonera/ tuszu powodujące niemożność skorzystania z funkcji drukowania lub kopiowania,
 - d) wydajność i jakość oferowanych materiałów eksploatacyjnych musi spełniać co najmniej minimalne wymagania produktu oryginalnego (wzorcowego), określonego w formularzu specyfikacji. cenowej.

f) Za wadliwy produkt równoważny, stanowiący przedmiot zamówienia, zamawiający uznaje w szczególności m. in.:

- wysypany lub wysypujący się tusz/toner, pobrudzone elementy obudowy lub części mechaniczne oferowanego produktu a także produkt brudzący papier po jego zainstalowaniu w urządzeniu drukującym lub części użyte do jego produkcji noszą ślady użytkowania,
- materiały eksploatacyjne, w których obudowa, chip bądź jakikolwiek inny element był powtórnie wykorzystywany w procesie produkcji materiału.

17. Materiały oferowane jako równoważne wymienione w formularzu specyfikacji cenowej, muszą być dostarczone w oryginalnych opakowaniach producenta: z nazwą producenta, logo producenta, symbolem (kodem) oferowanego produktu (typ tonera/tuszu/bębna), listą modeli urządzeń, do których dany materiał jest przeznaczony (lista kompatybilności).

18. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

W specyfikacji w § 10 powtórzono wymaganie wskazane w § 3 ust. 1 pkt 18. Zamawiający w pkt 1 wskazał, że do składanej oferty należy dołączyć produkt równoważny – próbka (tester). Wykonawca jest zobowiązany do nieodpłatnego, dołączenia do oferty po 1 szt. próbek proponowanego równoważnego materiału eksploatacyjnego.

W pkt 1.3 zamawiający zastrzegł sobie prawo do nieodpłatnego przetestowania załączonych produktów równoważnych bez ponoszenia kosztów finansowych z tego tytułu.

W pkt. 1.5 zamawiający określił, że sprawdzenie, testowanie próbek (testerów) będzie polegać w szczególności na :

- sprawdzeniu opakowań (muszą być oryginalnie zapakowane i nie noszące śladów otwierania);
- sprawdzeniu wykonania przedmiotu zamówienia z nowych elementów, bez śladów uszkodzenia i wcześniejszego użytkowania;
- sprawdzeniu posiadania wszelkich zabezpieczeń szczelności zbiorników z tonerem/tuszem; - sprawdzeniu czy przedmiot zamówienia nie jest wadliwy;
- sprawdzeniu w urządzeniu drukującym - kopiującym na okoliczność występowania negatywnych komunikatów;
- wykonania innych czynności sprawdzających zgodnych z założeniami siwz i oświadczeniami wykonawcy.

W pkt. 1.6 ww. paragrafu zamawiający poinformował, że oferowany materiał eksploatacyjny równoważny uznaje za nieodpowiadający wymaganiom określonym w siwz przedmiot zamówienia (wadliwy) gdy wystąpią przesłanki opisane w § 3 ust. 1 pkt 15 lit. f).

Zamawiający opracował wzór formularza ofertowego (załącznik nr 1 do siwz). W pkt 7 ww. załącznika podano: „Oświadczamy, że udzielamy 12 miesięcznej gwarancji na dostarczone materiały eksploatacyjne, liczonej od dnia dostawy, w ramach której zobowiązujemy się do wymiany wadliwych materiałów eksploatacyjnych na wolne od wad, w czasie 48 godzin (w dni robocze) od daty pisemnego zgłoszenia wady przez Zamawiającego”.

W legendzie załącznika nr 2 – Formularz specyfikacji cenowej – „** kolumna 4 – Wykonawca powinien opisać proponowany produkt w sposób umożliwiający dokonanie przez Zamawiającego oceny zgodności jego parametrów technicznych i jakościowych we wskazanym w kolumnie 3 produktem wzorcowym. W szczególności należy wpisać pojemność oraz jego wydajność”.

Z ustaleń Izby wynika, że odwołujący w złożonej ofercie w formularzu cenowym zaoferował produkty równoważne w pozycjach:

- poz. 77 - Multikom EHP.540AN,
- poz. 78 – Multikom EHP.541AN,
- poz. 79 - Multikom EHP.542AN,
- poz. 80 - Multikom EHP.543AN,
- poz. 81 - Multikom EHP.530AN,
- poz. 82 - Multikom EHP.531AN,
- poz. 83 - Multikom EHP.532AN,
- poz. 84 - Multikom EHP.533AN,
- poz. 90 - Multikom EHP.000AN,
- poz. 91 - Multikom EHP.001AN,
- poz. 92 - Multikom EHP.002AN,
- poz. 93 - Multikom EHP.003AN,
- poz. 215 - Multikom EHP.436AN,
- poz. 217 - Multikom EHP.12AN.

MULTIKOM złożył również formularz ofertowy wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do siwz, w którym w pkt 7 oświadczył, że udziela 12 miesięcznej gwarancji na dostarczone materiały eksploatacyjne, liczonej od dnia dostawy, w ramach której zobowiązujemy się do wymiany wadliwych materiałów eksploatacyjnych na wolne od wad, w czasie 48 godzin (w dni robocze) od daty pisemnego zgłoszenia wady przez zamawiającego.

Z ustaleń Izby wynika, że odwołujący do złożonej oferty nie dołączył żadnych próbek oferowanych materiałów równoważnych. Zamawiający pismem z dnia 1 marca 2012 r., w trybie z art. 26 ust. 3 ustawy, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów (próbek) potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych w siwz. MULTIKOM na wezwanie zamawiającego dostarczył w dniu 6 marca 2012 r. próbki wymagane dla materiałów eksploatacyjnych równoważnych, co nie jest sporne między stronami.

Zamawiający pismem z dnia 23 marca 2011 r. poinformował odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o tym, że jego ofertę odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji. W uzasadnieniu pisma podnosił, że próbki dostarczone przez odwołującego zostały poddane przez zamawiającego czynnościom sprawdzającym, polegającym min. na:

- sprawdzeniu opakowań (musiały być oryginalnie zapakowane i nie noszące śladów otwierania);
- sprawdzeniu wykonania przedmiotu zamówienia z nowych elementów, bez śladów uszkodzenia i wcześniejszego użytkowania;
- sprawdzeniu posiadania wszelkich zabezpieczeń szczelności zbiorników z tonerem/tuszem;
- sprawdzeniu czy przedmiot zamówienia nie jest wadliwy.

W uzupełnionych 14 próbkach równoważnych materiałów eksploatacyjnych zamawiający stwierdził, że :

1) poz. 77 - MULTIKOM EHP.540AN

- brak daty przydatności,
- brak symbolu na kasecie,
- ślady użytkowania na kasecie (zarysowania)
- ślady usuwania naklejek,
- zabrudzenia czarnym proszkiem,

2) poz. 78 MULTIKOM EHP.541AN

- brak daty przydatności,
- brak symbolu na kasecie,
- ślady użytkowania na kasecie (zarysowania)
- zabrudzenia niebieskim proszkiem

3) poz.79 MULTIKOM EHP.542AN

- brak daty przydatności,
- brak symbolu na kasecie,

- zabrudzenia żółtym proszkiem
- 4) poz. 80 MULTIKOM EHP.543AN
- brak daty przydatności,
 - zabrudzenia żółtym i czerwonym proszkiem
 - niezgodność symbolu na kasecie z symbolem na opakowaniu
- 5) poz. 81 MULTIKOM EHP.530AN
- brak daty przydatności
 - brak symbolu na kasecie
 - wklejony chip
 - ślady użytkowania na kasecie (zarysowania)
- 6) poz. 82 MULTIKOM EHP.531AN
- brak daty przydatności
 - brak symbolu na kasecie
 - wklejony chip
 - zabrudzenia niebieskim proszkiem
- 7) poz. 83 MULTIKOM EHP.532AN
- brak daty przydatności
 - brak symbolu na kasecie,
 - zabrudzenia żółtym proszkiem
- 8) poz. 84 MULTIKOM EHP.533AN
- brak daty przydatności
 - brak symbolu na kasecie,
 - zabrudzenia czerwonym proszkiem
- 9) poz. 90 MULTIKOM EHP.000AN
- brak daty przydatności
 - brak symbolu na kasecie
 - wklejony chip
 - zabrudzenia żółtym proszkiem (proszek tonera w kolorze czarnym)
 - ślady użytkowania na kasecie (zarysowania, wypłowania)
- 10) poz. 91 MULTIKOM EHP.001AN
- brak daty przydatności
 - brak symbolu na kasecie
 - zabrudzenia czerwonym proszkiem, wysypujący się proszek z tonera
- 11) poz. 92 MULTIKOM EHP.002AN
- brak daty przydatności
 - brak symbolu na kasecie
 - wysypujący się proszek

- ułamany element
- ślady nacięć, wypiłowań

12) poz. 93 MULTIKOM EHP.003AN

- brak daty przydatności
- brak symbolu na kasecie
- wklejony chip
- zabrudzenia żółtym proszkiem (toner w kolorze czerwonym),
- ślady usuwania naklejek

13) poz. 215 MULTIKOM EHP.436AN

- brak daty przydatności
- brak symbolu na kasecie

14) poz. 217 MULTIKOM EHP.12AN

- brak daty przydatności
- niezgodność symbolu na kasecie z symbolem na opakowaniu
- zabrudzenia czarnym proszkiem

Izba podczas rozprawy przeprowadziła oględziny 14 próbek materiałów równoważnych złożonych przez MULTIKOM i w zakresie poszczególnych próbek stwierdziła:

1) toner MULTIKOM EHP.540AN (poz. 77 FSC):

- brak daty przydatności na pudełku oraz kasecie,
- brak symbolu na kasecie,
- zarysowania oraz ślady kleju na obudowie,
- zabrudzenia czarnym proszkiem na bębnie i osłonie (proszek w kolorze tonera),

2) toner MULTIKOM EHP.541AN (poz. 78 FSC):

- brak daty przydatności na pudełku oraz kasecie,
- brak symbolu na kasecie,
- zarysowania na obudowie,
- zabrudzenia niebieskim proszkiem (proszek w kolorze tonera),

3) toner MULTIKOM EHP.542AN (poz. 79 FSC):

- brak daty przydatności na pudełku oraz kasecie,
- brak symbolu na kasecie,
- zabrudzenia żółtym proszkiem na bębnie i osłonie (proszek w kolorze tonera),

4) toner MULTIKOM EHP.543AN (poz. 80 FSC):

- brak daty przydatności na pudełku oraz kasecie,
- zabrudzenia żółtym i czerwonym proszkiem na bębnie i osłonie (kolor tonera czerwony),

- niezgodność symbolu na kasecie z symbolem na opakowaniu (nalepka na obudowie tonera posiadająca oznaczenie LHCB543A, na kartonie znajduje się oznaczenie EHP.543AN),

5) toner MULTIKOM EHP.530AN (poz. 81FSC):

- brak daty przydatności na pudełku oraz kasecie,
- brak symbolu na kasecie,
- chip – urwana część zabezpieczająca, zgrzewana część,
- zarysowania,

6) toner MULTIKOM EHP.531AN (poz. 82 FSC):

- brak daty przydatności na pudełku oraz kasecie,
- brak symbolu na kasecie,
- chip – urwana część zabezpieczająca, zgrzewana część,
- zabrudzenia niebieskim proszkiem (proszek w kolorze tonera),

7) toner MULTIKOM EHP.532AN (poz. 83 FSC):

- brak daty przydatności na pudełku oraz kasecie,
- brak symbolu na kasecie,
- zabrudzenia żółtym proszkiem (proszek w kolorze tonera),

8) toner MULTIKOM EHP.533AN (poz. 84 FSC):

- brak daty przydatności na pudełku oraz kasecie,
- brak symbolu na kasecie,
- zabrudzenia czerwonym proszkiem (proszek w kolorze tonera),

9) toner MULTIKOM EHP.000AN (poz. 90 FSC):

- brak daty przydatności na pudełku oraz kasecie,
- brak symbolu na kasecie,
- chip – urwana część zabezpieczająca, zgrzewana część,
- zabrudzenia żółtym proszkiem (proszek tonera w kolorze czarnym),
- zarysowania na obudowie,

10) toner MULTIKOM EHP.001AN (poz. 91 FSC):

- brak daty przydatności na pudełku oraz kasecie,
- brak symbolu na kasecie,
- zabrudzenia czerwonym, żółtym i niebieskim proszkiem (proszek tonera w kolorze niebieskim),

11) toner MULTIKOM EHP.002AN (poz. 92 FSC):

- brak daty przydatności na pudełku oraz kasecie,
- brak symbolu na kasecie,
- wysypujący się żółty proszek,
- zabrudzenia żółtym i czerwonym proszkiem (kolor tonera w kolorze żółtym),

- brak ułamanego elementu,
- ślady uszkodzeń w elementach obudowy (nacięcia),

12) toner MULTIKOM EHP.003AN (poz. 93 FSC):

- brak daty przydatności na pudełku oraz kasecie,
- brak symbolu na kasecie,
- chip – urwana część zabezpieczająca, zgrzewana część,
- zabrudzenia żółtym proszkiem (toner w kolorze czerwonym),
- ślady kleju na obudowie,

13) toner MULTIKOM EHP.436AN (poz. 215 FSC):

- brak daty przydatności na pudełku oraz kasecie,
- brak symbolu na kasecie,

14) toner MULTIKOM EHP.12AN (poz. 217 FSC):

- brak daty przydatności na pudełku oraz kasecie,
- na obudowie tonera nalepka z oznaczeniem PD-612A, na pudełku oznaczenie EHP12AM,
- zabrudzenia czarnym proszkiem (kolor tonera czarny).

W zakresie pozycji 81 i 82 FSC dla porównania zamawiający okazał oryginalny toner HP oznaczony 125A (CB542) który zawierał chip, który jest wsuwany i następnie został zabezpieczony. Dla porównania materiału równoważnego zaoferowanego przez odwołującego z poz. 90 FSC zamawiający okazał Izbie oryginalny toner HP 124 Black w którym konstrukcja chipa wyglądała w sposób opisany powyżej. Podczas oględzin Izba stwierdziła, że wszystkie próbki ww. tonerów zostały zapakowane w kartonowe pudełka oraz w folie bąbelkowe, które nie nosiły śladów uszkodzeń. Po przeprowadzeniu oględzin odwołujący oświadczył, że próbki materiałów równoważnych zostały prawidłowo zapakowane i zabezpieczone oraz nie uległy uszkodzeniu.

W poczet materiału dowodowego Izba włączyła złożoną na rozprawie opinię techniczną sporządzoną przez Bydgoski Dom Technika NOT – Zespół Usług Technicznych Bydgoszcz na zlecenie odwołującego, w przedmiocie stwierdzenia czy przedstawione do badania tonery do drukarek laserowych są nowymi zamiennikami, czy są to kasety regenerowane.

W treści opinii wskazano, że do oceny badania przedstawiono m. in. tonery z pozycji 2.3.1 (nr seryjny 7VNO6B45ZHCNNCF2356) oraz 2.4.1. (nr seryjny IXNO6B45XDCCNNCF2358).

W pkt. 3 opinii – Wnioski – podano:

- „3.1 Stwierdzam, że wszystkie przedstawione do badania tonery do drukarek laserowych nie noszą śladów eksploatacji.
- 3.2 Stwierdzam, że wszystkie przedstawione do badania tonery do drukarek laserowych posiadają prawidłowe zabezpieczenia i plomby.
- 3.3 Metoda montażu chipa w kasecie poprzez jego wklejanie – nie uprawnia w tym przypadku do stwierdzenia, że kasety były wcześniej użytkowane.
- 3.4 Stwierdzam, że wszystkie przedstawione do badania tonery do drukarek laserowych są zamiennikami tonerów firmowych, są nowe (nie są regenerowane, refabrykowane ani ponownie napełniane)”.

Powyższa opinia została podpisana przez Rzecznawcę ZUT NOT ds. elektroniki i informatyki Pana Mieczysława Gherke.

Podczas rozprawy odwołujący okazał Izbie tonery o nr seryjny 7VN06B45ZHCNNFC2356 oraz nr seryjny IXN06B45XDCNNNFC2358, które na obudowie posiadały zabrudzenia tonerem, a zgodnie z twierdzeniami odwołującego podlegały badaniu ww. eksperta (poz. 2.3.1 i poz. 2.4.1). ponadto odwołujący oświadczył, że badaniu eksperta nie podlegały próbki przekazane zamawiającemu ale produkty z tej samej serii co próbki, które znajdowały się w posiadaniu zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołujących w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w siwz w § 3 ust. 1 - opis przedmiotu zamówienia - w sposób jasny i klarowny określił wymagania zamawianych urządzeń. Definicje, którymi posłużył się zamawiający w punktach od 2 do 6 są jednoznaczne i nie budzące wątpliwości. Z treści pkt. 6 wynika wprost, że zamawiający dopuścił zastosowanie materiałów równoważnych jednakże z definicji pojęciem „materiał równoważny” zawartej w powyższym punkcie wynika, że materiał równoważny – to materiał o parametrach i standardach jakościowych nie

gorszych, takich samych bądź lepszych (pojemność tonera, wydajność i jakość wydruku) w stosunku do materiału oryginalnego (wzorcowego), w pełni kompatybilny z urządzeniami pochodzącymi od firm wskazanych w formularzu specyfikacji cenowej. W dalszej części tego pojęcia zamawiający wskazuje, że materiał równoważny musi być fabrycznie nowy. Zatem w tym zakresie należy się posilkować definicją materiału fabrycznie nowego, która została zawarta pkt. 2, w którym wskazano, że „materiał fabrycznie nowy” to materiał eksploatacyjny wykonany z nowych elementów, wcześniej nie używanych, nie pochodzących z recyklingu, bez elementów regenerowanych lub pochodzących z demontażu, bez śladów uszkodzenia, w oryginalnych opakowaniach producenta z widocznym logo, symbolem produktu i terminem przydatności do użytku nie krótszym niż 12 miesięcy od daty dostawy, posiadające wszelkie zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem/tuszem.

Bezspornym jest, że wszystkie opakowania, w których dostarczono próbki materiałów równoważnych oferowanych przez odwołującego nie zawierają wymaganych przez zamawiającego informacji o terminie przydatności do użytku.

Izba wskazuje, że brak tych informacji wprost przesądza o niezgodności oferty odwołującego ze specyfikacją. Nie sposób uznać za prawidłową ofertę przedłożoną w takim kształcie i tylko na podstawie ogólnych deklaracji zawartych w ofercie oraz wyjaśnień złożonych na rozprawie przyjąć, że oferta odpowiada treści siwz.

Izba uznała za chybioną argumentację MULTIKOM, który podnosił, że w przedmiotowej sprawie wystarczającym jest oświadczenie woli wykonawcy złożone za pomocą podpisanego przez wykonawcę formularza ofertowego (pkt.7), w którym oświadczył, że udziela 12 miesięcznej gwarancji na dostarczone materiały eksploatacyjne, liczonej od dnia dostawy, w ramach której zobowiązał się do wymiany wadliwych materiałów eksploatacyjnych na wolne od wad, w czasie 48 godzin (w dni robocze) od daty pisemnego zgłoszenia wady przez zamawiającego.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że określenie „terminu przydatności do użytku” jest określeniem innym niż „termin gwarancji”. Powyższych pojęć nie można utożsamiać, gdyż mają one zdecydowanie inne znaczenie i nie dotyczą tych samych kwestii. Termin przydatności do użytku oznacza, że określony produkt może być użytkowany w danym okresie czasu a po jego upływie nie powinien być wykorzystywany z uwagi na utratę pewnego rodzaju cech, które są przypisane produktowi tylko w okresie przydatności do użytkowania, np. w przypadku tonerów może nastąpić skwalanie, zasychanie określonego rodzaju substancji. Zaś co do określenia „terminu gwarancji” to nie budzącym wątpliwości

jest, że jest to termin związany z ochroną kupującego – to jest uprawnionego z gwarancji – przed konsekwencjami nieprawidłowego działania przedmiotu objętego gwarancją. W tym terminie gwarant ponosi odpowiedzialność z tytułu gwarancji co do jakości sprzedanego przedmiotu i jest zobowiązany wykonywać świadczenia gwarancyjne bądź własnymi siłami, bądź przez osobę trzecią (np. zakład serwisu gwarancyjnego, który jest autoryzowany przez gwaranta) w ramach umowy z art. 393 k.c. (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 1979 r., III CZP 9/79, OSNCP 1979, nr 7-8, poz. 146; orzeczenie SN z dnia 17 czerwca 1985 r., I CR 149/85, OSNCP 1986, nr 3, poz. 38). Usunięcie wad rzeczy może zostać zrealizowane przez czynności naprawcze albo przez zastąpienie wadliwych elementów lub podzespołów nowymi, niewadliwymi. Wyboru między tymi sposobami usuwania wad dokonuje gwarant.

Z powyższego wynika, że pojęcia: „termin przydatności do użytku” i „termin gwarancji” nie są pojęciami, które można stosować zamiennie. Z uwagi na powyższe argumentację prezentowaną przez odwołującego, odnoszącą się do braku na opakowaniu produktów terminu przydatności do użycia, z wykorzystaniem terminu gwarancji zawartego w formularzu ofertowym oraz karcie gwarancyjnej urzędnika, należy uznać za błędną, gdyż terminy w obu dokumentach nie są ze sobą powiązane i dotyczą innych okoliczności związanych z dostawą materiałów.

Nie sposób zgodzić się również ze stanowiskiem odwołującego prezentowanym na rozprawie, że niemożliwym jest zamieszczenie na opakowaniu produktu informacji w zakresie terminu przydatności do użytku, gdyż termin dostawy, który jest konieczny do ustalenia odpowiedniej daty (minimum 12 m-cy od daty dostawy) nie został przez zamawiającego określony, bowiem dostawy mają odbywać się sukcesywnie, tj. dostawy materiałów eksploatacyjnych będą realizowane w terminie maksymalnie 3 dni roboczych licząc od daty otrzymania przez wykonawcę faksem pisemnego zamówienia. Zdaniem Izby okres 3 dni roboczych jest czasem wystarczającym do zamieszczenia tego rodzaju informacji na opakowaniu produktu. Wykonawca w ułatwiając sobie zamieszczanie ww. informacji na pudełkach produktów może posłużyć się chociażby gotowymi nalepkami zawierającymi datę przydatności do użytku, które każdorazowo będą przyklepane na opakowaniu produktu. Podkreślić należy, że zamawiający wymagał terminu przydatności do użytku nie krótszego niż 12 miesięcy od daty dostawy. Podczas rozprawy odwołujący oświadczył, że jego produkty posiadają dożywną przydatność do użytku. Zatem w kontekście powyższego zamieszczenie na opakowaniu produktu informacji w zakresie daty przydatności do użytku nie powinno być dla wykonawcy znacznym utrudnieniem.

Wobec tego Izba uznała, że niezamieszczenie przez MULTIKOM na opakowaniu zaferowanych materiałów równoważnych wymaganych przez zamawiającego informacji o dacie przydatności do użytku, jest nieprawidłowe. Tym samym stwierdziła, że czynność

zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty ww. wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp z uwagi na jej niezgodność z treścią siwz w niniejszym zakresie, była uzasadniona.

Kolejno Izba odniosła się do odrzucenia przez zamawiającego oferty MULTIKOM z powodu braku symbolu produktu na kasecie. W tym zakresie Izba stwierdziła niezasadność czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego.

Z ustaleń Izby dokonanych w oparciu o przytoczone powyżej postanowienia siwz wynikało, że zamawiający wymagał aby opakowanie produktu równoważnego zawierało widoczne logo oraz symbol produktu (§ 3 ust. 1 pkt 6 w zw. z pkt 2 tego paragrafu).

Z § 3 ust. 1 pkt 17 siwz do którego odwoływał się zamawiający również nie wynika obowiązek zamieszczenia symbolu produktu na kasecie, gdyż w jego treści określono, że materiały oferowane jako równoważne wymienione w formularzu specyfikacji cenowej, muszą być dostarczone w oryginalnych opakowaniach producenta: z nazwą producenta, logo producenta, symbolem (kodem) oferowanego produktu (typ tonera/tuszu/bębna), listą modeli urządzeń, do których dany materiał jest przeznaczony (lista kompatybilności).

Wobec tego wymaganie przez zamawiającego od wykonawcy aby symbol produktu znajdował się również na kasecie produktu należy uznać za nieuprawnione.

Podczas rozprawy zamawiający wyjaśniał, że po wyjęciu produktu z opakowania, w przypadku braku symbolu na kasecie, utrudniona będzie jego dalsza identyfikacja i może zaistnieć sytuacja, że nastąpi zamiana produktów, której zamawiający nie będzie mógł zapobiec, gdyż nie będzie w stanie porównać oznaczeń na produkcie (kasecie) i jego opakowaniu.

Izba wskazuje, że intencje zamawiającego w tym przypadku są jak najbardziej słuszne jednakże nie znajdują one odzwierciedlenia w treści specyfikacji. Izba wyjaśnia, że skoro zamawiający chciał aby wykonawcy zamieścili symbol produktu nie tylko na opakowaniu a również na kasecie produktu winien dać temu wyraz formułując odpowiednie postanowienia siwz w tym zakresie, a nie na etapie badania i oceny ofert wymagać aby produkty zaofertowane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadały symbol produktu na kasecie.

Izba zwraca uwagę, że specyfikacja jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. W tej kwestii Izba w pełni podziela stanowisko Izby prezentowane w wyroku z dnia 30 marca 2012 r. sygn. akt KIO 510/12 w stwierdzono: „(...) z jednej strony określa wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które mają spełniać oferty, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego

względu badając i oceniając oferty zamawiający zobowiązany jest interpretować siwz tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Trzeba bowiem podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w siwz. Jednocześnie podkreślić trzeba, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. (...)"

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że oferta odwołującego nie jest niezgodna z siwz z uwagi na brak symbolu produktu na kasecie na przedstawionych przez odwołującego próbkach materiałów równoważnych (z wyjątkiem poz. 80, poz. 217), gdyż zamawiający w treści specyfikacji nie zawarł takiego wymogu.

Następnie Izba odniosła się zarzutów dotyczących niezgodność oferty MULTIKOM z treścią siwz w zakresie śladów zarysowań, nacięć, wypiłowań oraz śladów usuwania naklejek, co zdaniem zamawiającego świadczyło jednoznacznie o ponownym wykorzystaniu materiałów, z których wykonane zostały próbki.

Precyzując pojęcie materiału równoważnego zamawiający określił, że pod tym pojęciem rozumie materiał fabrycznie nowy i nieregenerowany. Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 2 „materiał fabrycznie nowy” to materiały eksploatacyjne wykonane z nowych elementów, wcześniej nie używane, nie pochodzące z recyklingu, bez elementów regenerowanych lub pochodzących z demontażu, bez śladów uszkodzenia.

W pkt 3 zamawiający podał, że pod pojęciem „materiał nieregenerowany” rozumie materiały do produkcji których nie użyto składników poprzednio eksploatowanych, uzupełnianych bądź przerabianych. Nie dopuszcza się materiałów eksploatacyjnych, w których obudowa, chip bądź jakikolwiek inny element był powtórnie wykorzystany w procesie produkcji materiału.

W pkt. 15 lit. b) zamawiający sprecyzował, że w przypadku oferowania materiałów równoważnych produkt winien spełniać następujące wymagania, tj. do produkcji materiałów eksploatacyjnych nie zostały użyte składniki poprzednio eksploatowane, uzupełniane bądź przerabiane lub pochodzące z recyklingu,. Nie dopuszcza się materiałów eksploatacyjnych,

w których obudowa, chip bądź jakikolwiek inny element był powtórnie wykorzystany w procesie produkcji materiału.

Według § 3 ust. 1 pkt 15 lit f) za wadliwy produkt równoważny, stanowiący przedmiot zamówienia, zamawiający uznaje w szczególności m. in.:

- wysypany lub wysypujący się tusz/toner, pobrudzone elementy obudowy lub części mechaniczne oferowanego produktu a także produkt brudzący papier po jego zainstalowaniu w urządzeniu drukującym lub części użyte do jego produkcji noszą ślady użytkowania,
- materiały eksploatacyjne, w których obudowa, chip bądź jakikolwiek inny element był powtórnie wykorzystywany w procesie produkcji materiału.

Z ustaleń Izby wynika, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego uznając, że przedstawione próbki produktów równoważnych w pozycjach FSC: 77, 78, 81, 90, 92, 93 posiadają zarysowania, nacięć, wypłowań oraz śladów usuwania naklejek, co zdaniem zamawiającego świadczyło jednoznacznie o ponownym wykorzystaniu materiałów z których zostały wykonane próbki przedstawione zamawiającemu.

Izba nie podziela stanowiska prezentowanego w tej kwestii przez zamawiającego. Zdaniem Izby fakt znajdowania się na produktach drobnych zarysowań oraz niewielkich ilości kleju nie przesądza o tym, że produkt nie jest fabrycznie nowy czy też regenerowany, a w konsekwencji o jego wadliwości w rozumieniu postanowień siwz.

Izba wyraża pogląd, że zarysowania, drobne nacięcia czy też ślady kleju po usunięciu naklejek znajdujące się na produkcie nie świadczą o tym, że produkt jest uszkodzony. Natomiast zamawiający nie wykazał podczas rozprawy aby tego rodzaju uchybienia miały wpływ na jakość czy też możliwość użytkowania produktu.

Za nieuprawniony Izba uznała także pogląd zamawiającego, który z faktu znajdowania się na produkcie zarysowań, nacięć czy też nieznacznych ilości kleju wywodził, że produkt był wcześniej używany, a zatem nie można go uznać za fabrycznie nowy.

W tym zakresie Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia odwołującego, który wskazywał, że do produkcji tego rodzaju tonerów używa obudów sprowadzanych z zagranicy, które są czasami są zaopatrzone nalepki zawierające dane, które można uznać za sensytywne. W związku z powyższym zarysowania czy też nacięcia powstają podczas ich usuwania z obudów. Stąd też na niektórych obudowach produktu pozostały ślady kleju po nalepkach. MULTIKOM wyjaśniał również, że w przypadku gdy nalepki nie zawierają jedynie dane obojętne wówczas są pozostawiane na obudowach, co można było zaobserwować na próbkach odnoszących się do produktów wymienionych w poz. 80 i 217 FSC.

Zamawiający podczas rozprawy nie przedstawił, żadnych dowodów z których wynikałoby, że określone elementy eksploatacyjne produktów zaoferowanych przez odwołującego były poprzednio eksploatowane, uzupełniane lub przerabiane a tym samym nie są fabrycznie nowe a odwoływał się jedynie do treści siwz, tj. § 3 ust. 1 pkt 18 - z którego wynika, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane przez zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Izba wskazuje, że w sytuacji gdy zamawiający twierdzi, że produkty zaoferowane przez odwołującego nie są fabrycznie nowe, ponieważ noszą znamiona eksploatacji to właśnie na zamawiającym - zgodnie z art. 6 k.c., który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne - spoczywa ciężar dowodzenia w rozpoznawanej kwestii.

Biorąc pod uwagę powyższe w ocenie Izby zamawiający nie miał podstaw do uznania, że odwołujący zaoferował produkty wadliwe, a w konsekwencji do odrzucenia ofert MULITIKOM jako nie zgodnej z wymaganiami siwz.

Podczas oględzin dokonanych w toku rozprawy Izby nie stwierdziła również uszkodzenia tonera Multikom EHP.002AN (poz. 92 FSC) w postaci „ułamane elementu”. Zamawiający również nie potrafił odnaleźć uszkodzenia na które powołał się w uzasadnieniu zawiadomienia odrzucenia oferty MULIKOM. W związku z powyższym Izba nie stwierdziła również w tym zakresie niezgodności oferty odwołującego z siwz.

Następnie Izba odnosiła się do niezgodności oferty odwołującego z treścią specyfikacji z uwagi na znajdujący się w produktach MULTIKOM „wklejony chip”, stwierdzając, że sposób zamontowania chipa w produkcie nie przesądza o tym, że był on już wcześniej wykorzystywany.

Zdaniem Izby z porównania produktów zaoferowanych przez MULTIKOM z produktami oryginalnymi firmy HP, w celu wykazania wadliwości produktów odwołującego, nie wynika nic więcej poza tym, że sposób montażu chipów w porównywanych produktach jest odmienny. W produktach firmy HP chip jest najprawdopodobniej zgrzewany natomiast w produktach MULIKOM - jak oświadczył odwołujący - jest wklejany. Jednakże jedynie z powyższego nie sposób wywieść, że produkt oferowany przez odwołującego jest wadliwy. Zamawiający postanowieniami siwz nie wykluczył tego rodzaju zamontowania chipa a wskazał jedynie, że chip bądź jakkolwiek inny element nie może być powtórnie wykorzystywany w procesie produkcji materiału.

Zamawiający podczas rozprawy nie przedstawił, żadnych dowodów z których wynikałoby, że chipy zamontowane w produktach odwołującego poprzez wklejenie były powtórnie wykorzystywane w procesie produkcji materiału, a w związku z tym należy uznać je za wadliwe.

Wobec tego w opinii Izby zamawiający nie miał podstaw do uznania, że odwołujący zaferował produkty wadliwe, a w konsekwencji do odrzucenia ofert MULTIKOM jako nie zgodnej z wymaganiami siwz.

Kolejno Izba zbadała zarzut niezgodności oferty MULTIKOM z treścią siwz w zakresie występowania w próbkach przedstawionych zamawiającemu zabrudzeń proszkowych czy też wysypywania się proszku z produktu. Po dokonaniu analizy oraz oględzin w tym zakresie Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania należy uznać za bezzasadne.

Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 15 lit. f) tiret pierwszy siwz za wadliwy produkt równoważny, stanowiący przedmiot zamówienia, zamawiający uznaje w szczególności: wysypany lub wysypujący się tusz/toner, pobrudzone elementy obudowy lub części mechaniczne oferowanego produktu a także produkt brudzący papier po jego zainstalowaniu w urządzeniu drukującym lub części użyte do jego produkcji noszą ślady użytkowania.

Podczas oględzin próbek, dostarczonych przez MULTIKOM zamawiającemu, dokonanych podczas rozprawy Izba stwierdziła, że wszystkie próbki produktów równoważnych opisanych w poniższych pozycjach noszą ślady zabrudzeń a w jednym przypadku mamy do czynienia z wysypywaniem się proszku z próbki (pkt 10). I tak:

1. toner MULTIKOM EHP.540AN (poz. 77 FSC) - zabrudzenia czarnym proszkiem na bębnie i osłonie (proszek w kolorze tonera),
2. toner MULTIKOM EHP.541AN (poz. 78 FSC) - zabrudzenia niebieskim proszkiem (proszek w kolorze tonera),
3. toner MULTIKOM EHP.542AN (poz. 79 FSC) - zabrudzenia żółtym proszkiem na bębnie i osłonie (proszek w kolorze tonera),
4. toner MULTIKOM EHP.543AN (poz. 80 FSC) - zabrudzenia żółtym i czerwonym proszkiem na bębnie i osłonie (kolor tonera czerwony),
5. toner MULTIKOM EHP.531AN (poz. 82 FSC) - zabrudzenia niebieskim proszkiem (proszek w kolorze tonera),
6. toner MULTIKOM EHP.532AN (poz. 83 FSC) - zabrudzenia żółtym proszkiem (proszek w kolorze tonera),
7. toner MULTIKOM EHP.533AN (poz. 84 FSC) - zabrudzenia czerwonym proszkiem (proszek w kolorze tonera),

8. toner MULTIKOM EHP.000AN (poz. 90 FSC) - zabrudzenia żółtym proszkiem (proszek tonera w kolorze czarnym),
9. toner MULTIKOM EHP.001AN (poz. 91 FSC) - zabrudzenia czerwonym, żółtym i niebieskim proszkiem (proszek tonera w kolorze niebieskim),
10. toner MULTIKOM EHP.002AN (poz. 92 FSC) - wysypujący się żółty proszek, zabrudzenia żółtym i czerwonym proszkiem (kolor tonera w kolorze żółtym),
11. toner MULTIKOM EHP.003AN (poz. 93 FSC) - zabrudzenia żółtym proszkiem (toner w kolorze czerwonym),
12. toner MULTIKOM EHP.12AN (poz. 217 FSC) - zabrudzenia czarnym proszkiem (kolor tonera czarny).

W rozpoznawanej kwestii dla rozstrzygnięcia sporu istotne znaczenie posiada interpretacja postanowień specyfikacji zawartych w § 3 ust. 1 pkt 15 lit. f) tiret pierwszy. Z analizy treści przywołanego zapisu specyfikacji wynika wprost, że zamawiający uzna produkt równoważny za wadliwy, gdy stwierdzi:

- wysypany lub wysypujący się tusz/toner,
- pobrudzone elementy obudowy lub części mechaniczne oferowanego produktu,
- produkt będzie brudził papier po jego zainstalowaniu w urządzeniu drukującym,
- części użyte do jego produkcji będą nosiły ślady użytkowania.

Podkreślić należy, że z redakcji powyższego wynika, że każda z wyżej wymienionych przesłanek jest przesłanką niezależną od pozostałych, a tym samym w przypadku jej wystąpienia, wystarczającą do stwierdzenia, że produkt równoważny podlegający badaniu jest wadliwy. Wobec tego nie jest wymagane wykazywanie, że tego rodzaju wadliwość wynika z faktu wcześniejszej eksploatacji produktu.

Zatem zabrudzenia kolorowym proszkiem poszczególnych elementów wymienionych powyżej produktów, a w jednym przypadku wysypujący się proszek, niewątpliwie przesądzają o wadliwości produktów równoważnych zaoferowanych przez MULTIKOM.

Bez znaczenia w tym przypadku są wyjaśnienia odwołującego, który wskazywał, że zabrudzenia kolorowym proszkiem powstają podczas wydruku próbnego, który jest każdorazowo wykonywanym w celu sprawdzenia jakości i prawidłowości produktu równoważnego i nie oznaczają, że elementy produktu czy też cały produkt nie jest nowy, gdyż był wcześniej użytkowany.

Przy okazji rozpoznawania tego zarzutu Izba odniosła się do przedstawionej na rozprawie przez odwołującego opinii technicznej wskazując, że pozostaje ona bez znaczenia dla rozpoznawanej sprawy z uwagi na to, że przedmiotem badania nie były próbki produktów przekazane zamawiającemu, a inne produkty znajdujące się w posiadaniu zamawiającego, tj. produkty z tej samej serii co próbki przekazane zamawiającemu. Wobec tego wniosków płynących z ww. opinii nie można odnieść do produktów, które były przedmiotem badania zamawiającego pomimo, że produkty zbadane przez rzeczoznawcę pochodzą z tej samej serii co próbki przekazane zamawiającemu. Fakt identycznej serii pochodzenia próbek jest niewystarczający do tego aby wnioski z opinii eksperta rozciągnąć na próbki przedłożone zamawiającemu przez MULTIKOM.

Ponadto należy zgodzić się zamawiający, który w odniesieniu do przedstawionych przez odwołującego na rozprawie tonerów, które miały być przedmiotem badania eksperta - pozycji 2.3.1 (nr seryjny 7VNO6B45ZHCNNFC2356) oraz 2.4.1. (nr seryjny IXNO6B45XDCNNFC2358), na okoliczność stwierdzenia, że są to nowe produkty - wskazywał, że w oznaczeniu numerów seryjnych występują rozbieżności. Na produktach w tym zakresie występuje cyfra „0”, podczas gdy w ekspertyzie na jej miejscu znajduje się litera „O”.

Podsumowując, podkreślić należy, że w specyfikacji zamawiający kategorycznie wskazał, że produkt równoważny nie może zostać uznany za niewadliwy w sytuacji, gdy występuje wysypany lub wysypujący się toner czy też pobrudzone elementy obudowy lub części mechaniczne oferowanego produktu. W związku z powyższym należy potwierdzić prawidłowość czynności zamawiającego, który uznał wadliwość ww. produktów równoważnych oferowanych przez MULTIKOM i odrzucił ofertę wykonawcy jako niezgodną z siwz.

Na końcu Izba odniosła się do twierdzeń odwołującego w zakresie kompletności czynności sprawdzających, testujących próbek odwołującego przeprowadzonych przez zamawiającego. Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego w tym zakresie są niezasadne.

W § 10 ust. 1 pkt. 1.5 zamawiający określił, że sprawdzenie, testowanie próbek (testerów) będzie polegać w szczególności na :

- sprawdzeniu opakowań (muszą być oryginalnie zapakowane i nie noszące śladów otwierania);

- sprawdzeniu wykonania przedmiotu zamówienia z nowych elementów, bez śladów uszkodzenia i wcześniejszego użytkowania;
- sprawdzeniu posiadania wszelkich zabezpieczeń szczelności zbiorników z tonerem/tuszem;
- sprawdzeniu czy przedmiot zamówienia nie jest wadliwy;
- sprawdzeniu w urządzeniu drukującym - kopiującym na okoliczność występowania negatywnych komunikatów;
- wykonania innych czynności sprawdzających zgodnych z założeniami SIWZ i oświadczeniami wykonawcy.

Niespornym jest, że zamawiający dokonał pierwszych czterech czynności sprawdzających wymienionych powyżej. Wynikiem tego było stwierdzenie przez zamawiającego, że produkty równoważne zaoferowane przez MULTIKOM nie spełniają wymagań specyfikacji. W związku z tym zamawiający odstąpił od wykonania dwóch ostatnich czynności opisanych w § 10 ust. 1 pkt 1.5 siwz.

Zgodzić się należy z zamawiającym, że stwierdzenie wadliwości produktów równoważnych MULTOKOM na podstawie czynności zawartych w 4 pierwszych tiret § 10 ust. 1 pkt. 1.5 uprawniało zamawiającego do odstąpienia od przeprowadzenia wszystkich czynności wymienionych w powyższym punkcie specyfikacji. Dalsze testowanie produktów należało uznać za niecelowe, skoro po przeprowadzeniu czynności wymienionych w czterech pierwszych tiretach potwierdziło się, że produkty równoważnie nie spełniają wymagań zamawiającego określonych treścią siwz. Przeprowadzenie pozostałych czynności nie spowodowałoby, że produkty uznano by za odpowiadające treści specyfikacji. Zatem domaganie się przez odwołującego przeprowadzenia wszystkich czynności z pkt. 1.5 należy uznać za niezasadne i bezcelowe.

W zakresie pozostałych zarzutów, tj. naruszenia 46 ust. 1 i 4a oraz art. 93 ust.1 pkt. 1 Pzp Izba wyjaśnia, że zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 Pzp, w przypadku zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wykonawcy nie przysługuje odwołanie dotyczące ww. czynności zamawiającego.

Reasumując, oferta MULTIKOM jako niezgodna z treścią siwz, ponieważ wszystkie opakowania produktów nie zawierały wymaganych przez zamawiającego informacji o terminie przydatności do użytku, a także produkty posiadały zabrudzenia kolorowym

proszkiem poszczególnych elementów produktów równoważnych, a w jednym przypadku wysypujący się proszek - podlegała odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 1, § 3, § 5 ust. 3 pkt. 1 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). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł w oparciu o przedłożony na rozprawie rachunek.

Przewodniczący: