

Sygn. akt KIO/UZP 313/09

WYROK
z dnia 27 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Stanisław Sadowy
Agata Mikołajczyk
Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Radosława Skibę** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe SMK Radosław Skiba**, ul. Wędkarska 2B/C1, 04-869 Warszawa od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych**, ul. Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa protestu z dnia **19 lutego 2009 r.**

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz **MCSI Ltd Sp. z o.o.** ul. Cybulskiego 3, 00-725 Warszawa - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Radosława Skibę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe SMK Radosław Skiba, ul. Wędkarska 2B/C1, 04-869 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Radosława Skibę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe SMK Radosław Skiba, ul. Wędkarska 2B/C1, 04-869 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: XXX złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Radosława Skiby prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe SMK Radosław Skiba, ul. Wędkarska 2B/C1, 04-869 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę kaset z tonerem do laserowych drukarek komputerowych HP U P 3005 d (Znak sprawy: TZ/370/80/08), zostało wszczęte przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 209-277694 w dniu 28.10.2008 r.

W dniu 12.02.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie z dnia 11.02.2009 r. o wyborze oferty firmy:

MCSI Ltd. Sp. z o.o., ul. Z. Cybulskiego 3, 00-725 Warszawa zwanej dalej: „MCSI Ltd. Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”.

W dniu 19.02.2009 r. (faxem) na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” firma: Radosław Skiba prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „PPHU SMK Radosław Skiba”, ul. Wędkarska 2B lok. C1, 04-869 Warszawa zwana dalej: „PPHU SMK Radosław Skiba” albo „Protestującym” albo „Odwołującym” złożyła protest wobec zaniechania Zamawiającego polegającego na nie wykluczeniu z postępowania MCSI Ltd. Sp. z o.o., oraz na nie odrzuceniu jej oferty oraz działania Zamawiającego polegającego na wyborze oferty MCSI Ltd. Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej mimo że oferta ta powinna ulec odrzuceniu.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 3, art. 24 ust 1 pkt 3, art. 24 ust 2 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp.

Zażądał:

- 1) unieważnienia decyzji o wyborze oferty MCSI Ltd. Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownej oceny oferty MCSI Ltd. Sp. z o.o.,
- 3) wykluczenia MCSI Ltd. Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust 1 pkt 3, art. 24 ust 2 pkt 3 i 4 Pzp,
- 4) odrzucenie oferty MCSI Ltd. Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 Pzp.
- 5) wyboru oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej.

Interes prawny Protestującego polega, jak wskazał, na tym, że z powodu działań i zaniechań Zamawiającego został on pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i w przypadku uwzględnienia jego protestu oferta przez niego złożona będzie ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu Pzp.

Protestujący stwierdził, że w ofercie uznanej za najkorzystniejszą, mają miejsce następujące niezgodności z Pzp i Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ”:

Ad. 1.

Wskazał, że zgodnie z Rozdz. IV ust. III pkt 1.1. ppkt 3) SIWZ Zamawiający wymagał, aby do oferty dołączyć: „aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat lub

zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności bądź wstrzymanie w całości wykonania decyzji organu podatkowego - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert."

Z dokumentu przedłożonego, jednoznacznie natomiast wynika, iż podmiot ten posiada zaległości podatkowe. Potwierdza to treść zaświadczenia załączonego do oferty, gdzie stwierdzono: *„Zaświadcza się, że ujawniono zaległości Dodatkowe Wnioskodawcy, wymienionego w części A, wg stanu na dzień 20.10.2008 wynoszą ogółem 5.037.309,13 zł, słownie pięć mil. Trzydzieści siedem tys. Trzysta dziewięć zł 13/100 z tego, z tytułu CTT-podatek dochodowy od osób prawnych za okres XH/2001, XII-2003 w kwocie 5.037.309,13 zł."* Tym samym uznać należy, iż powyższe stanowi przesłankę wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jakiegokolwiek odrębne adnotacje dokonywane, jak należy domniemywać, przez Przystępującego, nie mogą powodować, iż dostarczone zaświadczenie może być uznane za spełniające wymogi Pzp i SIWZ. Gdyby ustawodawca uznał, że wystarczające dla wykazania braku zaległości podatkowej będzie samo oświadczenie wykonawcy to nie wprowadzałby do treści rozporządzenia, określającego dokumenty jakich można żądać od wykonawców, odniesienia do zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego. Odstąpienie przez Zamawiającego od wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp obowiązku żądania od wskazanego wykonawcy dostarczenia zaświadczenia potwierdzającego brak zaległości podatkowych, w miejsce złożonego przez niego wraz z ofertą dokumentu, który braku zaległości podatkowych nie potwierdza, może być także kwalifikowane jako nierówne traktowanie wykonawców, gdyż w ten sposób jeden z wykonawców zostaje zwolniony z obowiązku, który dotyczył wszystkich pozostałych wykonawców.

Ad. 2.

Załączone do oferty dokumenty potwierdzające spełnianie warunków SIWZ zgodnie z Rozdz. IV ust. III pkt 1.2. ppkt 3 i 4 straciły swoją ważność z dniem 15.01.2009 r. Oznacza to, że Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie będzie w stanie dostarczyć dla Zamawiającego przedmiotu zamówienia spełniającego wymagania SIWZ w zakresie Certyfikatów ISO 9001 oraz ISO 14001. Zamawiający nie poprosił o uzupełnienie wyżej wymienionych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w związku z czym doszło do zaniechań Zamawiającego, które w konsekwencji mogą prowadzić do podpisania umowy z wykonawcą, który nie spełnia wymagań SIWZ.

Ad. 3.

Załączony do oferty dokument mający potwierdzać wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej zgodnie z SIWZ Rozdz. IV ust. III pkt 1.3. ppkt 1 został wystawiony

z błędnym numerem postępowania. Zarówno na gwarancji bankowej załączonej do oferty jak i w przedłużeniu ważności tejże gwarancji widnieje numer zamówienia TZ/370/08/08 zamiast numeru TZ/370/80/08, pod którym prowadzone jest przedmiotowe postępowanie. Mając na uwadze, iż wynikające z gwarancji bankowej zobowiązanie banku jest regulowane zapisami udzielonej gwarancji bankowej stwierdzić należy, iż bank nie będzie zobowiązany do wypłaty jakichkolwiek kwot w postępowaniu o innym numerze niż wskazany w dokumencie gwarancji. Tym samym uznać należy, iż oferta uznana za najkorzystniejszą, nie jest prawidłowo zabezpieczona wadium i tym samym wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp zaś jego oferta powinna ulec odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 Pzp.

Ad. 4.

Zamawiający zgodnie z SIWZ Rozdz. V ust. V pkt 1 wymagał: *„Wymagane dokumenty powinny być przedstawione w formie oryginału lub kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy. Za osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy uznaje się osoby upoważnione do reprezentowania firmy, wskazane we właściwym rejestrze lub ewidencji działalności gospodarczej bądź w stosownym pełnomocnictwie, które należy załączyć do oferty w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez osobę udzielającą pełnomocnictwa lub poświadczonych notarialnie.”*

MCSI Ltd Sp. z o.o. załączyła do swojej oferty w postępowaniu pełnomocnictwo dla Pana Cezarego K. wystawione przez osobę uprawnioną zgodnie z KRS do reprezentowania Wykonawcy Pana Konrada W. Ani pieczęć Pana Konrada W., ani podpis Pana Konrada W. nie zostały umieszczone na załączonym pełnomocnictwie odręcznie, co dowodzi, że pełnomocnictwo zostało załączone do oferty w formie kopii. Na dokumencie zaś brakuje potwierdzenia o jego zgodności z oryginałem. W związku z powyższym Zamawiający zobowiązany był wezwać wskazanego wykonawcę do uzupełnienia tego dokumentu w wyznaczonym terminie. Zaniechanie tego stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp. W przypadku zaś, gdyby wskazany dokument nie został uzupełniony istnieje przesłanka do wykluczenia wskazanego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ad. 5.

Załączony przez MCSI Ltd Sp. z o.o., dokument nazwany Formularzem raportu z testu wydajności kasety z tonerem AT-51NX, w swojej treści nie zawiera rygorystycznych wymagań jakie powinny zostać spełnione i odnotowane w raporcie. W normie ISO 19752 zostały opisane szczegółowe wymagania jakie powinny zostać spełnione podczas testowania wkładów zgodnie z normą i informacje te powinny zostać udokumentowane

w raporcie z przeprowadzonych testów. Norma ISO 19752 określa, że w raporcie z testu powinny znaleźć się następujące informacje:

- 1) średnia ilość wydruków,
- 2) odchylenie standardowe,
- 3) dolna granica przedziału ufności (90%),
- 4) data testowania,
- 5) liczba testowanych kaset,
- 6) liczba kaset użytych do obliczeń,
- 7) typ kasety,
- 8) czy stosowano procedurę wstrząsania,
- 9) tryb drukowania,
- 10) liczba mechanizmów użytych w teście,
- 11) użyty nośnik,
- 12) format papieru,
- 13) orientacja podawania papieru,
- 14) model komputera,
- 15) system operacyjny,
- 16) oprogramowanie,
- 17) wersja sterownika drukarki,
- 18) typ połączenia,
- 19) wersja strony testowej,
- 20) codzienne wyłączenie/włączenie zasilania,
- 21) konieczność podania kodów partii testowanych wkładów,
- 22) konieczność podania numerów seryjnych mechanizmów,
- 23) temperatura w oC,
- 24) wilgotność.

Wskazał, że Zamawiający nie wymagał, aby do oferty dołączono raporty z wykonanych testów, ale z dokumentu dobrowolnie dołączonego wynika, iż producent marki ActiveJet nie przeprowadza testów kaset z tonerem w pełni zgodnie z normą ISO 19752, a formularze raportu z testów nie zawierają wszystkich istotnych informacji, które mogą mieć ogromne znaczenie i wpływ na podawaną przez producenta wydajność i jakość kaset z tonerem. Należy nadmienić w tym wypadku także, że w Formularzach raportu kaset z tonerem AT-51NX widnieje informacja, iż są to raporty z testu wydajności kasety z tonerem marki ActiveJet AT-51NX do monochromatycznej drukarki laserowej, zgodnego ze standardem ISO/IEC 19752. Producent prawdopodobnie wskazuje tutaj na fakt, iż testy nie są przeprowadzane zgodnie z normą ISO 19752 a w oparciu o standard ISO 19752.

Zamawiający wymagał zgodnie z SIWZ: *„Wydajność kasety z tonerem musi zapewnić wydruk 13.000 stron przy 5% zaczernieniu mierzonym zgodnie z normą ISO/IEC 19752”*, co oznacza, że testy wydajnościowe dla kaset z tonerem muszą być ściśle wykonywane zgodnie z zapisami normy ISO 19752, a nie tylko w oparciu o standard ISO 19752. Powyższa sytuacja może wskazywać, iż firma Action S.A. nie posiada wykupionej normy ISO 19752, a testy wykonuje jedynie w oparciu o standard ISO 19752. Powyższe oznacza, że produkty zaoferowane przez MCSI Ltd. Sp. z o.o. w złożonej przez nią ofercie są w tym zakresie niezgodne z wymaganiami Zamawiającego i Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty MCSI Ltd. Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ad. 6.

W dniu 08.01.2009 r. Zamawiający poprosił MCSI Ltd. Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień w zakresie elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz sposobu w jaki elementy te wpłynęły na cenę oferty, a wyjaśnienia powinny uwzględniać m.in. zakres przedmiotu zamówienia wskazany w SIWZ. W odpowiedzi MCSI Ltd. Sp. z o.o. z dnia 09.01.2009 r. wyjaśnia iż: *„od kilku lat firma jest partnerem producentów i dystrybutorów materiałów eksploatacyjnych różnych marek i korzysta ze specjalnej oferty w/w podmiotów. MCSI Ltd. Sp. z o.o. przygotowała ofertę w przedmiotowym postępowaniu wykorzystując obiektywne czynniki jakim były szczególnie korzystne i sprzyjające warunki cenowe zaoferowane ze względu na ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia”*. Powyższa odpowiedź dowodzi, iż przy kalkulowaniu skorzystano jedynie z korzystnych warunków cenowych zaproponowanych firmie przez producenta. Nie wspomniano o tym, że cena zawiera wszelkie koszty jakie należało wkalkulować w oferowaną cenę zgodnie z SIWZ: *„Ceny podane w ofercie powinny zawierać wszystkie koszty związane z dostawą, ubezpieczeniem, opakowaniem oraz uwzględniać inne opłaty i podatki, a także ewentualne, opusty i rabaty.”*

W konsekwencji działanie takie może skutkować odmową podpisania umowy przez Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, spowodowaną przez błędne skalkulowanie ceny oferty i nie wzięcie pod uwagę ewentualnych dodatkowych kosztów realizacji zamówienia związanych np. z dostawą.

Ad. 7.

Analizując ofertę wybraną Protestujący stwierdził, że szczególną uwagę zwracają załączone do oferty Certyfikaty ISO 9001 oraz ISO 14001 dla producenta Action za markę Activejet. Pomimo, iż jak zostało to już wspomniane w niniejszym proteście dokumenty te straciły już swoją ważność to pozostają jeszcze inne kwestie ich dotyczące. W treści Certyfikatu ISO 14001 powinny zostać wymienione wszystkie fabryki, w których

produkowane są materiały eksploatacyjne do drukarek laserowych, tzn. wszystkie części wchodzące w skład kasety z tonerem. Wymieniony Certyfikat służy bowiem potwierdzeniu, że cały proces wytwarzania materiałów eksploatacyjnych jest zgodny z zasadami opisanymi w treści normy ISO 14001. Z dokumentu załączonego przez powyższego Wykonawcę jasno wynika, że producent kaset marki Activejet, Action S.A., posiada Certyfikat ISO 14001 wyłącznie na fabrykę mieszczącą się przy ul. Jana Kazimierza 46/54, 01-248 Warszawa, który to adres został wymieniony w ww. certyfikacie.

W praktyce oznacza to, że Action S.A. może wytwarzać swoje produkty, półprodukty w fabrykach całego świata, ale Certyfikat ISO 14001 posiada wyłącznie fabryka mieszcząca się w Warszawie przy ul. Jana Kazimierza 46/54, gdzie niekoniecznie wytwarzane są produkty stanowiące przedmiot przetargu. Może nawet zaistnieć taka sytuacja, że jedynym elementem procesu produkcji, który jest wykonywany w ww. fabryce jest proces pakowania gotowych produktów. Z informacji posiadanych przez Protestującego wynika, że Action S.A. realizuje proces produkcji tonerów marki Activejet w części lub nawet w całości w kilku fabrykach świata. Na stan wiedzy Protestującego w fabryce przy ul. Jana Kazimierza 46/54 może być realizowana jedynie część procesu, która polega na wytworzeniu z użyciem już gotowych półfabrykatów produktu finalnego i oznaczeniu go marką Activejet, a w skrajnym przypadku jedynie proces pakowania produktów.

Reasumując, certyfikat ISO 14001 wystawiony dla Action S.A. może nie gwarantować, że produkty proponowane przez MCSI Ltd Sp. z o.o. zostały wyprodukowane zgodnie z normą ISO 14001. Na stan wiedzy Protestującego proces produkcji tonerów AT-51NX w pełni nie odbywa się w fabryce wymienionej w Certyfikacie ISO 14001 zarówno w zakresie wytworzenia wszystkich półfabrykatów (tj. kasety, wałek optyczny, bęben, toner) jak i finalnego produktu. Także jeśli chodzi o Certyfikat ISO 9001 to na stan wiedzy Protestującego Action S.A. we własnym zakresie projektuje i wytwarza produkty Activejet AT-51NX nie tylko w siedzibie spółki przy ul. Jana Kazimierza 46/54, 01-248 Warszawa, jedynej wymienionej w Certyfikacie ISO 9001, a tak może być właśnie w przypadku tonerów AT-51NX. Biorąc pod uwagę, iż intencją Zamawiającego było, aby dołączenie Certyfikatu ISO 14001 oraz ISO 9001 dla producenta oferowanego produktu potwierdziło, że pełen proces produkcji, projektowania, wytwarzania realizowany jest w fabryce stosującej się do rygorystycznych zasad określonych normą, punkt ten ma ogromne znaczenie. Powyższe oznacza, że produkty zaoferowane przez MCSI Ltd. Sp. z o.o. w złożonej przez nią ofertę są w tym zakresie niezgodne z wymaganiami Zamawiającego i Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty MCSI Ltd. Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty i potwierdzające je fakty Zamawiający zgodnie z przepisami Pzp zobowiązany był do wykluczenia MCSI Ltd. Sp. z o.o., w oparciu o wskazane przepisy, a następnie do odrzucenia oferty. Zaniedbując te obowiązki

Zamawiający naruszył przepisy Pzp, zaś dopuszczając do wyboru oferty MCSI Ltd. Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej naruszył także art. 7 ust. 3 Pzp, gdyż takie działanie prowadzi do sytuacji, w której zamówienie uzyska podmiot, który zgodnie z przepisami Pzp nie ma prawa go uzyskać.

W dniu 20.02.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 23.02.2009 r. (faxem) do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączył się firma: MCSI Ltd. Sp. z o.o. w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego i wnosząc o oddalenie protestu w całości. Przystępujący wskazał, że ma interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść Zamawiającego, ponieważ w przypadku uznania protestu, zostanie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a jego interes prawny dozna uszczerbku. Wskazał, co następuje:

Po pierwsze, zauważył, iż przepisy uwzględniają sytuację, w której decyzja o posiadaniu zaległości zostaje wstrzymana. Mówi o tym Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów jakich może zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605 oraz Dz. U. z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) § 1 ust. 1 pkt 3: „(...) *aktualnych zaświadczeń właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzających odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert*”. Swobodna i wybiórcza interpretacja Protestującego w powyższej kwestii winna być uznana za bezzasadną.

Po drugie, zarzut dotyczący ważności certyfikatów ISO 9001 oraz ISO 14001 jest chybiony, gdyż zgodnie z przepisami ustawy w dniu składania ofert wszystkie dostarczone dokumenty były ważne.

Po trzecie, wadium, które zostało wniesione przez Przystępującego zawierało oprócz numeru postępowania pełną nazwą postępowania oraz skierowane było do Zamawiającego określonego poprzez pełną jego nazwę i adres. Wymienione elementy pozwalają na jednoznaczną Identyfikację postępowania oraz Zamawiającego. Oferta Przystępującego została zatem zabezpieczona odpowiednim wadium.

Po czwarte, odnosząc się do zarzutu mówiącego o pełnomocnictwie wyjaśnił, iż pełnomocnictwo udzielone Panu Cezaremu K. przez Pana Konrada W. - Prezesa Spółki MCSI, które zostało dołączone do oferty złożonej przez Przystępującego jest dokumentem oryginalnym i nie wymaga potwierdzenia za zgodność z oryginałem.

Po piąte, wyjaśnił, że test wydajności kasety z tonerem AT-51NX dostarczony wraz z ofertą potwierdza, iż zaoferowana kasetka z tonerem zapewnia wymaganą wydajność 13.000 stron przy 5% zaczernieniu mierzonym zgodnie z normą ISO 19752.

Po szóste, 09.01.2009 r. Przystępujący złożył Zamawiającemu wyjaśnienie, iż przygotowując ofertę w przedmiotowym postępowaniu wykorzystał obiektywne czynniki jakim były szczególnie korzystne i sprzyjające warunki cenowe zaoferowane Przystępującemu przez producenta zaoferowanych produktów. Przystępujący wyjaśniał, iż w cenę zostały wliczone wszystkie koszty realizacji zamówienia oraz zapewnia, że nie zamierza odstąpić od podpisania umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia.

Po siódme, odnosząc się ponownie do zarzutu dotyczącego certyfikatów ISO 9001 oraz ISO 14000 Przystępujący jest zdania, iż nad prawidłowością treści w/w certyfikatów czuwa jednostka certyfikująca, która je wystawia. Zdanie Protestującego, który zgodnie z wiedzą Przystępującego nie jest jednostką certyfikującą nie powinno być brane pod uwagę.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 03.03.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie w całości.

Odnosnie, zarzutu o którym mowa w pkt. 1 protestu.

Zamawiający stwierdził, że nie znajduje podstaw do wykluczenia MCSI Ltd. Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, (...) z wyjątkiem przypadków, gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Przystępujący załączył do oferty wymagany w Roz. IV, podroz. III, część 1, pkt 1.1, ppkt 3 SIWZ dokument, zawierający informację o ujawnionych zaległościach wobec Urzędu Skarbowego. W ww. dokumencie zawarta została także adnotacja o wstrzymaniu wykonalności decyzji w całości przez organ podatkowy. Nieprawdziwe jest stwierdzenie Protestującego, że odrębna adnotacja na zaświadczeniu z Urzędu Skarbowego z dnia 22.10.2008 r. nr zaświadczenia 1472/DKO/4907-5480708 dokonana została przez Wykonawcę. Zamawiający w dniu 27.02.2009r. zwrócił się do Urzędu Skarbowego z prośbą o potwierdzenie, czy ww dokument został wystawiony z odrębną adnotacją. W dniu 02.03.2009 r. Zamawiający otrzymał informację z Urzędu Skarbowego, że ww zaświadczenie

zostało wystawione (z odrębną adnotacją) przez Naczelnika Drugiego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie.

Oдноśnie zarzutu, o którym mowa w pkt 2 protestu.

Zamawiający wskazał, że nie widzi podstaw do stwierdzenia, iż dopuścił się zaniechania, które w konsekwencji może prowadzić do podpisania umowy z Wykonawcą, którego oferta nie spełnia wymagań SIWZ. Zamawiający w Roz. IV podrozdz. III, część 1 pkt 1.2 ppkt 3 i 4 SIWZ wymagał załączenia do oferty Certyfikatu ISO 9001:2000 oraz Certyfikatu ISO 14001. Wykonawca załączył ww. dokumenty, które w dniu składania ofert były ważne. Termin składania ofert był wyznaczony na dzień 04.12.2009 natomiast certyfikaty były ważne do dnia 15.01.2009. W związku z powyższym niniejszy zarzut jest bezzasadny.

Oдноśnie zarzutu, o którym mowa w pkt 3 protestu.

Zamawiający nie znajduje podstaw do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp oraz odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 Pzp. Zdaniem Zamawiającego brak precyzyjnego wskazania numeru postępowania nie skutkuje nieważnością gwarancji. Wykonawca wraz z numerem podał nazwę postępowania oraz nazwę podmiotu jako beneficjenta. W związku z tym ww. elementy pozwalają na jednoznaczną identyfikację postępowania oraz Zamawiającego. Z treści załączonej do oferty gwarancji bankowej wynika, iż Zamawiający może dochodzić roszczenia z tytułu gwarancji na wypadek nie wypełnienia zobowiązań w niej określonych zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ. Takie stanowisko potwierdza wyrok KIO z dnia 10.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 51/07.

Oдноśnie zarzutu, o którym mowa w pkt 4 protestu.

Zamawiający nie znajduje podstaw do stwierdzenia, iż naruszył art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż zdaniem Zamawiającego załączony do oferty firmy MCSI Ltd. Sp. z o.o. dokument (pełnomocnictwo dla Pana Cezarego K. wystawione przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy, tj. Pana Konrada W.) jest oryginałem.

W związku z powyższym Zamawiający nie widział konieczności potwierdzania niniejszego dokumentu za zgodność z oryginałem i wobec tego nie wezwał ww. Wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu.

Oдноśnie zarzutu, o którym mowa w pkt 5 protestu.

Zamawiający nie znajduje podstaw do odrzucenia ofert MCSI Ltd Sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Zamawiający w rozdz. IV, podroz. III część 1. pkt 1.2 ppkt 2 SIWZ wymagał złożenia zaświadczenia wystawionego przez producenta (lub jego upoważnionego przedstawiciela) oferowanych tonerów do laserowych drukarek komputerowych HP LJ P 3005 d, stwierdzającego spełnianie normy ISO/IEC 19752 w zakresie testowania wydajności oferowanych tonerów lub zaświadczenie wystawionego

przez podmiot uprawniony do kontroli jakości potwierdzający, że dostarczone produkty odpowiadają ww. normom technicznym lub równoważne zaświadczenie wystawione przez podmioty mające swoją siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Zaświadczenie złożone przez firmę MCSI, a wystawione przez firmę Action producenta kaset z tonerem całkowicie spełnia powyższy wymóg wykazując przeprowadzenie testów oferowanych kaset z tonerem zgodnie z normą ISO/IEC 19752 i potwierdzając żadaną wydajność, tj. min. 13000 stron. Załączony do oferty MCSI Ltd. Sp. z o.o. Formularz raportu kasety z tonerem AT-51NX, potwierdza również spełnianie powyższego wymogu. W związku z tym niniejszy zarzut jest bezzasadny.

Oдноśnie zarzutu, o którym mowa w pkt 6 protestu.

Zamawiający poinformował, że jego zadaniem wyjaśnienia udzielone przez Wykonawcę są wystarczające. Wykonawca w wyjaśnieniach zawarł informację, że zaoferował równoważne materiały eksploatacyjne - produkty firmy Action S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Jana Kazimierza 46/54, spełniające wszystkie wymagania Zamawiającego. Przygotowując ofertę w przedmiotowym postępowaniu wykorzystano obiektywne czynniki, jakim były szczególnie korzystne i sprzyjające warunki cenowe zaoferowane przez producenta zaoferowanych produktów. Z art. 90 Pzp nie wynika, iż aby Zamawiający mógł stwierdzić, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny konieczne jest uwzględnienie w wyjaśnieniach m.in. zakresu przedmiotu zamówienia wskazanego w SIWZ. Ww. przepis ustawy mówi, że Zamawiający oceniając wyjaśnienia bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W związku z powyższym zdaniem Zamawiającego oceniając wyjaśnienia MCSI Ltd. Sp. z o.o. nie popełnił błędu uznając wyjaśnienia. Jednocześnie Protestujący stwierdza, że w wyjaśnieniach nie wspomniano, iż cena zawiera wszystkie koszty jakie należało wkalkulować w oferowaną cenę zgodnie z SIWZ. Zamawiający informuje, że oferta w rozdz. VI zawiera stwierdzenie, iż: *„podana powyżej cena jednostkowa i wartość oferty są ostateczne i nie podlegają zmianie w okresie ważności umowy a także zawierają wszystkie koszty Wykonawcy”* zgodnie z wzorem podanym przez Zamawiającego. W związku z tym ww. zarzut jest bezzasadny.

Oдноśnie zarzutu, o którym mowa w pkt 7 protestu

Zamawiający nie znajduje podstaw do odrzucenia ofert MCSI Ltd Sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w rozdz. IV, podroz. III, część 1, pkt 1.2 ppkt 3 i 4 wymagał certyfikatów ISO 9001:2000 i 14001 dla producenta oferowanego produktu. Wykonawca załączył do

oferty niniejsze certyfikaty. Jednocześnie Zamawiający informuje, że nie widzi podstaw do podważania legalności wystawionych przez jednostkę certyfikującą certyfikatów.

W dniu 13.03.2009 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie czynności odrzucenia oferty spółki MCSI Ltd. Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 Pzp, do której to czynności Zamawiający był zobowiązany w związku z niezgodnościami treści wskazanej oferty z treścią SIWZ. Podtrzymał wszystkie zarzuty (za wyjątkiem zarzutu z pkt 1 protestu) i żądania wskazane w proteście, jak również argumentację i uzasadnienie oraz rozszerza podaną w proteście argumentację odnosząc się do przytoczonych przez Zamawiającego argumentów.

Oдноśnie zarzutu o którym mowa w pkt 2 protestu oraz oddalenia protestu.

Załączone do oferty złożonej przez spółkę MCSI Ltd. Sp. z o.o. dokumenty potwierdzające spełnianie warunków SIWZ zgodnie z Rozdz. IV ust. III pkt 1.2. ppkt 3) i 4) straciły swoją ważność z dniem 15.01.2009 r. Oznacza to, że oferta została wybrana jako najkorzystniejsza potencjalnie może nie być w stanie dostarczyć dla Zamawiającego przedmiotu zamówienia spełniającego wymagania SIWZ w zakresie Certyfikatów ISO 9001 oraz ISO 14001. Zamawiający nie poprosił o uzupełnienie wyżej wymienionych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w związku z czym doszło do zaniechań Zamawiającego, które w konsekwencji mogą prowadzić do podpisania umowy z wykonawcą, który nie spełnia wymagań SIWZ.

Należy podkreślić, że ww certyfikaty które miały swoją ważność w dniu złożenia oferty nie są dokumentami potwierdzającymi potencjał ekonomiczny czy zdolność oferenta do wykonania przedmiotu zamówienia. Dokumenty te mają gwarantować Zamawiającemu, że zakupione w ramach postępowania towary są wykonane zgodnie z ww certyfikatami a nie mogły być wykonane zgodnie z ww certyfikatami, o ile byłyby kupione lub wyprodukowane przed dniem 15.01.2009. Zamawiający precyzując ww warunek w SIWZ miał przecież na względzie realną korzyść jaką niesie za sobą zakupienie wyrobu wykonanego przez producenta posiadającego ww normy.

Oдноśnie zarzutu o którym mowa w pkt 3 protestu oraz oddalenia protestu.

Załączony do oferty dokument mający potwierdzać wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej zgodnie z SIWZ Rozdz. IV ust. III pkt 1.3. ppkt 1 został wystawiony z błędnym numerem postępowania. Zarówno na gwarancji bankowej załączonej do oferty, jak i w przedłużeniu ważności tejże gwarancji widnieje numer zamówienia TZ/370/08/08 zamiast numeru TZ/370/80/08, pod którym prowadzone jest przedmiotowe postępowanie.

Zamawiający odrzucając protest powołała się na wyrok KIO z dnia 10.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 51/07. Należy podkreślić, że wyrok o którym mowa powyżej dotyczy nieprecyzyjnej nazwy postępowania na dokumencie gwarancyjnym. Jest to zupełnie inna sytuacja niż podanie błędnego numeru postępowania. MCSI Ltd Sp. z o.o. podała nie tylko nieprecyzyjną nazwę postępowania ale również podała błędny numer postępowania.

Gwarancja bankowa jest dokumentem który powinien być wystawiany z należytą starannością, z zachowaniem pełnej uwagi i precyzji. Dopóki Zamawiający nie wystąpi do banku wystawiającego gwarancję z żądaniem wypłaty wadium - nie mamy żadnej podstawy sadzić, że bank wypłaci pieniądze na każde zadanie - w sytuacji gdy Zamawiający posiada dokument z błędnym numerem postępowania.

W tej sytuacji należy też podkreślić, że rygorystyczne wymagania stawiane przez SIWZ w przypadku wpłaty wadium w pieniądzu winny być odnoszone również do firm składającym wadium w innej formie. Oferent który wpłaca wadium w pieniądzu miał za zadanie podać na przelewie wyraźną i jednoznaczną nazwę postępowania. Możemy jedynie domyślać się, że nie zastosowanie się do zapisów SIWZ w tym zakresie spowodowałyby odrzucenie oferty która zostałaby zabezpieczona wadium wniesionym w pieniądzu, z podaniem błędnej nazwy postępowania.

Odnosnie zarzutu o którym mowa w pkt 4 protestu oraz oddalenia protestu.

Odwołujący zawnioskował o weryfikację dokumentu pełnomocnictwa wystawionego przez Pana Konrada W. Pierwotnie dokument ten oceniliśmy jako kopię gdyż w naszej opinii podpis złożony na dokumencie był nie czytelny. Jeżeli Zamawiający ocenia, że pełnomocnictwo nie jest kopią, to w naszej ocenie złożony podpis, nie jest podpisem - a pełnomocnictwo nie jest podpisane.

Postrzegamy, że w tak istotnej sprawie pełnomocnictwo winno zostać podpisane czytelnie, w sposób nie wzbudzający wątpliwości co do faktu złożenia podpisu.

Odnosnie zarzutu o którym mowa w pkt 5 protestu oraz oddalenia protestu.

Załączony przez MCSI Ltd Sp. z o.o., dokument nazwany Formularzem raportu z testu wydajności kasety z tonerem AT-51NX, w swojej treści nie zawiera istotnych danych, które zgodnie z normą ISO/IEC 19752 powinny zostać odnotowane w raporcie.

W normie ISO/IEC 19752 zostały opisane szczegółowe wymagania jakie powinny zostać spełnione podczas testowania wkładów zgodnie z normą oraz dane jakie powinny zostać udokumentowane w raporcie z przeprowadzonych testów. W załączonym przez MCSI Ltd Sp. z o.o. dokumencie brak jest wyników działań statystycznych (średniej wydajności dla wszystkich badanych wkładów, odchylenia standardowego oraz przedziałów ufności) na podstawie których określa się deklarowaną wydajność badanego wkładu. Powyższe oznacza, że produkty zaoferowane przez MCSI Ltd. Sp. z o.o. w złożonej przez nią ofercie

są w tym zakresie niezgodne z wymaganiami Zamawiającego i Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, stwierdził, że załączone przez MCSI Ltd. Sp. z o.o. dokumenty być może literalnie spełniają wymagania SIWZ. Odwołujący jednak po raz kolejny zwraca uwagę Zamawiającego, że przedstawione oświadczenie oraz dołączony dobrowolnie przez MCSI Ltd. Sp. z o.o. raport z testów ISO/IEC 19752 może wskazywać na to, że producent wkładu AT-51NX, firma ActiveJet mimo powoływania się na stosowanie normy ISO/IEC 19752 nie stosuje jej.

Wskazał, że jeżeli producent kaset z tonerem AT-51NX oświadcza, zgodnie z wymaganiami SIWZ, że podawana przez niego wydajność dla kasety została zmierzona w pełni zgodnie z normą ISO/IEC 19752 - a mamy uzasadnioną wątpliwość na podstawie dołączonego do oferty i niezgodnego z normą ISO/IEC 19752 raportu z testów, że tak mogło nie być - Zamawiający winien dokładać zweryfikować czy złożone przez producenta oświadczenie jest w swoim pełnym brzmieniu zasadne. Podniósł, że Zamawiającym, że określając wymogi uczestniczenia w postępowaniu określił, że wydajność kaset z tonerem winna zostać zmierzona zgodnie z normą ISO/IEC 19752. Należy więc przyjąć, że zastosowanie tej normy do mierzenia wydajności przez producentów kaset jest z punktu widzenia Zamawiającego istotne. Powoduje też, że producenci kaset którzy nie stosują ww normy nie mogli wziąć udziału w postępowaniu. W tym aspekcie istotne staje się czy producent kaset AT-51NX mierzy wydajność kaset z tonerem zgodnie z normą ISO/IEC 19752 czy też w swobodny i wybiórczy sposób korzysta z normy o czym świadczy niezgodny z normą dołączony raport z testów. Zwrócił również uwagę na to, że poza wymienionymi w naszym protestie niezgodnościami dołączonego do oferty raportu z testów ISO/IEC 19752 dla kasety AT-51NX, w raporcie tym jest mowa o „*potrząsaniu kasetą*”. Zgodnie z normą ISO/IEC 19752 procedura „*potrząsania kasetą*” nie może być stosowana jeżeli w instrukcji obsługi wkładu takie potrząsania nie zostały dokładnie zalecone i opisane. Kupiony przez nas toner AT-51NX w instrukcji obsługi wkładu nie zawiera zaleceń dla użytkownika o możliwości czy konieczności „*potrząsania kasetą*”.

Oznacza to nie tylko fakt niezgodności w kolejnym punkcie raportu testu z normą - ale również o tym, że użytkownik może nie wydrukować na kasecie tyle stron ile teoretycznie określił producent kaset AT-51NX gdyż nie wie o tym, że ma zastosować procedurę „*potrząsania kasetą*” aby uzyskać deklarowaną przez producenta wydajność.

Po odwołaniu Odwołujący dołączył dokument z firmy ACS, która to firmę posiada normę i która to firmę poprosił o niezależną opinię na temat dokumentów przedstawionych przez Przystępującego. Do odwołania dołączył również zapakowany toner AT-51NX w celu weryfikacji zapisów instrukcji.

Odnosnie zarzutu o którym mowa w pkt 7 protestu oraz oddalenia protestu.

W treści Certyfikatu ISO 14001 powinny zostać wymienione wszystkie fabryki, w których produkowane są materiały eksploatacyjne do drukarek laserowych, tzn. wszystkie części wchodzące w skład kasety z tonerem. Wymieniony Certyfikat służy bowiem potwierdzeniu, że cały proces wytwarzania materiałów eksploatacyjnych jest zgodny z zasadami opisanymi w treści normy ISO 14001. Z dokumentu załączonego przez powyższego spółkę MCSI Ltd. Sp. z o.o. jasno wynika, że producent kaset marki Activejet, spółka Action S.A., posiada Certyfikat ISO 14001 wyłącznie na fabrykę mieszczącą się przy ul. Jana Kazimierza 46/54, 01-248 Warszawa, który to adres został wymieniony w ww. certyfikacie.

Na stan wiedzy Odwołującego się proces produkcji tonerów AT-51NX w pełni nie odbywa się w fabryce wymienionej w Certyfikacie ISO 14001 zarówno w zakresie wytworzenia wszystkich półfabrykatów (tj. kaset, wałek optyczny, bęben, toner), jak i finalnego produktu.

Zwrócił uwagę, że Przystępujący nie odniosła się do ww zarzutów poprzez na przykład złożenie oświadczenia producenta, że cały proces produkcji kasety AT-51NX odbywa się w fabryce wymienionej w certyfikacie ISO14001.

Podkreślił, że nie podważa legalności dołączonego certyfikatu ISO14001. Przekazuje jedynie informację, którymi Zamawiający nie dysponuje, że produkcja kaset AT-51NX może nie być wykonywana zgodnie z normą ISO14001. To, że producent posiada certyfikat ISO 14001 nie oznacza, że wszystkie wytwarzane przez niego produkty wytwarzane są zgodnie z ww normą. Norma ISO14001 jak każda norma jest normą wystawianą dla określonego procesu realizowanego w określonym przedsiębiorstwie, fabryce. W interesie Zamawiającego jest zweryfikowanie czy producent posiada certyfikat ISO14001 dla konkretnego, oferowanego i kupowanego przez Zamawiającego produktu.

Jeżeli wymóg produkcji produktu zgodnie z normą ISO14001 nie jest istotny dla Zamawiającego, można było zapis ten usunąć z SIWZ i tym samym dopuścić do postępowania szerszą grupę polskich producentów którzy w/w normy nie stosują.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 16.03.2009 r. Zamawiający przekazał firmie MCSI Ltd. Sp. z o.o. (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 24.03.2009 r. (wpływ bezpośredni) MCSI Ltd. Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego. Wskazał, że ma interes prawny w przystąpieniu, gdyż złożył najkorzystniejszą ofertę, a ewentualne uwzględnienie protestu pozbawi go możliwości

uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty, pismem z dnia 02.03.2009 r. Naczelnika Drugiego Urzędu Skarbowego w Warszawie, jak również dokumentem załączonym przez Odwołującego do odwołania (pismem z dnia 13.03.2009 r. – Opinia dotycząca zgodności „Formularza z raportu kasety z tonerem AT-51NX” z zapisami normy ISO/IEC 19752), jak również zapakowanym tonerem AT-51NX oraz przedłożonym na rozprawie pisemnym stanowiskiem Przystępującego w sprawie wniesionego odwołania wraz z załącznikami wskazanymi w uzasadnieniu, czy też oddzielnym oświadczeniem firmy Action SA, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego, zaprezentowanych na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą i w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutu (zarzut pierwszy) naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a w konsekwencji art. 26 ust. 3 Pzp, tj. zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, z uwagi na nie załączenie do oferty zaświadczenia potwierdzającego brak zaległości podatkowych lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, jak również zaniechania wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia brakującego dokumentu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Odnosnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w Roz. IV: „*Warunki udziału w postępowaniu, oferta oraz dokumenty wymagane od Wykonawcy*”, podrozdz. III: „*Wymagane dokumenty*”, pkt 1.1: „*Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu*”, ppkt 3 (str. 7-8) wymagał złożenia wraz z ofertą aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z uiszczeniem podatków, opłat lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenia lub rozłożenie na raty zaległych płatności bądź wstrzymanie w całości wykonania decyzji organu podatkowego – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Przystępujący złożył wraz z ofertą (str. 25-26) zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości z dnia 22.10.2008 r., w którym zaświadcza się, że ujawniono zaległości podatkowe Wnioskodawcy, wymienionego w części A, wg stanu na dzień 20.10.2008 r. wynoszą ogółem 5.037.309,13 zł (..) z tego z tytułu CIT - podatek dochodowy od osób prawnych za okres XII/2001, XII-2003 w kwocie 5.037.309,13 zł. Powyższe kwoty wynikają z nieprawomocnych decyzji Dyrektora Urzędu Kontroli Skarbowej w Warszawie Nr UKS-ZS-K-0067/6121/03/CIT/1 z dn.18.01.2007 r. oraz Nr UKS/PH/K-0029/8397/2004/CIT z dn. 16.04.2008 r. W powyższych sprawach toczy się postępowanie odwoławcze przed Dyrektorem Izby Skarbowej w Warszawie. Wstrzymanie wykonalności ww. decyzji w całości nastąpiło z mocy prawa art. 225 Ordynacji podatkowej. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 07.01.2009 r. w trybie 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia przedłożonego zaświadczenia, z uwagi na okoliczność tego rodzaju, że pieczęć urzędowa oraz pieczęć i podpisy osoby wystawiającej zaświadczenie są nieczytelne, Przystępujący dostarczył w dniu 08.01.2009 r. kopie złożonego w ofercie zaświadczenia. Ponadto, zobowiązał się do dostarczenia do wglądu oryginał dokumentu w razie takiej konieczności. Dodatkowo, Zamawiający pismem z dnia 27.02.2009 r. skierowanym do Drugiego Urzędu Skarbowego w Warszawie zwrócił się z prośbą o potwierdzenie, czy ww. dokument został wystawiony przez Urząd z odrębną adnotacją, zawartą w załączonym zaświadczeniu. W odpowiedzi Naczelnik Drugiego Urzędu Skarbowego w Warszawie (poprzez działającego z jego upoważnienia Kierownika Działu Kadr Organizacji i Zaświadczeń – Pana Roberta Jaskuły) pismem z dnia 02.03.2009 r. poinformował, że zaświadczenie z odrębną adnotacją zostało wystawione przez Naczelnika Drugiego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie.

Odnosząc w/w zapisy SIWZ do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, Izba stwierdza, że wymagany w Roz. IV SIWZ dokument został złożony przez Przystępującego w terminie składania ofert, tym samym został spełniony wymóg potwierdzenia, w tym wypadku wstrzymania w całości wykonania decyzji organu

podatkowego wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Po drugie, powyższy stan rzeczy został potwierdzony poprzez wyjaśnienia udzielone przez organ podatkowy, tj. Naczelnika Drugiego Urzędu Skarbowego w piśmie z dnia 02.03.2009 r. skierowanym do Zamawiającego.

Po trzecie, sporna adnotacja zgodnie z przywołanym wyjaśnieniami z dnia 02.03.2009 r. nie została dokonana przez Wykonawcę, jak twierdził Odwołujący, ale Naczelnika Drugiego Urzędu Skarbowego. Powyższy stan rzeczy, potwierdza także, kopia dostarczona przez Przystępującego do Zamawiającego na wezwanie z dnia 07.01.2009 r., w ramach uzupełnienia spornego zaświadczenie w trybie art. 26 ust.3 Pzp. Z treść dostarczonej kopii wynika bezspornie, że na obu stronach zaświadczenia, w tym pod adnotacją, widnieje podpis Kierownika Działu Kadr Organizacji i Zaświadczeń Pana Roberta Jaskuły działającego z upoważnienia Naczelnika Urzędu Skarbowego. Z powyższego wynika, że w toku badania i oceny złożonych ofert, czyli przed wyborem oferty najkorzystniejszej, a nie jak twierdził na rozprawie Odwołujący dopiero w dniu 02.03.2009 r. Zamawiający uzyskał jednoznaczną wiedzę odnośnie przedłożonego do oferty zaświadczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że w/w zarzut nie został potwierdzony.

Odnosnie zarzutu (zarzut drugi) zaniechania przez Zamawiającego, które może prowadzić do podpisania umowy z Wykonawcą, którego oferta nie spełnia wymagań SIWZ, tj. który może nie być w stanie dostarczyć dla Zamawiającego przedmiotu zamówienia spełniającego wymagania SIWZ w zakresie Certyfikatów ISO 9001 oraz ISO 14001, a w konsekwencji naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Odnosnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w Roz. IV: *„Warunki udziału w postępowaniu, oferta oraz dokumenty wymagane od Wykonawcy”*, podrozdz. III: *„Wymagane dokumenty”*, pkt 1.2: *„Oświadczenia i dokumenty potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia”*, ppkt 3 i 4 SIWZ (str. 9) wymagał złożenia wraz z ofertą Certyfikatu ISO 9001:2000 – system zarządzania jakością dla producenta oferowanego produktu oraz Certyfikatu ISO 14001 – standard zarządzania środowiskowego dla producenta oferowanego produktu. Powyższe certyfikaty są również wymienione jako załączniki do formularza ofertowego w ramach pkt VI (załącznik nr 1 do SIWZ). Zgodnie z podrozdz. II: *„Wymogi formalne oferty”* wskazanego wyżej rozdziału, pkt 1 lit a) SIWZ (str. 7) treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji i zostać sporządzona wg formularza ofertowego stanowiącego załącznika nr 1 do niniejszej Specyfikacji.

Przystępujący w ramach wybranej oferty złożył Certyfikatu ISO 9001:2000 w zakresie: „Projektowanie i wytwarzanie produktów do tworzenia obrazów w tym taśmy do drukarek, TTR, wkłady do drukarek atramentowych i tonery do drukarek laserowych”, organ certyfikujący: „SPEED INFOTECH (HK) CO., LTD”, data wydania: 15.01.2007, ważny do: 15.01.2009. Kserokopie oryginalnego certyfikatu wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego na język polski dokonany przez tłumacza przysięgłego (str. 10-11 oferty). Ponadto przedłożył także Certyfikatu ISO 14001 w zakresie: „Projektowanie i wytwarzanie produktów do tworzenia obrazów w tym taśmy do drukarek, TTR, wkłady do drukarek atramentowych i tonery do drukarek laserowych”, organ certyfikujący: „SPEED INFOTECH (HK) CO., LTD”, data wydania: 15.01.2007, ważny do: 15.01.2009. Kserokopie oryginalnego certyfikatu wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego na język polski dokonany przez tłumacza przysięgłego (str. 12-13 oferty). W obu wypadkach certyfikaty były wystawione firmie Action SA za markę Activejet.

Odnosząc w/w zapisy SIWZ do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, bezsprzecznie przedłożone oba certyfikaty były ważne w terminie składania ofert, tj. w dniu 04.12.2008 r. Poza tym, zgodnie z Roz. II: „Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania”, podrozdz I: „Przedmiot zamówienia”, w pkt 4 SIWZ w ramach podstawowych parametrów technicznych kaset z tonerem określił, że kasety muszą być wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert. Zaś według podrozdz II: „Termin wykonania zamówienia”, wyżej wskazanego rozdziału, pkt 1 SIWZ stwierdzał, że całość zamówienia musi być wykonana jednorazowo w terminie: 4 tygodni od daty zawarcia umowy.

Po drugie, wskazane dokumenty (oba certyfikaty) mają gwarantować, że zakupione w ramach postępowania towary są wykonane zgodnie z ww certyfikatami. Jednakże, twierdzenia Odwołującego, że oferowane produkty nie mogły być wykonane zgodnie z ww certyfikatami, o ile byłyby kupione lub wyprodukowane przed dniem 15.01.2009 jest błędne. Izba wskazuje w tym zakresie na Roz. II, podrozdz I, pkt 4 SIWZ, gdzie wprost stwierdza się, że kasety muszą być wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert.

Po trzecie, należy przyjąć przy uwzględnieniu wszystkich przywołanych na wstępie zapisów SIWZ, jak również oświadczeń złożonych w ramach formularza ofertowego (m.in. oświadczenie, że kasety są wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert), że Przystępujący zaoferował produkt wyprodukowany nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert, a nie później niż do 15.01.2009 r.

Po czwarte, nie bez znaczenia dla nie uwzględnienia niniejszego zarzutu jest okoliczność, iż Przystępujący przedłożył jako załącznik do pisemnego stanowiska w sprawie wniesionego odwołania przedłożonego na rozprawie, kopie certyfikatów ISO 9001:2000 oraz

ISO 14001:2000 wraz z tłumaczeniem na język polski, ważne na kolejny okres (do 15.01.2011 r.) od następnego dnia po upływie terminu ważności certyfikatów dołączonych do oferty. Brak poświadczenia tłumaczenia przez tłumacza przysięgłego nie zmienia faktu, iż przedłożone certyfikaty są ważne, gdyż powyższa okoliczność była bezsporna podczas rozprawy między stronami.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że w/w zarzut jest niezasadny.

Odnosnie zarzutu (zarzut trzeci) naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 Pzp, z uwagi na nie zabezpieczenie w sposób prawidłowy wadium, oferty uznanej za najkorzystniejszą, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Odnosnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w Rozdz. IV „Warunki udziału w postępowaniu, oferta oraz dokumenty wymagane od Wykonawcy”, podrozdz. III: „Wymagane dokumenty”, pkt 1.3: „Inne wymagane oświadczenia i dokumenty”, ppkt 1 (str. 9) wymagał złożenia wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, jeżeli zostało wniesione w innej formie niż w pieniądzu (zaleca się złączyć do oferty). Z kolei w Rozdz. III: „Wysokość i zasady wniesienia wadium”, podrozdz. III: „Termin i miejsce wniesienia wadium”, pkt 3 Zamawiający stwierdził, że w przypadku wnoszenia wadium w pozostałych dopuszczalnych formach określonych w podrozdziale II oryginał należy złożyć w siedzibie Zamawiającego, natomiast kserokopie dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium zaleca się dołączyć do oferty. W pkt następnym, tj. 4 wskazując, że: *„Z dokumentu wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej powinno wynikać gwarantowanie wypłaty należności w sposób nieodwołalny, bezwarunkowy i na pierwsze żądanie. Wadium powinno obejmować cały okres związania ofertą, poczynając o d daty składania ofert”*.

Przystępujący załączył do oferty (str. 28-29) kopię gwarancji bankowej przetargowej (wadium) nr 49/2008 z dnia 02.12.2008 r. wystawioną na rzecz Zamawiającego, w której stwierdza się, że: *„Zostaliśmy poinformowani przez MCSI (.....) zwanej dalej „Wykonawcą”, że w związku z ogłoszonym przez Was przetargiem nr TZ/370/08/80 na „dostawę kaset z tonerem do laserowych drukarek komputerowych HP LJ P 3005 d”, w którym wysokość wadium 80.000,00 zł (..) (zwanym dalej „Przetargiem”), Wykonawca ma zamiar złożyć Wam swoją ofertę (zwana dalej: „Ofertą”). W związku z powyższym, my Powszechna Kasa Oszczędności (...), działając na zlecenie Wykonawcy, zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia Wam każdej kwoty do wysokości nie przekraczającej łącznie 80.000,00 zł (...) na pierwsze Wasze pisemne żądanie zapłaty, podpisane przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w Waszym imieniu i zawierające oświadczenie,*

że Wykonawca nie zastosował się do warunków Oferty (...). W celu identyfikacji Wasze pisemne żądanie zapłaty musi być nam przedstawione za pośrednictwem banku prowadzącego Wasz rachunek. (..)”. W dniu 29.01.2009 r., Przystępujący na wezwanie Zamawiającego przedłożył aneks nr 1 z dnia 28.01.2009 r. do gwarancji bankowej przetargowej (wadialnej) nr 49/2008 udzielonej w dniu 02.12.2008 r. w związku z przedłużeniem terminu związania ofertą do dnia 02.04.2009 r. W swej treści powtórzył niniejszy aneks sformułowania z gwarancji bankowej przetargowej (wadialnej) nr 49/008 udzielonej w dniu 02.12.2008 r. przedłużając okres ważności gwarancji nr 49/2008 do dnia 02.04.2009 r. W pozostałym zakresie nie zmieniając treści gwarancji.

Odnosząc w/w zapisy SIWZ do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, w ocenie Izby, przedłożona do oferty kopia gwarancji bankowej przetargowej (wadialnej) nr 49/2008 z dnia 02.12.2008 r. oraz kopia aneksu nr 1 z dnia 28.01.2009 r. do gwarancji bankowej przetargowej (wadialnej) nr 49/2008 z dnia 02.12.2008 r. dostarczona Zamawiającemu na wezwanie, pozwalają na jednoznaczną identyfikację postępowania oraz Zamawiającego. Wynika to z pełnego wskazania nazwy postępowania oraz skierowania przez wystawcę bezpośrednio do Zamawiającego określonego poprzez pełną jego nazwę i adres. W tym zakresie, Izba uznała za adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego orzeczenie KIO z dnia 10.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 51/07 przywołane przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu.

Po drugie, Izba stoi na stanowisku, że tak kopia gwarancji bankowej, jak i aneks nr 1 wskazane powyżej nie uzależniają w żaden sposób praw beneficjenta od istnienia, bądź nie numeru postępowania nadanego przez Zamawiającego. Wobec powyższego brak jest podstaw do uznania, że ewentualne roszczenia Zamawiającego względem wystawcy w zakresie wadium w wysokości 80.000,- PLN będą nieskuteczne.

Po trzecie, Izba przy ocenie niniejszego zarzutu nie brała pod uwagę złożonego wraz z pisemnym stanowiskiem Przystępującego w sprawie wniesionego odwołania przedłożonym na rozprawie, aneksu nr 2 z dnia 17.03.2009 r. do gwarancji bankowej przetargowej (wadialnej) nr 49/2008 udzielonej w dniu 02.12.2008 r. W ocenie Izby mimo, jednoznacznego wyjaśnienia w jej treści spornej kwestii numeru postępowania nie może on być uwzględniony z uwagi na jego złożenie po terminie składania ofert.

Ponadto, Izba uznała na mocy art. 188 ust. 7 Pzp za wiarygodne następujące oświadczenia złożone przez Zamawiającego do protokołu na rozprawie. Pierwsze, względem możliwości prowadzenia postępowania nr TZ/370/08/08 z uwagi na ciągłość numeracji prowadzonych zamówień publicznych w jego jednostce. Drugie, iż nazwa postępowania nr TZ/370/08/08 nie jest tożsama z nazwą przedmiotowego postępowania oraz kolejne, iż nie było w tym postępowaniu wymagane wadium w wysokości 80.000,- PLN.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że w/w zarzut nie został potwierdzony.

Oдноśnie zarzutu (zarzut czwarty) naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a konsekwencji art. 26 ust. 3 Pzp, z uwagi na załączenie wadliwego pełnomocnictwa dla Pana Cezarego K. wystawione przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy, tj. Pana Konrada W., Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w Rozdz. IV *„Warunki udziału w postępowaniu, oferta oraz dokumenty wymagane od Wykonawcy”*, podrozdz. II: *„Wymogi formalne oferty”*, pkt 1 lit c) SIWZ (str. 7) Zamawiający stwierdził, że: *„oferta i załączone do niej oświadczenia i dokumenty, wymagane przez Zamawiającego, sporządzone przez Wykonawcę muszą być podpisane; za podpisanie uznaje się własnoręczny podpis złożony (w sposób umożliwiający identyfikację osoby) przez osobę (-y) upoważnioną (-e) do reprezentowania Wykonawcy”*. W Rozdz. IV, podrozdz. III: *„Wymagane dokumenty”*, pkt 1.3: *„Inne wymagane oświadczenia i dokumenty”*, ppkt 2 (str. 9) wymagał złożenia wraz z ofertą, w przypadku, gdy Wykonawcę reprezentuje pełnomocnik – pełnomocnictwo określające jego zakres i podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji Wykonawcy. W podrozdz. V: *„Forma dokumentów”* tego samego rozdziału, pkt 1 określił, że: *„Wymagane dokumenty powinny być przedstawione w formie oryginału lub kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do reprezentowania Wykonawcy. Za osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy uznaje się osoby upoważnione do reprezentowania firmy, wskazane we właściwym rejestrze lub ewidencji działalności gospodarczej bądź w stosownym pełnomocnictwie, które należy załączyć do oferty w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez osobę udzielającą pełnomocnictwa lub poświadczone notarialnie.”*

Protestujący złożył w ramach oferty (str. 31-33) następujące pełnomocnictwa: 1) pełnomocnictwo z dnia 20.11.2008 r. wystawione przez Pana Prezesa Zarządu – Konrada W. na rzecz Pana Cezarego K., upoważniające m.in. do reprezentowania i działania w imieniu Przystępującego w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, przetargach, zapytaniach publicznych, w tym do podpisywania i składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz do udzielania dalszych pełnomocnictw; 2) pełnomocnictwo z dnia 01.12.2008 r. wystawione przez Pana Cezarego K. na rzecz Pani Katarzyny N. do reprezentowania i działania (...) w postępowaniu (..) w szczególności do: podpisania i złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, parafowania stron oferty i potwierdzania kopii dokumentów za zgodność z oryginałem; 3) pełnomocnictwo z dnia 20.11.2008 r. wystawione przez Pana Cezarego K. na rzecz Pani Katarzyny Z. – Kierownika Projektów do poświadczania za zgodność z oryginałem kopii wszystkich dokumentów i oświadczeń składanych wraz z ofertą w przetargach i zapytaniach publicznych.

Odnosząc w/w zapisy SIWZ do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, z okazanego na rozprawie przez Zamawiającego, wraz z oryginalną ofertą, pełnomocnictwa z dnia 20.11.2008 r. wystawionego przez Pana Prezesa Zarządu – Konrada W. na rzecz Pana Cezarego K. wynika w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, że ma ono charakter oryginału, a nie kserokopii wymagającej potwierdzenia za zgodność z oryginałem.

Po drugie, wobec złożenia oryginalnego pełnomocnictwa przez Przystępującego do złożonej oferty, Izba uznaje, że mają zastosowanie zapisy z Rozdz. IV, podrozdz. II, pkt 1 lit c) SIWZ (str. 7) zgodnie z którymi: *„oferta i załączone do niej oświadczenia i dokumenty, wymagane przez Zamawiającego, sporządzone przez Wykonawcę muszą być podpisane; za podpisanie uznaje się własnoręczny podpis złożony (w sposób umożliwiający identyfikację osoby) przez osobę (-y) upoważnioną (-e) do reprezentowania Wykonawcy”*. Bezspornie z przedłożonego pełnomocnictwa wynika, że zostało ono podpisane poprzez złożenie własnoręcznego podpisu (w sposób umożliwiający identyfikację osoby) przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy, tj. Pana Prezesa Zarządu – Konrada W. (identyfikacja osoby podpisującej na podstawie pieczętki imiennej oraz załączonego odpisu z KRS Nr: 0000037267).

Po trzecie, odnośnie stanowiska Odwołującego, że przedłożone pełnomocnictwo wymagało co najmniej wyjaśnień, Izba stwierdza, że co prawda procedura wynikająca z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp ma charakter obligatoryjny, ale do skorzystania z niej muszą zaistnieć uzasadnione podstawy faktyczne. Z wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego na rozprawie wynika, że w jego ocenie brak było podstaw do zastosowania art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp, co zdaniem Izby zostało wykazane przez niego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że w/w zarzut nie został potwierdzony.

Odnosnie zarzutu (zarzut piąty) naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaferowanie produktów przez MCSI Ltd. Sp. z o.o. w złożonej przez nią ofertę niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego, tzn. takich w których wydajność kasety z tonerem nie zapewnia wydruku 13.000 stron przy 5% zaczernieniu mierzonym zgodnie z normą ISO/IEC 19752, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Odnosnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w Roz. II: *„Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania”*, podrozdz I: *„Przedmiot zamówienia”*, w pkt 1 w ramach podstawowych parametrów technicznych kaset z tonerem określił, że wydajność kasety z tonerem musi zapewnić wydruk 13.000 stron przy 5% zaczernieniu mierzonym zgodnie z normą ISO/IEC 19752.

W Roz. IV: „Warunki udziału w postępowaniu, oferta oraz dokumenty wymagane od Wykonawcy”, podrozdz. III: „Wymagane dokumenty”, pkt 1.2: „Oświadczenia i dokumenty potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia”, ppkt 2 SIWZ (str. 8-9) wymagał złożenia wraz z ofertą zaświadczenia wystawionego przez producenta (lub jego upoważnionego przedstawiciela) oferowanych tonerów do laserowych drukarek komputerowych HP LJ P 3005 d, potwierdzającego spełnienie normy ISO/IEC 19752 w zakresie testowania wydajności oferowanych tonerów lub zaświadczenie wystawione przez podmiot uprawniony do kontroli jakości potwierdzający, że dostarczone produkty odpowiadają w/w normom technicznym lub równoważne zaświadczenie wystawione przez podmioty mające swoją siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Powyższe są również wymienione jako załączniki do formularza ofertowego w ramach pkt VI (załącznik nr 1 do SIWZ). Zgodnie z podrozdz. II: „Wymogi formalne oferty” wskazanego wyżej rozdziału, pkt 1 lit a) SIWZ (str. 7) treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji i zostać sporządzona wg formularza ofertowego stanowiącego załącznika nr 1 do niniejszej Specyfikacji.

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi z dnia 03.12.2008 r. na pytanie 1. Pytanie: „(...) Norma ISO/IEC 19752 jest normą, która nie jest wydawana na firmę, organizację czy produkt. Norma ta definiuje w jakich warunkach i w jaki sposób mają być przeprowadzone testy wydajnościowe tonerów. Jedyнным dokumentem jaki definiuje i określa norma jest "Raport z testów". Producenci którzy zakupili normę ISO/IEC 19752 i testują wydajność produktów w oparciu o ww. normę kończą i dokumentują proces testów "Raportem z testów". Tylko "Raport z testów" potwierdza że podawana przez producenta wydajność dla konkretnego tonera jest wynikiem przeprowadzenia testów zgodnie z normą ISO/IEC 19752. W "Raporcie z testu" którego wzór określa norma jest zawarty szereg istotnych danych, ale norma nie określa dokładnie, że zaczernienie dokumentu jest nie mniejsze niż 5%, określa natomiast jaki dokładnie dokument powinien być drukowany podczas testu. Wzór takiego dokumentu został wyraźnie zdefiniowany przez normę. Zakładając, że intencją Zamawiającego było, aby wydajności tonerów były nie mniejsze niż 13 000 stron wg określonych przez normę ISO/IEC 19752 warunków czy należy rozumieć zapisy SIWZ w taki sposób, że wymaganym przez SIWZ warunkiem jest przedstawienie "Raportu z testów ISO/IEC 19752" potwierdzającego, że wydajność tonera została zmierzona zgodnie z zapisami normy ISO/IEC 19752 i wynosi 13 000 stron?”.

W odpowiedzi, Zamawiający stwierdził, że: „(..) podtrzymuje zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zgodnie z zapisami SIWZ do oferty należy dołączyć zaświadczenie wystawione przez producenta (lub jego upoważnionego przedstawiciela) oferowanych tonerów do laserowych drukarek komputerowych HP LJ 3005. W związku z tym

Zamawiający uzna raport z testów wystawiony przez producenta (lub jego upoważnionego przedstawiciela) dla oferowanych tonerów do laserowych drukarek komputerowych HP LJ 3005.”

Przystępujący złożył w ramach oferty oświadczenie, że przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdz. II SIWZ (str. 7 oferty) oraz oświadczenie spółki Actoin SA producenta markowych materiałów eksploatacyjnych ActiveJet, że: 1) materiał eksploatacyjny marki ActiveJet wymieniony powyżej jest fabrycznie nowy, nie regenerowany w jakimkolwiek stopniu, wyprodukowany przy użyciu wcześniej nie używanych części, nie poddany procesowi ponownego napełniania lub wymianie jakichkolwiek części, bez śladów użytkowania, 2) produkt AT-51NX zapewnia prawidłowe działanie biurowych urządzeń drukujących i kopiujących, posiada parametry fizyczno-chemiczne, techniczne oraz wydajnościowe i użytkowe równe lub wyższe niż oryginalne materiały eksploatacyjne, 3) wynik testów mierzony według standardu ISO/IEC 19752 dla AT-51NX wynosi 13000 stron A4 przy 5% zacinieniu, 4) proponowany Zamawiającemu produkt może być stosowany w urządzeniach do których jest przeznaczony, 5) materiały eksploatacyjne marki ActiveJet produkowane są zgodnie z wymogami ISO 9001:2000 oraz ISO 4001:1996 (str. 8 oferty). Ponadto, Przystępujący złożył wraz z drugim z przywołanych powyżej oświadczeń Formularz raportu (str. 9 oferty) kasety z tonerem AT-51NX, będący raportem z testu wydajności kasety z tonerem marki ActiveJet AT-51NX do monochromatycznej drukarki laserowej, zgodnego ze standardem ISO/IEC 19752. Niniejszy zawiera: 1) informacje o produkcie AT-51NX; 2) liczbę testowanych kaset, liczbę kaset użytych w obliczeniach, tryb drukowania, liczbę testowanych drukarek, rozmiar, klasę i kierunek podawania papieru oraz informacje dodatkowe; 3) dane z testów kaset oraz 4) stwierdzenie, iż wydajność kasety z tonerem AT-51NX jest nie mniejsza niż 13000 str. mierzona według standardu ISO/IEC 19752.

Odnosząc w/w zapisy SIWZ do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, Izba uznaje jako bezsporną między stronami okoliczność tego rodzaju, iż raport z testów wydajności oferowanych kaset nie był dokumentem obligatoryjnie wymaganym przez Zamawiającego. Dokumentem tym było zaświadczenie wskazane w Roz. IV, podrozdz. III, pkt 1.2, ppkt 2 SIWZ (str. 8-9). Powyższe wynika nie tylko z SIWZ, ale odpowiedzi z dnia 03.12.2008 r. na pytanie 1 Zamawiającego, jak również treści protestu oraz nie negowania tego faktu przez Odwołującego na rozprawie.

Po drugie, protest w swej treści *de facto* odnosi się tego co powinno znaleźć się w raporcie z testu, który nie był obligatoryjnie wymagany przez Zamawiającego.

Po trzecie, tak zaświadczenie, jak i raport bezsprzecznie potwierdzają, iż wydajność kasety z tonerem zapewnia wydruku 13.000 stron przy 5% zacinieniu mierzonym zgodnie

z normą ISO/IEC 19752. Niniejsze okoliczność dopuścił także sam Odwołujący na stronie 5 odwołania.

Po czwarte, nie jest możliwe uznanie załączonej przez Odwołującego do odwołania opinii - pismo z dnia 13.03.2009 r., z uwagi na okoliczność tego rodzaju, że licencja wskazana w przedłożonej opinii nie uprawnia do wydawania ekspertyz, czy też opinii w zakresie stosowania normy ISO/IEC 19752. W wyniku powyższego Izba uznała przedłożoną opinię za opinię prywatną wystawioną na zlecenie Odwołującego. Ponadto, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym na rozprawie wskazana licencja dotyczy stosowania normy ISO/IEC 19752 przez podmiot na rzecz którego została wystawiona. Jednakże, przedłożenie niniejszej licencji nie było wymagane przez Zamawiającego.

Po piąte, uznanie, że z uwagi na treść fakultatywnego dokumentu konieczne jest zanegowanie treści innych obligatoryjnych dokumentów i oświadczeń złożonych przez Przystępującego jest niezasadne. Przystępujący tak w formularzu ofertowym, jak i oddzielnym oświadczeniu (str. 7 oferty) potwierdzał oferowanie przedmiotu zamówienia spełniającego wszystkie wymagania Zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdz. II SIWZ. Ponadto, złożył wymagane zaświadczenie od producenta wskazane w Rozdz. IV, podrozdz. III, pkt 1.2, ppkt 2 SIWZ (str. 8-9). Dodatkowo potwierdza to także złożone przez Przystępującego jako załącznik w ramach pisemnego stanowiska w sprawie wniesionego odwołania oświadczenie producenta firmy Action SA z dnia 25.03.2009 r. Powyższe oświadczenie w swej treści potwierdza także zasadność stanowiska Izby w zakresie zarzutu drugiego, szóstego oraz siódmego. Także złożone przez Przystępującego oddzielnie oświadczenie firmy Action SA wbrew stanowisku Odwołującego potwierdza, a nie zaprzecza w swej treści oryginalny nie regenerowany w jakimkolwiek stopniu charakter materiałów eksploatacyjnych tej firmy.

Względem kwestii procedury „*potrząsania*” kasetą, Izba stwierdza, że po pierwsze kwestia ta nie była przedmiotem protestu. Po drugie została poruszona w ramach przedłożonej opinii, którą Izba uznała za opinię prywatną wydaną na zlecenie Odwołującego. Po trzecie, w ramach oświadczenia producenta firmy Action SA z dnia 25.03.2009 r. zostało wskazane, że toner AT-51NX niezależnie od ilości potrząśnień posiada wydajność wymaganą przez Zamawiającego w SIWZ. Wobec powyższego, Izba uznał, że nie ma konieczności przeprowadzenia dowodu z instrukcji obsługi zawartej w ramach dołączonego do odwołania zapakowanego toneru AT-51NX.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że w/w zarzut nie został potwierdzony.

Oдноśnie zarzutu (zarzut szósty) naruszenia przez Zamawiającego art. 90 Pzp poprzez uznanie wyjaśnień udzielonych przez MCSI Ltd. Sp. z o. o. w zakresie elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz sposobu w jaki elementy te

wpłynęły na cenę oferty, mimo, że zaoferowana cena ma charakter ceny rażąco niskiej, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Odnośnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w Roz. V: „*Opis sposobu obliczania ceny oferty*” w pkt 4 SIWZ (str.11) stwierdził, że ceny podane w ofercie powinny zawierać wszystkie koszty związane z dostawą, ubezpieczeniem, opakowaniem oraz uwzględnić inne opłaty i podatki, a także ewentualne opusty i rabaty. W ramach formularza ofertowego – załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał złożenia oświadczeń, o których mowa poniżej. Zaś we wzorze umowy w § 2 cena umowy ust. 1 zawarł zapis, że cena jednostkowa kasety z tonerem, o której mowa w § 1 zawiera w sobie koszty transportu, ubezpieczenia do miejsca dostawy, cło importowane naliczone według aktualnie obowiązujących przepisów oraz wszystkie inne koszty sprzedawcy związane z realizacją umowy oraz jest ceną ostateczną, niezmienną w okresie ważności umowy.

Przystępujący w ramach formularza ofertowego złożył m.in. oświadczenie, że ceny jednostkowe na wszystkie elementy zamówienia określone są w części oferty – formularza cenowego zgodnie z postanowieniami Rozdziału V Specyfikacji, jak również w ramach formularza cenowego (Rozdz. VI – str. 3 oferty), że podana cena jednostkowa i wartość oferty są ostateczne i nie podlegają zmianie w okresie ważności umowy a także zawierają wszystkie koszty Wykonawcy. Zamawiający pismem z dnia 08.01.2009 r. zwrócił się do Przystępującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie wskazania elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz sposobu w jaki elementy te wpłynęły na cenę oferty. Wyjaśnienia powinny uwzględniać m.in. zakres przedmiotu zamówienia wskazany w SIWZ. W odpowiedzi z dnia 09.01.2009 r. Przystępujący poinformował, iż zaoferował równoważne materiały eksploatacyjne spełniające warunki Zamawiającego określone w SIWZ, w ilości odpowiadającej zamówieniu. Wyjaśnił, iż od kilku lat jest partnerem producentów i dystrybutorów materiałów eksploatacyjnych różnych marek i korzysta ze specjalnej oferty w/w podmiotów. Przygotował ofertę w przedmiotowym postępowaniu wykorzystując obiektywne czynniki jakim były szczególnie korzystne i sprzyjające warunki cenowe zaoferowane ze względu na ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc w/w zapisy SIWZ do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, Izba uznała, że mimo nie wskazania niniejszego *ekspresis verbis*, istotą zarzutu jest kwestionowanie zasadności uznania przez Zamawiającego wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego w trybie art. 90 Pzp wobec stwierdzenia zawartego w proteście: „*Powyższa odpowiedź dowodzi, iż przy kalkulowaniu skorzystano jedynie z korzystnych warunków cenowych zaproponowanych firmie przez producenta. Nie*

wspomniano o tym, że cena zawiera wszelkie koszty jakie należało wkalkulować w oferowaną cenę zgodnie z SIWZ. (.....) W konsekwencji działanie takie może skutkować odmową podpisania umowy przez wykonawcę (...), spowodowaną przez błędne skalkulowanie ceny Oferty i nie wzięcie pod uwagę ewentualnych dodatkowych kosztów realizacji zamówienia związanych np. z dostawą”. Twierdzenia Odwołującego z rozprawy, że w ramach niniejszego zarzutu kwestionował spełnianie w ramach oferowanego przez Przystępującego produktu wymogów określonych przez Zamawiającego w zakresie wymaganych norm, czy też domniemanie, że Przystępujący zaoferował *de facto* produkty nie fabrycznie nowe, ale regenerowane nie znajduje uzasadnienia ani w treści protestu, ani odwołania, gdzie niniejszy zarzut został tylko podtrzymany.

Po drugie, w ocenie Izby Przystępujący w ramach zaoferowanej ceny Wykonawca wkalkulował wszelkie swoje koszty (zgodnie z oświadczeniem z Rozdz. VI formularza cenowego – strona 3 oferty).

Po trzecie, Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana cena przez Przystępującego ma charakter ceny rażąco niskiej. Nie można bowiem uznać, że miernikiem ceny nie mającej charakter rażąco niskiej są tylko i wyłącznie ceny Wykonawców oferujących materiały eksploatacyjne tzw. oryginalne HP, czyli do oryginalnych urządzeń HP (5 z 7 złożonych ofert, każda powyżej 3 mln PLN). Zdaniem Izby do takiego stanowiska prowadzi cała argumentacja przytoczona na rozprawie przez Odwołującego. Fakt, że 2 pozostałe oferty w tym oferta Przystępującego oferują materiały eksploatacyjne tzw. równoważne firmy Action SA na poziomie zbliżonym prawie 2 mln PLN, wskazuje, że w konsekwencji ceny niniejsze nie mają charakteru ceny rażąco niskiej, lecz są konsekwencją istniejących cen rynkowych. Zaś różnica cenowa to przejaw konkurencji między produktami HP, a produktami firmy Action SA. Przedłożony w celach informacyjnych przez Przystępującego wydruk ze strony internetowej, mimo iż nie został uznany przez Izbę za dowód, w sposób pośredni potwierdza powyższe stanowisko.

Po czwarte, jak wynika z ustaleń sam Zamawiający wskazywał, że wartość szacunkowa w niniejszym zamówieniu (2. 885.245,90 PLN netto – DRUK ZP-1), jak i w konsekwencji kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia (3.520.000,00 PLN brutto) musiała uwzględnić tak ceny rynkowe na produkty HP, jak i produkty firm konkurencyjnych. Zgodnie zaś z oświadczeniem Przystępującego na rynku są dostępne jeszcze materiały eksploatacyjne firmy Lambda. Powyższe dodatkowo potwierdza zasadność stanowiska Izby w odniesieniu do niniejszego zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że w/w zarzut nie został potwierdzony.

Odnosnie zarzutu (zarzut siódmy) naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaoferowanie produktów przez MCSI Ltd. Sp. z o.o. w złożonej przez nią

ofertę niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego, tzn. certyfikat ISO 9001:2000 oraz ISO 14001 wystawiony dla Action S.A. może nie gwarantować, że produkty proponowane przez MCSI Ltd Sp. z o.o. zostały wyprodukowane zgodnie z normą ISO 9001:2000 oraz ISO 14001, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Odnośnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił, że niniejsze są tożsame ze wskazanymi powyżej w ramach rozpatrywanego zarzutu drugiego.

Przystępujący tak, jak było to wskazywane również w ramach rozpatrywanego zarzutu drugiego złożył certyfikat ISO 9001:2000 oraz ISO 14001. W ich treści oprócz przywołanych w ramach zarzutu drugiego stwierdzeń wskazują się również odpowiednio, że: „*SPEED INFOTECH (HK) LIMITED niniejszym przyznaje FIRMIE ACTION SA ZA MARKE ACTIVEJET UL. JANA KAZIMIERZA 46/54 01-248 WARSZAWA której produkty są wytwarzane zgodnie z ISO 9001:2000 w następującym zakresie (...)*” oraz „*SPEED INFOTECH (HK) LIMITED niniejszym przyznaje FIRMIE ACTION SA ZA MARKE ACTIVEJET UL. JANA KAZIMIERZA 46/54 01-248 WARSZAWA której produkty są wytwarzane zgodnie z ISO 14001:2000 w następującym zakresie (...)*”. Ponadto, Odwołujący wskazywał na okoliczności będące podstawą niniejszego zarzutu w piśmie z dnia 22.12.2008 r. (wpływ do Zamawiającego 02.01.2009 r.) będącym rezultatem dokonanego wglądu do złożonych ofert w dniu 10.12.2008 r. W niniejszym piśmie zwraca uwagę Zamawiającemu na swoje spostrzeżenia m.in. dotyczące kwestii wynikających z zarzutu względem oferty Przystępującego. Wnioskuje o weryfikację i potwierdzenie u producenta, że proces produkcji tonerów AT-51 NX w pełni odbywa się w wymienionej w certyfikacie fabryce. Zwraca się z prośbą o przekazanie stosownej informacji będącej rezultatem tych wyjaśnień.

Odnośząc w/w zapisy SIWZ do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, Zamawiający wymagał złożenia certyfikatów ISO 9001:2000 oraz ISO 14001, ale nie określał w sposób szczegółowy ich treści. W pierwszym wypadku, SIWZ (na str. 9) stwierdzało, iż chodzi o certyfikat w zakresie systemu zarządzania jakością dla producenta oferowanego produktu, zaś w drugim wypadku, iż chodzi o certyfikat w zakresie standardu środowiskowego dla producenta oferowanego produktu.

Po drugie, argumentacja Odwołującego tak z protestu, jak i odwołania nie może być uznana, gdyż to organ certyfikujący tak w wypadku certyfikatów przedłożonych do oferty, jak i certyfikatów złożonych na rozprawie, w toku procedury bada zasadność ich wydania. Należy uznać, że wobec ich uzyskania przez firmę Action SA organ certyfikujący uznał, że cały proces wytwarzania materiałów eksploatacyjnych jest zgodny z zasadami opisanymi w treści normy ISO 9001:2000 oraz ISO 14001.

Po trzecie, w ocenie Izba, nie jest ona organem uprawnionym do podważania zasadności wystawienia przez organ certyfikujący SPEED INFOTECH (HK) LIMITED wskazanych certyfikatów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że w/w zarzut nie został potwierdzony.

Odnosnie zarzutu (zarzut ósmy) naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 Pzp, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny. Niniejszy stanowi konsekwencje wcześniejszych zarzutów. W tym przypadku jak ustaliła Izba żaden z podnoszonych powyżej zarzutów nie został udowodniony.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że w/w zarzut nie został potwierdzony.

Mając na uwadze nie potwierdzenie się żadnego z zarzutów, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....