

Sygn. akt: KIO 1780/15

WYROK
z dnia 28 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2015 r. przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Handlowe PAXER J. P. G. P. Spółka Jawna** z siedzibą w Olsztynie przy ul. Towarowej 11, 10-416 Olsztyn

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Województwo Warmińsko-Mazurskie**, ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Przedsiębiorstwo Handlowe PAXER J. P. G. P. Spółka Jawna z siedzibą w Olsztynie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Przedsiębiorstwo Handlowe PAXER J. P. G. P. Spółka Jawna z siedzibą w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Odwołującego – Przedsiębiorstwa Handlowego PAXER J. P. G. P. Spółka Jawna z siedzibą w Olsztynie na rzecz Zamawiającego – Województwa Warmińsko-Mazurskiego kwotę **3.600,00 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Województwo Warmińsko-Mazurskie w trybie przetargu nieograniczonego na *sukcesywną dostawę materiałów eksploatacyjnych – tuszy, tonerów, bębnow do urządzeń drukujących i kopiujących (drukarek, kserokopiarek, faksów)* (nr postępowania: ZP.272.1.47.2015), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 lipca 2015 r., poz. 98517, wobec czynności odrzucenia oferty P.H.PAXER J. P. G. P. Sp. J. oraz wyboru oferty najkorzystniejszej FH KOMAX 9 Sp. z o.o., w dniu 17 sierpnia 2015 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawcy – P.H. PAXER J. P. G. P. Sp. J. (sygn. akt KIO 1780/15).

Zamawiający poinformował Odwołującego o czynności odrzucenia jego oferty oraz wyborze oferty najkorzystniejszej pismem przesłanym faksem w dniu 11.08.2015 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niespełniającej wymogów siwz pomimo, iż treść oferty Odwołującego odpowiada treści siwz;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez dokonanie czynności oceny złożonej oferty w sposób nie zapewniający obiektywizmu jak też z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący odniósł się do podstawy odrzucenia jego oferty i uznania jej za niezgodną z treścią siwz, w której Zamawiający zastrzegł, iż materiały objęte dostawą mają być fabrycznie nowe, tj. wykonane z nowych elementów wcześniej nie używanych, bez elementów regenerowanych lub pochodzących z demontażu, bez śladów uszkodzenia, widoczną nazwą oraz symbolem produktu i terminem przydatności do użytku nie krótszym niż 12 miesięcy od daty dostawy, nr katalogowy lub listę modeli urządzeń, do których dany materiał jest przeznaczony, posiadające zabezpieczenia szczelności zbiorników z toner/tuszem oraz co ważniejsze dla niniejszego postępowania w oryginalnych opakowaniach producenta.

Zamawiający wymagał dostarczenia po 1 sztuce próbki oferowanego materiału eksploatacyjnego dla każdej z wymienionych pozycji określonych w załączniku nr 1 do siwz.

Odwołujący przedłożył próbki zgodne z wymaganiem siwz, tj. oryginalne materiały eksploatacyjne wykonane z nowych elementów, wcześniej nie używanych, bez elementów regenerowanych lub pochodzących z demontażu, bez śladów uszkodzenia, w oryginalnych opakowaniach producenta z widoczną nazwą oraz symbolem produktu i terminem przydatności do użytku nie krótszym niż 12 miesięcy od daty dostawy, z widocznym nr katalogowym do których dany materiał jest przeznaczony, posiadającym zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem/tuszem.

Zamawiający stwierdził, iż próbki pozycji 147 (toner do urządzenia marki Oki C 301 dn C32dn, żółty) oraz 183 (toner do urządzenia marki LEXMARK CS3 10dn, żółty) nie potwierdzają, że oferowane produkty odpowiadają wymaganiom siwz, gdyż Zamawiający stwierdził zabrudzenia żółtym proszkiem na obudowie (poz. 147) oraz zabrudzenia żółtym proszkiem wewnątrz folii oraz wysypujący się żółty proszek (poz. 183).

Odwołujący zaznaczył, iż przedłożone produkty pochodziły bezpośrednio od ich producentów i były oryginalnie zapakowane. Spełniały również wszystkie wymagania opisane w rozdziale III pkt 1 ppkt 1 i 2 siwz. Zabrudzenia oraz wysypujący się proszek miał występować jedynie w śladowych, znikomych ilościach. Odwołujący wyjaśniał, iż na tonerze (pod taśmą zabezpieczającą) jak i w komorze bębna (pod elementem zabezpieczającym) mogą pojawić się śladowe ilości tonera, ujawniające się zabrudzeniami żółtym proszkiem na obudowie, wewnątrz folii, czy też wysypującym się żółtym proszkiem, co jest zjawiskiem normalnym, będącym efektem poprodukcyjnym, wynikającym z przeprowadzonych testów materiałów eksploatacyjnych. Nie świadczą o jakiegokolwiek wadzie produktu i nie prowadzą w żadnej mierze do uszkodzenia drukarki czy jej zabrudzenia w stopniu większym niż przyjęte dla normalnej eksploatacji.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający arbitralnie zinterpretował postanowienie z rozdziału III pkt 6d, w którym wskazane zostało, iż za wadliwy uważa się toner czy tusz wyspany lub wysypujący się, którego elementy obudowy lub części mechaniczne są pobrudzone. Brak wskazania stopnia zabrudzenia czy wysypywania się tuszu wskazuje, że dopuszczalne jest normalne występujące w tych produktach śladowe zabrudzenia, czy drobne pozostałości proszku. Jedynie zabrudzenia o charakterze intensywnym, nie zwyczajnym dla oryginalnych nowych tonerów, które mogą wpłynąć na jakość wydruku, czy stan urządzenia kopiującego mogłyby stanowić podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzuci Zamawiającemu dokonanie czynności oceny złożonej oferty w sposób nie zapewniający obiektywizmu, jak też z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym zakresie wskazał na pozytywną

ocenę oferty wybranej FH KOMAX 9 Sp. z o.o., w której w poz. 147 i 183 zaofertowane zostały dokładnie te same modele tonerów, pochodzące od tych samych producentów, co w ofercie Odwołującego. W świetle rozbieżnej oceny ofert zawierających te same modele tonerów, nie jest możliwym pogodzenie z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy czynności Zamawiającego.

Zamawiający przed otwarciem rozprawy w dniu 28 sierpnia 2015 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający wskazał na jednoznaczne zapisy siwz dotyczące sposobu oceny ofert, a także zakresu badania próbek, które zastosował w stosunku do wszystkich wykonawców w takim samym stopniu. Z zapisu rozdziału III pkt 1 ppkt 6 siwz wprost wynika, że wysypany lub wysypujący się toner, czy też pobrudzone elementy obudowy lub części mechaniczne oferowanego produktu dyskwalifikują zaofertowaną próbkę, bez względu na jej pochodzenie. Zamawiający nie miał obowiązku wskazywania stopnia zabrudzenia skoro sam fakt wystąpienia tego rodzaju wadliwości dyskwalifikował próbkę.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy FH KOMAX 9 Sp. z o.o., który w tych samych pozycjach zaofertował takie same produkty co Odwołujący, co jednak nie oznacza, iż dopuścił się naruszenia zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Przedłożone próbki wybranego wykonawcy nie były bowiem wadliwe w rozumieniu rozdziału III pkt 1 ppkt 6 siwz. Ponieważ Zamawiający ściśle stosował się do ustalonych w siwz zasad oceny ofert, nie można mówić, aby dopuścił się do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Stanowisko Izby

Izba na posiedzeniu niejawnym przeprowadzonym z udziałem stron w dniu 28 sierpnia 2015 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała odwołanie na rozprawę. Postępowanie prowadzone jest według zasad określonych dla postępowań o wartości nie przekraczającej „progu unijnego”, stąd istotnym z punktu widzenia możliwości rozpoznania odwołania było ustalenie, czy odwołanie wniesione zostało w granicach zaskarżenia określonych w przepisach art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zakres zarzutów odnosił się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, czyli jednej z czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 pkt 3 ustawy, co czyniło niniejsze odwołanie dopuszczalnym. Izba uznała, iż wykraczającym poza zakres możliwych do zaskarżenia czynności Zamawiającego była ta część zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, w którym Odwołujący kwestionował prawidłowość oceny i wyboru oferty PH Komax 9 Sp. z o.o., wskazując na okoliczności dotyczące oceny przedłożonych przez tego

wykonawcę próbek. Mając jednak na uwadze podstawę faktyczną zarzutu, koniecznym stało się w części odniesienie się do przywołanych przez Odwołującego podobieństw obu ofert, które powinny zdaniem Odwołującego prowadzić do przywrócenia do oceny oferty Odwołującego.

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ocena ta prowadzona jest z uwzględnieniem zakresu zarzutów oraz skutków, jakie dla Odwołującego niosła zaskarżona decyzja o odrzuceniu jego oferty z postępowania i wyborze droższej oferty konkurencyjnej. Ponieważ Odwołujący kwestionuje czynność oceny jego oferty, wskazując na brak wypełnienia przesłanek do zastosowania dyspozycji przepisów wskazanych w podstawie decyzji, konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy byłoby przywrócenie do oceny oferty Odwołującego, co w konsekwencji mogło prowadzić do jej wyboru jako najkorzystniejszej. W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości ustalenie, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, którego ochronie służy niniejsze odwołanie, jak również może ponieść szkodę w postaci utraty korzyści z jakimi wiąże się dla tego wykonawcy pozyskanie zamówienia.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie, które to ustalenia znajdują się poniżej.

Podstawa zarzutów sprowadza się do ustalenia prawidłowości oceny złożonych przez Odwołującego próbek zaoferowanych w poz. 147 i 183 materiałów eksploatacyjnych – tonerów, odpowiednio oznaczonych symbolami Oki 44973533 oraz Lexmark 702HY, które w ocenie Zamawiającego, wskazywały na wadliwość produktów, prowadzącą do odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią siwz.

Zamawiający w rozdziale IX. Pkt 1 siwz określił sposób oceny oferowanych materiałów eksploatacyjnych (próbek) z wymogami określonymi, wskazując, iż sprawdzeniu podlegać będą:

- 1) opakowania (muszą być oryginalnie zapakowane i nie noszące śladów otwierania);
- 2) wykonanie przedmiotu z nowych elementów, bez śladów uszkodzenia i wcześniejszego użytkowania;
- 3) posiadanie zabezpieczeń szczelności zbiorników z tonerem/tuszem;
- 4) czy tusz/toner nie jest wysypany lub wysypujący się, czy nie są pobrudzone elementy obudowy lub części mechaniczne oferowanego produktu.

W postępowaniu złożonych zostało 6 ofert, z których pięć Zamawiający odrzucił i wybrał ofertę Firmy Handlowej KOMAX 9 Sp. z o.o. Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, wskazując na wyniki oceny próbek dotyczących produktów z pozycji 147 i 183 przedmiotu zamówienia, które nie potwierdzały, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający stwierdził, iż w próbce produktu z poz. 147 widoczne są zabrudzenia na obudowie żółtym proszkiem, a w próbce produktu z poz. 183 stwierdził zabrudzenia żółtym proszkiem wewnątrz folii i wysypujący się żółty proszek.

Zamawiający w siwz rozdział III pkt 1 zamieścił opis przedmiotu zamówienia obejmujący dostawę *fabrycznie nowych, niewadliwych, nieregenerowanych materiałów eksploatacyjnych – tusze, tonery, bębny do urządzeń drukujących i kopiujących (drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych, kserokopiarek, faksów)*. Zamawiający zdefiniował znaczenia pojęcia „materiał fabrycznie nowy”, jako *materiały eksploatacyjne wykonane z nowych elementów, wcześniej nie używane, bez elementów regenerowanych lub pochodzących z demontażu, bez śladów uszkodzenia, w oryginalnych opakowaniach producenta z widoczną nazwą oraz symbolem produktu i terminem przydatności do użytku nie krótszym niż 12 miesięcy od daty dostawy, nr katalogowy lub listę modeli urządzeń, do których dany materiał jest przeznaczony, posiadające zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem/tuszem* (pkt 1).

Zamawiający pod pojęciem „materiał nieregenerowany” rozumiał *materiały do produkcji, których nie użyto składników poprzednio eksploatowanych, uzupełnianych lub przerabianych. Nie dopuszcza się materiałów eksploatacyjnych, w których obudowa, chip bądź jakkolwiek inny element był powtórnie wykorzystany w procesie produkcji materiału* (pkt 2).

Zamawiający w pkt 6 określił sytuacje, w których produkt uznany zostanie za wadliwy wskazując w szczególności na: *a) produkt nie jest oryginalnie zapakowany i nosi ślady otwierania ; b) produkt nie jest wykonany z nowych elementów, ze śladami uszkodzenia i wcześniejszego użytkowania; c) produkt nie posiada zabezpieczeń szczelności zbiorników z*

tonerem/tuszem; d) wysypyany 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; e) wszelkie pojawiające się na urządzeniu lub pulpicie roboczym stanowiska pracy informacje o braku możliwości użycia zastosowanego tonera/tuszu powodujące niemożność skorzystania z funkcji drukowania lub kopiowania; f) po zainstalowaniu produktu w sprzęcie, na monitorze oraz panelu kontrolnym sprzętu pojawiają się negatywne komunikaty uniemożliwiające użycie tuszu/tonera i poprawną pracę urządzenia; g) produkt brudzi papier po jego zainstalowaniu w urządzeniu oraz części użyte do jego produkcji noszą ślady użytkowania.

Tożsamy opis przedmiotu zamówienia przeniesiony został do § 1 wzoru umowy. Zgodnie z treścią § 4 wzoru umowy, w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, iż przedmiot zamówienia jest wadliwy, wykonawca zobowiązany będzie do gwarancyjnej wymiany produktu na nowy, wolny od wad.

Na rozprawie Zamawiający okazał próbki produktów zaoferowanych przez Odwołującego i wykonawcę FH Komax 9 Sp. z o.o. w pozycjach 147 i 183 wraz z oryginalnymi opakowaniami. Odwołujący nie zakwestionował autentyczności próbek i potwierdził, iż są to próbki okazane mu przez Zamawiającego w jego siedzibie, które sfotografował, a ich zdjęcia załączył do odwołania. W trakcie oględzin próbek stwierdzono, iż próbka Komax 9 dotycząca pozycji 147 nie jest zabrudzona, nie widać na niej śladów, jakie stwierdził Zamawiający na próbce Odwołującego (zabrudzenia obudowy żółtym proszkiem). Próbka odwołującego dotycząca poz. 183 z oznaczeniem: *Lexmark 702HY (CS310, CS410, CS510)* posiadała widoczne zabrudzenia plastikowych fragmentów obudowy żółtym proszkiem. Próbka wykonawcy Komax 9 dla poz. 183 z oznaczeniem: *Lexmark 702HY (CS310, CS410, CS510)* nie posiadała widocznych zabrudzeń żółtym proszkiem części obudowy, ani części mechanicznych. Odwołujący wskazywał na prawie niewidoczne odbarwienie części miękkiej (fragmenty gąbki), lepiej wyeksponowane na załączonym zdjęciu zrobionym w dużym powiększeniu. Załączone do pisma procesowego Odwołującego zdjęcia oznaczone nr 8 i 9 obrazują próbkę Komax (poz. 183), a pozostałe dotyczą próbek Odwołującego dla poz. 147 i 183 z widocznymi zabrudzeniami żółtym proszkiem, stwierdzone w trakcie oględzin próbek na rozprawie.

Odwołujący przedłożył oświadczenie OKI Systems (Polska) Sp. z o.o. z 17.08.2015 r. w którym wskazano, że *na tonerze (pod taśmą zabezpieczającą) jaki i w komorze bębna, pod elementem zabezpieczającym mogą pojawić się śladowe ilości tonera, ujawniające się zabrudzeniami żółtym proszkiem.* W świetle tej okoliczności wskazano, iż widoczne na

zdjęciach śladowe zabrudzenia żółtym proszkiem na tonerze Oki 44973533 (...), *to zjawisko normalne będące efektem poprodukcyjnym wynikającym z przeprowadzonych testów ww. materiałów eksploatacyjnych.*

Uwzględniając stan sprawy ustalony na podstawie dowodów zgromadzonych w postępowaniu, w tym treści siwz, próbek złożonych w postępowaniu oraz stanowisk stron Izba uznała, iż zarzuty stawiane Zamawiającemu nie potwierdziły się.

Izba dopuściła dowód z oględzin próbek Odwołującego i PH Komax 9 Sp. z o.o., na podstawie których ustalono, iż stwierdzone przez Zamawiającego zabrudzenia żółtym proszkiem występowały na plastikowej obudowie próbek tonerów przekazanych przez Odwołującego. Załączone do pisma procesowego Odwołującego zdjęcia nie oddawały stopnia zabrudzenia widocznego gołym okiem, stąd Izba uznała, iż źródłem dowodowym w sprawie są przedłożone próbki, poddane ocenie Zamawiającego.

Podstawą rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie były postanowienia treści siwz (rozdział III.1 ppkt 1, 2 i 6), w których Zamawiający zdefiniował znaczenie pojęć: „produkt fabrycznie nowy”, „produkt nieregenerowany” oraz „produkt wadliwy”, a które składały się na opis przedmiotu zamówienia. Ponadto, ocena zgodności czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie mogła być przeprowadzona z pominięciem zasad oceny próbek (rozdział IX pkt 1 siwz), w których Zamawiający wskazał, iż będzie sprawdzał, *czy tusz/toner nie jest wysypany lub wysypujący się, czy nie są pobrudzone elementy obudowy lub części mechaniczne oferowanego produktu.*

Odwołujący szczególne znaczenie przypisywał okoliczności złożenia próbek tonerów zapakowanych w oryginalne opakowania producentów, co miało świadczyć o zgodności z wymaganiami Zamawiającego, w sytuacji kiedy zaoferowane produkty, były tożsame z opisanymi w załączniku nr 1 do siwz (nie były zamiennikami). Izba oceniła tą argumentację jako nie mającą znaczenia dla oceny zaoferowanych produktów pod kątem „wadliwości”, a mogącą mieć wyłącznie znaczenie dla oceny, czy produkt jest fabrycznie nowy oraz nieregenerowany (opis z pkt 1 i 2 rozdział III). Zamawiający niezależnie od właściwości pozwalających na ocenę produktu, jako nowego i nieregenerowanego, ustalił przesłanki do uznania produktu za wadliwy i tymi wytycznymi kierował się przy ocenie próbek, zgodnie z zapisem rozdziału IX pkt 1 siwz. Stwierdzone w toku oględzin próbek Odwołującego zabrudzenia żółtym proszkiem (tonerem/tuszem), jak również obecność proszku, wypełniały jedną z przesłanek wadliwości produktu, wskazaną w rozdziale III.1 pkt 6 lit.d i powtórzoną w rozdziale IX.1 ppkt 4 siwz. Izba uznała, iż oświadczenie przedstawiciela producenta tonerów OKI nie dowodzi, iż występujące na próbce zabrudzenia stanowią normalny stan produktu, który (jak czytamy w oświadczeniu) może posiadać śladowe ilości tonera pod taśmą

zabezpieczającą, jak i w komorze bębna. W przypadku produktu oznaczonego symbolem Oki 44973533 brak jest elementu – taśmy zabezpieczającej (co potwierdził Odwołujący na rozprawie w trakcie oględzin próbki okazanej przez Zamawiającego). Oświadczenie to nie może mieć również znaczenia dla oceny zgodności produktu z wymaganiami Zamawiającego, który sprecyzował w jakich przypadkach produkt uzna za wadliwy. Ocena Zamawiającego miała być wynikiem badania próbki, a nie potwierdzenia właściwości przez producentów. Nie było zamiarem Zamawiającego ocena stopnia zabrudzenia elementów produktu (brak takiego wskazania w opisie w rozdziale IX siwz), lecz ustalenie czy niepożądany stan zabrudzenia występuje na próbkach, niezależnie od tego, czy ma on wpływ na prawidłową pracę urządzenia. Zapisy siwz w tym zakresie nie były kwestionowane na etapie poprzedzającym złożenie ofert, zatem stały się wiążące w takim kształcie, jakie nadał im Zamawiający w tym postępowaniu. Wykonawcy byli świadomi ryzyka, z jakimi wiązało się poddanie ocenie próbek fabrycznie zapakowanych (bez możliwości ich sprawdzenia, tak aby nie naruszyć oryginalnego opakowania). Samo zaoferowanie produktu tożsamego ze wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia, jako wzorcowym, nie oznaczało, iż nie będzie on podlegał sprawdzeniu pod względem ewentualnych wad, dyskwalifikujących ofertę wykonawcy, jako niespełniającą wymagań Zamawiającego. Stąd możliwe były sytuacje, w których oferty zawierające te same produkty (tych samych producentów) były różnie ocenione. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszym postępowaniu, gdyż Zamawiający wybrał ofertę konkurencyjną, w której zaoferowane zostały tożsame z kwestionowanymi w ofercie odwołującego, tonery. Nie oznacza to jednak, iż Zamawiający naruszył w takiej sytuacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponieważ zakresem zaskarżenia nie mogła być objęta czynność oceny oferty FH Komax 9 Sp. z o.o., z uwagi na ograniczenie wprowadzone przepisem art. 180 ust. 2 ustawy, Izba ograniczyła się wyłącznie do ustalenia stanu faktycznego, tj. oględzin próbek przedłożonych Zamawiającemu i okazanych na rozprawie.

Próbka tonera z poz. 174 nie była faktycznie przez Odwołującego kwestionowana, jako wadliwa. Natomiast próbka tonera z poz. 183 nie miała widocznych śladów zabrudzeń, ani żółtego proszku. Różnica pomiędzy obiema próbkami tego samego produktu była wyraźna. W stosunku do próbki Odwołującego ślady proszku jak i pozostawione zabrudzenia na obudowie były wyraźnie widoczne, natomiast próbka FH Komax 9 Sp. z o.o. nie nosiła takich śladów. Odwołujący wskazywał na widoczne na powiększonym zdjęciu minimalne odbarwienia na gąbce, co do których można mieć wątpliwość, nie tylko w tym, czy spowodowane zostały wysypującym się proszkiem, ale również w ustaleniu, czy element ten stanowi fragment obudowy. W świetle tych różnic, widocznych na pierwszy rzut oka, ocena Zamawiającego dokonana została w zgodzie z ustalonymi w siwz zasadami oceny zaoferowanego produktu, co czyniło zarzuty Odwołującego bezpodstawnymi.

Mając na uwadze powyższe Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: