

Sygn. akt: KIO 1435/13

WYROK

z dnia 3 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 lipca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2013 r. przez **wykonawcę A..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM” A..... P..... z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fabryczna 15** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Pocztę Polską Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 2 Region Infrastruktury w Poznaniu Dział Zamówień w Poznaniu, ul. Głogowska 17**

przy udziale **wykonawcy BS Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skawinie, ul. Wyspiańskiego 15a** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1435/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę A..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM” A..... P..... z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fabryczna 15** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę A..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM” A..... P..... z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fabryczna 15** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek, kserokopiarek i faksów zostało wszczęte przez zamawiającego Poczta Polska Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 2 Region Infrastruktury w Poznaniu Dział Zamówień w Poznaniu, ul. Głogowska 17 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 marca 2013r. za numerem 2013/S 046 – 074605.

W dniu 4 czerwca 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania.

W tym o wyborze oferty BS Polska SA z siedzibą w Skawinie, ul. Wyspiańskiego 15A jako najkorzystniejszej oraz o ocenie pozostałych ofert :

- Oferta Nr 2 złożona przez MAK Sp. z o.o. ul. Kozacka 3, 87-100 Toruń (oferta otrzymała 76,16 pkt, z czego: cena ofertowa brutto – 32,90 pkt, udział oryginalnych materiałów eksploatacyjnych – 43,25)

- Oferta Nr 4 złożona przez Lyreco Polska S.A. ul. Sokołowska 33, Sokołów 05-806 Komorów (oferta otrzymała 76,31 pkt, z czego: cena ofertowa brutto – 38,15 pkt, udział oryginalnych materiałów eksploatacyjnych – 38,16)

- Oferta Nr 5 złożona przez P.W. Multikom A..... P..... ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz (oferta otrzymała 74,70 pkt, z czego: cena ofertowa brutto – 31,45 pkt, udział oryginalnych materiałów eksploatacyjnych – 43,25)

- Oferta Nr 6 złożona przez Advatech Sp. z o.o. ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław (oferta otrzymała 71,24 pkt, z czego: cena ofertowa brutto – 26,24 pkt, udział oryginalnych materiałów eksploatacyjnych – 45,00).

- Oferta Nr 3 złożona przez OSAA ul. Słowackiego 1, 85-009 Bydgoszcz (oferta odrzucona).

W dniu 14 czerwca 2013r. odwołanie drogą elektroniczną wniósł wykonawca A..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM” A..... P..... z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Fabryczna 15 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym w dacie złożenia za pomocą ważnego certyfikatu pochodzących od właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 14 czerwca 2013r. Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawartego w piśmie z dnia 04.06.2013r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie : art. 89 ust.1 pkt. 2, art. 7, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. – (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz 759 ze zm - zwanej dalej ustawą) poprzez :

1/ bezprawny wybór oferty firmy BS Polska z siedzibą przy ul. Wyspiańskiego 15 A, 32-050 Skawina,

2/ zaniechanie odrzucenia ofert firmy Lyreco Polska S.A., ul. Sokołowska 33, Sokołów, MAK Sp. z o.o., ul. Kozacka 3, Toruń, Advatech Sp. z o.o., ul. Klecińska 123, Wrocław niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

3/ dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców

4/ naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania,

5/ zaniechanie wyboru oferty odwołującego.

Wniósł o:

1/unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty firmy BS Polska.

2/ nakazanie odrzucenia ofert: BS Polska, Lyreco Polska S.A., MAK Sp. z o.o., Advatech Sp. z o.o.

3/ ponowną ocenę ofert i wybór oferty firmy Multikom,

Wskazał, że w niniejszym postępowaniu oferty złożyło sześciu wykonawców. Oferta odwołującego jest oferta czwartą wg punktacji końcowej ale jedyną ofertą ważną, nie podlegającą odrzuceniu w związku z czym winna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Poprzez wybór oferty wadliwej pozbawiono odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym odwołujący uważa, że zostały spełnione przesłanki wniesienia środka odwoławczego przewidziane w art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w formularzu asortymentowo cenowym w rubryce 5 wskazał parametry produktów poprzez podanie minimalnej wymaganej pojemności lub wydajności dla wszystkich produktów. Wykonawcy BS Polska, Lyreco Polska S.A., MAK Sp. z o.o. Advatech Sp. z o.o. zaoferowali w poz. 263, 264, 265 wkłady atramentowe o wydajności 300 str., a nie jak wymagał zamawiający 350 str., tym samym według odwołującego oferty ww. wykonawców nie spełniają wymogów zawartych w SIWZ. Żaden z wykonawców nie oprotestował zapisów SIWZ ani nie żądał wyjaśnień ich treści, tym samym wymogi w niej zawarte są wiążące dla wszystkich wykonawców. Wymagana wydajność podana w rubryce nr 5 dotyczy wszystkich materiałów eksploatacyjnych, a nie tylko produktów równoważnych (brak takich zapisów w SIWZ). Ponadto inne wymogi dotyczące wydajności dla produktów oryginalnych i równoważnych naruszałoby ustawę. W poz. 263-265 produkty oryginalne nie spełniały parametrów postawionych przez zamawiającego, w związku z powyższym należało zaproponować produkty równoważne spełniające wymóg wydajności. Został również naruszony art. 7 ustawy Pzp, gdyż zamawiający nie sprawdzał pod kątem wydajności ofert wykonawców oferujących produkty oryginalne, które dodatkowo były wyżej punktowane od produktów równoważnych - udział oryginalnych materiałów eksploatacyjnych - 45 %. Odwołujący zaznaczył, że zamawiający wnikliwie przeanalizował w poz. 263-265 produkty równoważne zaoferowane przez firmę odwołującego. Ponadto zamawiający odrzucił wykonawcę OSAA, ul. Słowackiego 1 z Bydgoszczy na podst. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, który zaoferował produkt o wydajności mniejszej jak wymagał

zamawiający w formularzu asortymentowo- cenowym, a nie odrzucił ofert wykonawców BS Polska, Lyreco Polska S.A., MAK Sp. z o.o., Advatech. Sp. z o.o.

Ponadto odwołujący podniósł, że przedłożone przez firmę BS Polska raporty zawierają błędy, mają źle obliczone odchylenie standardowe, poziom ufności 90% oraz średnią wydajność z uwagi na nieznaną wzorów. Podawana wydajność zgodnie z normą ISO/IEC musi się mieścić w dolnych 90% przedziału ufności wartości średniej. W związku z błędami w obliczeniach producent nie może zadeklarować minimalnej wydajności dla swojego produktu lub deklarowany wynik będzie nieprawidłowy. Dla przykładu w poz. 133. wg przedstawionych danych dla wkładu BP-TK70 średnia wydajność powinna wynosić 40121,67, odchylenie standardowe powinno wynosić 4,58, a poziom ufności 90% powinien wynosić 40118,83. Wszystkie raporty mają błędnie obliczone odchylenie standardowe oraz poziom ufności 90%. Raporty ISO/IEC są sformalizowanymi dokumentami, w których zawarte są m.in.: deklarowana wydajność, średnia wydajność, wydajność jednostkowa 9 wkładów drukujących odchylenie standardowe oraz poziom ufności. Przykładem, zdaniem odwołującego, może być wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 maja 2006 r., w którym wskazano, że dokumenty raporty ISO/IEC muszą zawierać zapewnienie o badaniu pod kątem wszystkich wymogów normy. Ponadto BS Polska w poz. 178 oraz 208 dołączył raporty wg normy ISO/IEC 19752 dla bębnow do drukarek, a w poz. 128 i 129 raporty dla tonerów do kopiarek, natomiast ta norma przeznaczona jest wyłącznie do badania wydajności dla tonerów do drukarek laserowych monochromatycznych.

W dniu 17 czerwca 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19 czerwca 2013r. Lyreco Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Sokołowie, ul. Sokołowska 33 pisemnie zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Wskazał, że legitymuje się interesem w zgłoszeniu niniejszego przystąpienia, ponieważ jest wykonawcą ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie, którego oferta została przez zamawiającego uznana za ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Zamawiający sklasyfikował na 2 pozycji rankingu ofert po przeprowadzeniu czynności oceny ofert. Odwołujący w odwołaniu domaga się odrzucenia oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą - złożoną przez firmę BS Polska. W przypadku gdy potwierdzi się zarzut odwołania dotyczący oferty BS Polska i oferta ta zostanie uznana za niezgodną z treścią SIWZ i na tej podstawie odrzucona zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy, to oferta zgłaszającego przystąpienie jako niepodlegająca odrzuceniu będzie musiała zostać uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 czerwca 2013r.

udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Nie dołączono dowodu przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

W uzasadnieniu podniósł, że odwołujący żąda w odwołaniu w odniesieniu m.in. do oferty przystępującego dokonania przez zamawiającego czynności odrzucenia jego oferty w trybie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy, z uwagi na jej rzekomą niezgodność z treścią SIWZ. W ocenie przystępującego czynność oceny jego oferty przez zamawiającego była prawidłowa.

Przystępujący wskazał, że zgodnie z pkt III. SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia - Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż i dostarczanie materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, faksów, urządzeń wielofunkcyjnych i kserokopiarek dla Regionu Infrastruktury w Poznaniu - szczegółowo opisanych w Formularzu asortymentowo - cenowym będącym Załącznikiem nr 1 do Formularza ofertowego. Zamawiający preferuje w postępowaniu materiały eksploatacyjne (tonery, tusze, taśmy) oryginalne, zalecone przez producenta urządzeń drukujących (materiały ze znakiem firmowym producenta), dodatkowo jednocześnie, zamawiający wskazał w SIWZ, iż dopuszcza zaoferowanie materiałów eksploatacyjnych równoważnych (zamienników).

Przez materiał (produkt) równoważny - zgodnie z obowiązującą SIWZ - zamawiający rozumiał produkt kompatybilny ze sprzętem, do którego jest zamówiony, tj. że równoważne kasety z tonerem:

- nie powodują ograniczeń funkcji i możliwości sprzętu oraz jakości wydruku opisanych w warunkach technicznych producenta sprzętu,
- są w pełni kompatybilne z oprogramowaniem urządzenia,
- nie powodują ograniczeń w informowaniu o liczbie wydrukowanych stron oraz poziomie zużycia tonera, itp.,
- o parametrach takich samych bądź lepszych (wydajność i jakość wydruku) w stosunku do typu zamawianego produktu fabrycznie nowego (nowo wytworzonego w całości).

Wykonawca w przypadku oferowania materiałów równoważnych zobowiązany był wypełnić każdorazowo pozycje w kolumnie nr 6 i 7 (Formularz asortymentowo-cenowy - Załącznik nr 1 do Formularza Ofertowego") - podając: producenta, symbol, pojemność i/lub wydajność oferowanego materiału eksploatacyjnego.

2) W przypadku zaproponowania materiałów eksploatacyjnych równoważnych wykonawca zobowiązany był dołączyć następujące oświadczenia i dokumenty potwierdzające równoważność z produktem oryginalnym:

- oświadczenie producenta materiału eksploatacyjnego równoważnego, że oferowane kasety z tonerem i/lub tusze są materiałami fabrycznie nowymi, wolnymi od wad, kompletnymi.

- oświadczenie wykonawcy potwierdzające, że oferowane produkty są dopuszczone do obrotu na terytorium Polski oraz, że nie naruszają praw patentowych.

3) W przypadku zaoferowania równoważnych materiałów eksploatacyjnych (zamienników), wykonawca zobowiązany był do dołączenia do oferty:

- oświadczenia, iż ich zastosowanie nie spowoduje obniżenia jakości pracy urządzeń drukujących, że są to materiały o parametrach i właściwościach co najmniej równych parametrom materiałów oryginalnych ze znakiem producenta sprzętu, do którego są przeznaczone.

- na potwierdzenie wartości pojemności i wydajności każdego równoważnego materiału eksploatacyjnego (zamiennika), nie mniejszej niż produktu oryginalnego, wykonawca miał złożyć wraz z ofertą raport z testów wykonanych zgodnie z normami ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798 bądź ISO/IEC 24711 lub normami równoważnymi wystawione przez niezależny podmiot posiadający stosowną akredytację w zakresie badania produktów pod kątem spełnienia powyższych norm lub zaświadczenie wystawione przez niezależny podmiot posiadający stosowną akredytację w zakresie badania produktów pod potwierdzenie spełnienia powyższych norm.

Wszystkie powyższe wymagania, według przystępującego, wskazują jednoznacznie na warunkowość dopuszczenia produktów równoważnych (zamienników) oraz na fakt preferowania przez zamawiającego produktów oryginalnych, zaleconych przez producenta urządzeń drukujących (materiały ze znakiem firmowym producenta). Wszystkie wymagania dodatkowe wyżej przywołane dotyczyły wyłącznie produktów równoważnych i nie dotyczyły produktów oryginalnych. Zamawiający wymagał konsekwentnie w treści Załącznika nr 1 do SIWZ którego wypełnienia i złożenia wymagał od wykonawców. Przystępujący w złożonej ofercie zaoferował produkty oryginalne/preferowane przez zamawiającego. Dowodem zaoferowania produktów oryginalnych było złożenie wypełnionego formularza cenowego zawierającego jedynie wycenę produktu z danej pozycji.

Wykonawca, który zdecydował się na złożenie produktów oryginalnych miał jedynie dokonać wyceny oferowanych wkładów drukujących. Zamawiający nie wymagał od takiego wykonawcy żadnych dodatkowych zabiegów, identyfikacji w dodatkowy sposób treści składanej oferty jak też parametrów oferowanych materiałów eksploatacyjnych bowiem Zamawiający wiedział, jakie parametry ma oczekiwany przez niego parametr wydajności oryginalnego materiału producenta urządzenia, stąd wymagania dotyczące wydajności stron dla tonerów dotyczyły wyłącznie sytuacji oferowania materiałów równoważnych co jest logiczne i uzasadnione. Skoro materiał oryginalny producenta urządzeń został wskazany poprzez zastosowanie jego oznaczenia (kodu) wg nomenklatury producenta, a producent produkuje te materiały wg stałych parametrów w tym wydajnościowych, oczekiwanie że

wykonawca oferujący materiał wzorcowy - producenta musi zaoferować materiał równoważny jest, według przystępującego, nieracjonalne i nielogiczne.

To właśnie do oferujących rozwiązania równoważne opisywanym zamawiający opisał parametry dotyczące m.in. wydajności. Absurdem jest zatem w tej sytuacji twierdzenie, iż zamawiający preferując materiały oryginalne producenta de facto uniemożliwia ich zaoferowanie skoro identyfikuje przedmiot zamówienia właśnie w kolumnie opisanej jako „Rodzaj materiału” poprzez podanie kodu produktu oryginalnego producenta.

Reasumując zatem to na wykonawcy oferującym materiały równoważne spoczywał ciężar wykazania i udowodnienia równoważności produktu.

Zgodnie z art. 30 ust 5 Pzp to wyłącznie na wykonawcy oferującym rozwiązania równoważne opisywanym spoczywa obowiązek udowodnienia i wykazania równoważności. Zamawiający wskazał w treści Załącznika nr 1 do SIWZ - kryteria równoważności dla produktu oryginalnego w postaci wydajności wymaganej minimalnej dla równoważnika.

O ile zatem Wykonawca oferował produkt oryginalny nie dotyczył go wymóg dowodzenia równoważności a ocena w tym przypadku zgodności treści oferty z SIWZ polegała na ocenie wyceny, bowiem z treści takiej oferty wynika zaoferowanie produktu wzorcowego.

Ewentualny zarzut odwołującego wobec treści SIWZ uznać należy za spóźniony, tym bardziej, iż sam dowód równoważności w sposób skuteczny przeprowadził oferując produkt zamiennik, czego skutkiem było uznanie przez zamawiającego złożonej przez niego oferty za zgodną z SIWZ. Zarzut dotyczący zaniechania przez zamawiającego badania zgodności ofert w których wykonawcy zaoferowali materiały równoważne pod kątem ich zgodności SIWZ w świetle powyższych argumentów jest zupełnie niezrozumiały i spóźniony. Czas na kwestionowanie sposobu oceny równoważności produktów zawartego w SIWZ upływał na etapie poprzedzającym składanie ofert. Zamawiający badał oferty w zakresie poz. 263-265 i konsekwentnie wobec wykonawcy który zaoferował zamiennik który nie spełnił kryterium równoważności opisanego w SIWZ zastosował odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ (oferta OSAA). Reasumując w ocenie przystępującego zarzut i żądanie odwołującego wobec oceny oferty Lyreco jest bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 20 czerwca 2013r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział BS POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skawinie, ul. Wyspiańskiego 15a. Oświadczył, że ma interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia niniejszego odwołania na korzyść zamawiającego, ponieważ w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Przystępujący wnosil o oddalenie odwołania w całości, jako bezprzedmiotowego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 maja 2013r. udzielonego

przez członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Do zgłoszenia załączono dowody nadania przesyłek poleconych do zamawiającego i odwołującego.

W uzasadnieniu wskazał, że odwołujący nie przedłożył na okoliczność, że produkty zaoferowane przez przystępującego nie spełniają wymagań zamawiającego dowodów w postaci testów wydajności zgodnymi z odpowiednimi normami. Załączone do odwołania oświadczenie dystrybutora produktów m-ki Brother, to w ocenie przystępującego niewystarczający dowód dla wykazania, iż produkty oryginalne nie spełniają warunku wydajności określonego w siwz. Produkty zaoferowane przez przystępującego to produkty oryginalne, spełniające wszelkie wymagania stawiane przez producenta urządzeń drukujących odnośnie jakości i wydajności. Zamawiający akceptował produkty oryginalne bez żadnych zastrzeżeń i ograniczeń. Zamawiający dopuszczał również produkty równoważne (zamienniki), jednakże w stosunku do produktów równoważnych (zamienników), zamawiający stawiał określone wymagania, mające na celu wyeliminowanie produktów nie spełniających określonych minimalnych warunków. Wynika to wprost z treści pkt III.2 siwz: Zamawiający preferował materiały eksploatacyjne (tonery, tusze, taśmy) oryginalne, zalecone przez producenta urządzeń drukujących (materiały ze znakiem firmowym producenta), ale dopuszczał zaoferowanie materiałów eksploatacyjnych równoważnych (zamienników). Przez materiał (produkt) równoważny zamawiający rozumiał produkt kompatybilny ze sprzętem, do którego jest zamówiony, tj. że równoważne kasety z tonerem:

- nie powodują ograniczeń funkcji i możliwości sprzętu oraz jakości wydruku opisanych w warunkach technicznych producenta sprzętu,
 - są w pełni kompatybilne z oprogramowaniem urządzenia,
 - nie powodują ograniczeń w informowaniu o liczbie wydrukowanych stron oraz poziomie zużycia tonera, itp.,
 - o parametrach takich samych bądź lepszych (wydajność i jakość wydruku) w stosunku do typu zamawianego produktu fabrycznie nowego (nowo wytworzonego w całości, Zamawiający w siwz określił więc jasno wymagania stawiane produktom równoważnym (zamiennikom), określając iż mają one posiadać parametry takie same, bądź lepsze (wydajność i jakość wydruku) w stosunku do typu zamawianego produktu fabrycznie nowego. Nawet gdyby produkt oryginalny posiadał wydajność na poziomie 300 stron, to w stosunku do produktu równoważnego (zamiennika) zamawiający wymagał wydajności na poziomie 350 stron (lepszych parametrów niż oryginał). Zgodnie z treścią siwz zamawiający miał do tego prawo.

W związku z tym, zgodnie z siwz, tylko oferenci proponujący produkty równoważne (zamienniki) mieli obowiązek wypełnić rubrykę 6 i 7 formularza asortymentowo-cenowego.

Oferenci, którzy proponowali produkty oryginalne nie mieli obowiązku wypełniania rubryk 6 i 7 formularza asortymentowo-cenowego.

Oferenci proponujący produkty oryginalne nie mieli też obowiązku załączać oświadczeń i dokumentów potwierdzających równoważność z produktem oryginalnym. Nie mieli więc obowiązku załączyć m. in. raportu z testów wykonanych zgodnie z odpowiednimi normami, wystawione przez niezależny podmiot posiadający stosowną akredytację w zakresie badania produktów pod kątem spełnienia powyższych norm.

Odnosnie drugiego z zarzutów, przystępujący oświadczył, że spełnił wszelkie wymagania określone w siwz, w tym załączył na potwierdzenie wydajności każdego równoważnego materiału eksploatacyjnego (zamiennika), nie mniejszej niż produktu oryginalnego, raport z testów wykonanych zgodnie z normami ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798 bądź ISO/IEC 24711 lub normami równoważnymi wystawione przez niezależny podmiot posiadający stosowną akredytację w zakresie badania produktów pod kątem spełnienia powyższych norm lub zaświadczenie wystawione przez niezależny podmiot posiadający stosowną akredytację w zakresie badania produktów pod potwierdzenie spełnienia powyższych norm.

Nawet jeśli, tak jak twierdzi odwołujący, raporty z testów wydajnościowych zawierają błędy rachunkowe, to nie pozbawia to ich zgodności z treścią siwz, gdyż sporządzone zostały zgodnie z normami określonymi w siwz. Odchylenie standardowe oraz poziom ufności, w w/w raportach zostały błędnie obliczone, jednakże same testy przeprowadzone zostały w sposób prawidłowy i zgodny z właściwymi normami. Wyniki tych testów mieszczą się w granicach minimalnej wydajności określonej przez zamawiającego w siwz. Przystępujący zweryfikował wyniki wszystkich złożonych przez siebie testów wydajnościowych i obliczył je w sposób poprawny. Wynik każdego z testów po zweryfikowaniu mieścił się w granicach wyznaczonych przez zamawiającego w siwz. Jeżeli odwołujący twierdzi, iż przystępujący nie spełnił warunków określonych w siwz, powinien wykazać to stosownymi dowodami. Natomiast w odwołaniu odwołujący podnosi jedynie tyle, że przyjęty przez przystępującego sposób obliczenia był błędny, natomiast nie wskazuje, jaki wpływ miało błędne wyliczenie odchylenia standardowego oraz poziomu ufności na wynik postępowania.

Błędy rachunkowe poczynione przez przystępującego nie miały żadnego wpływu na wynik postępowania. Ponadto zamawiający nie wzywał do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty. Błędy rachunkowe, których dopuścił się przystępujący nie mieszczą się w katalogu przyczyn odrzucenia oferty, określonym w art. 89 ust. 1 ustawy PZP, w związku z czym, żądanie odwołującego odrzucenia oferty przystępującego jest bezzasadne.

W dniu 2 lipca 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600zł. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawców BS Polska, Lyreco, MAK i Advantech wskazał, że w treści

siwz wymagał wskazywania wydajności wyłącznie dla produktów równoważnych, natomiast nie wymagał tego w odniesieniu do produktów oryginalnych mających określone niezmiennie parametry wydajnościowe. Wskazani wykonawcy zaoferowali produkty oryginalne, spełniające wszystkie wymagania zamawiającego. Natomiast powołany przez odwołującego przykład nierównego traktowania w postępowaniu tj. odrzucenia oferty wykonawcy OSAA jest nieprawidłowy, gdyż wykonawca ten zaoferował produkt równoważny, a nie oryginalny i ten produkt nie spełniał oczekiwań wydajnościowych zamawiającego. Co do raportów z testów, to zamawiający w siwz wskazał jakich raportów z testów wykonanych zgodnie z jakimi normami wymaga i dokonując oceny złożonej oferty brał pod uwagę zakres określony w siwz. Zamawiający nie dokonywał analizy metodyki obliczeń, gdyż to stałoby w sprzeczności z postanowieniami siwz, gdyż to podmioty, które przeprowadzają testy, posiadają niezbędny potencjał i wiedzę w celu sporządzenia raportów zgodnie z odpowiednimi normami. Ponadto nawet przy zakwestionowanych przez odwołującego wynikach testów wydajność materiału eksploatacyjnego jest zgodna z wymaganiami zamawiającego. Przedłożone przez BS Polska raporty zawierają badanie pod kątem wszystkich wymogów normy tj. deklarowaną wydajność, średnia wydajność, wydajność jednostkową wkładów drukujących, odchylenie standardowe oraz poziom ufności, stąd powołany wyrok Zespołu Arbitrów jest nieadekwatny. Co do nieprawidłowego raportu z testu, to zamawiający wskazał, że norma ISO/IEC 19752 dotyczy nie tylko badania wydajności dla kaset z tonerem do monochromatycznych drukarek laserowych ale także do komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, zatem jest to także metoda określania wydajności kaset z tonerem do monochromatycznych drukarek elektrofotograficznych i urządzeń wielofunkcyjnych, które zawierają komponenty drukarki. Odpowiedź została podpisana przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 czerwca 2013r. udzielonego przez Dyrektora Biura Prawnego, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 listopada 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, zmiany ogłoszenia o zamówieniu, treści siwz, modyfikacji treści siwz, wyjaśnień treści siwz w odpowiedzi na pytania zadane przez wykonawców, protokołu otwarcia ofert, ofert wykonawców BP Polska sp. z o.o., Lyreco Polska SA, MAK sp. z o.o., Advantech sp. z o.o., protokołów posiedzeń komisji przetargowej, wezwań kierowanych do tych wykonawców i udzielonych przez nich wyjaśnień oraz uzupełnień złożonych dokumentów i oświadczeń, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 6 maja 2013r., informacji o anulowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 maja 2013r., informacji o powtórzonym wyborze

oferty najkorzystniejszej z dnia 21 maja 2013r., zawiadomienia o naruszeniu przepisów Prawa zamówień publicznych z dnia 23 maja 2013r. złożonego przez odwołującego, wezwania do zweryfikowania wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 23 maja 2013r. złożonego przez BP Polska sp. z o.o., informacji o anulowaniu ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27 maja 2013r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 4 czerwca 2013r., oświadczenia Praxis załączonego do odwołania, ze złożonych na rozprawie oświadczenia firmy Brother Polska sp. z o.o. z dnia 14 czerwca 2013r. oraz wydruków ze stron internetowych firm 4max, Telmar, Ram net, Henri dotyczących tuszy o symbolu LC970 Y

Na podstawie powyższych dowodów, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 6 marca 2013r. w sekcji II.1.5. zamawiający zawarł następujący opis przedmiotu zamówienia :

1. Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż i dostarczanie materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, faksów, urządzeń wielofunkcyjnych i kserokopiarek dla Regionu Infrastruktury w Poznaniu.
2. Zamawiający preferuje materiały eksploatacyjne (tonery, tusze, taśmy) oryginalne, zalecone przez producenta urządzeń drukujących (materiały ze znakiem firmowym producenta), ale dopuszcza zaoferowanie materiałów eksploatacyjnych równoważnych (zamienników)

Przez materiał (produkt) równoważny zamawiający rozumie produkt kompatybilny ze sprzętem, do którego jest zamówiony tj. że równoważne kasety z tonerem:

- nie powodują ograniczeń funkcji i możliwości sprzętu oraz jakości wydruku opisanych w warunkach technicznych producenta sprzętu,
- są w pełni kompatybilne z oprogramowaniem urządzenia,
- nie powodują ograniczeń w informowaniu o liczbie wydrukowanych stron oraz poziomie zużycia tonera itp.,
- o parametrach takich samych bądź lepszych (wydajność i jakość wydruku) w stosunku do typu zamawianego produktu fabrycznie nowego (nowo wytworzonego w całości)

Produkt równoważny nie może być produktem regenerowanym i nie może być poddany procesowi ponownego napełniania. Wszystkie elementy wchodzące w skład materiałów eksploatacyjnych muszą być fabrycznie nowe, nieregenerowane, nie refabrykowane, nie wchodzące wcześniej (pierwotnie) w całości, jak również w części, w skład innych materiałów.

W sekcji III.2.3. Kwalifikacje techniczne w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wskazał, że w przypadku zaproponowania materiałów eksploatacyjnych

równoważnych zgodnie z uprawnieniem określonym w art. 138 c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający żąda przedstawienia dokumentów określonych w pkt. a i b

a) W przypadku zaproponowania materiałów eksploatacyjnych równoważnych wykonawca zobowiązany jest dołączyć następujące oświadczenia i dokumenty potwierdzające równoważność z produktem oryginalnym:

- oświadczenie producenta materiału eksploatacyjnego równoważnego, że oferowane kasety z tonerem i/lub tusze są materiałami fabrycznie nowymi, wolnymi od wad i kompletnymi,
- oświadczenie wykonawcy potwierdzające, że oferowane produkty są dopuszczone do obrotu na terytorium Polski oraz, że nie naruszają praw patentowych,

b) w przypadku zaoferowania równoważnych materiałów eksploatacyjnych (zamienników) wykonawca zobowiązany jest do załączenia do oferty:

- oświadczenia, że ich zastosowanie nie spowoduje obniżenia jakości pracy urządzeń drukujących, że są to materiały o parametrach i właściwościach co najmniej równych parametrom materiałów oryginalnych ze znakiem producenta sprzętu, do którego są przeznaczonego,

- na potwierdzenie wartości pojemności i wydajności każdego równoważnego materiału eksploatacyjnego (zamiennika) nie mniejszej niż produktu oryginalnego, wykonawca złoży wraz z ofertą raport z testów wykonanych zgodnie z normami ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798 bądź ISO/IEC 24711 lub normami równoważnymi wystawione przez niezależny podmiot posiadający stosowną akredytację w zakresie badania produktów pod kątem spełniania powyższych norm lub zaświadczenie wystawione przez niezależny podmiot posiadający stosowną akredytację w zakresie badania produktów na potwierdzenie spełniania powyższych norm.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale III zamawiający w pkt 1 opisał przedmiot zamówienia i wskazał, że :

1. Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż i dostarczanie materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, faksów, urządzeń wielofunkcyjnych i kserokopiarek dla Regionu Infrastruktury w Poznaniu – szczegółowo opisanych w Formularzu asortymentowo – cenowym będącym załącznikiem nr 1 do formularza ofertowego,

1) Wszystkie dostarczone materiały eksploatacyjne muszą być fabrycznie nowe i posiadać oryginalne i fabrycznie zamknięte zewnętrzne opakowanie. Dodatkowo materiały eksploatacyjne powinny być opakowane bezpośrednio (opakowania jednostkowe) w sposób chroniący kasetę z tonerem oraz tusz po wyjęciu z opakowania zewnętrznego. Każda kasetka z tonerem i tuszem powinna być

wyposażona w zabezpieczenia umożliwiające rozpoznanie czy materiał eksploatacyjny był otwierany/używany,

- 2) Pod pojęciem „fabrycznie nowe” zamawiający rozumie produkty wykonane z nowych elementów i/lub pełnowartościowych komponentów z odzysku (jedynie w przypadku materiałów produkowanych przez producentów urządzeń, w których się je stosuje) bez śladów uszkodzenia, w opakowaniach producenta z widocznym logo, symbolem produktu i terminem przydatności do użytku, posiadające wszelkie zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem. Za produkt „fabrycznie nowy” nie regenerowany, nie refabrykowany nie uznaje się wyrobu eksploatowanego wcześniej czy modyfikowanego, w którym np. wyczyszczony został pojemnik i ponownie napełniony czy uzupełniony.
- 3) Zamawiający nie dopuszcza materiałów pochodzących z procesu regeneracji lub refabrykacji,
- 4) Wszystkie dostarczone materiały eksploatacyjne muszą być oznakowane indywidualnym kodem producenta, umożliwiającym jednoznaczną identyfikację producenta oraz modelu materiału eksploatacyjnego. Oznaczenia muszą być umieszczone na opakowaniach zewnętrznych oraz bezpośrednio na kasecie z tonerem oraz tuszu
- 5) Zaoferowane materiały eksploatacyjne muszą być odpowiednie dla danego rodzaju sprzętu i w pełni z nim współpracować, umożliwiając wykorzystanie wszystkich funkcji technicznych, diagnostycznych i informacyjnych urządzeń drukujących, zarówno w czasie pracy stanowiskowej jak i w sieci informatycznej. Nie mogą powodować zgłaszania błędów oraz ograniczać współpracę z programem sprzętu monitorującym stan zasobników z tuszem lub tonerem. Muszą być jednoznacznie rozpoznawane przez urządzenia pobierające informacje z układu elektronicznego materiału eksploatacyjnego,
- 6) Materiały eksploatacyjne muszą być wolne od wad technicznych i charakteryzować się wysoką jakością wykonania.
- 7) Okres ważności materiałów eksploatacyjnych do drukarek, kserokopiarek i faksów w dniu realizacji zamówienia częściowego nie może być krótszy niż 12 miesięcy.

W pkt 2 rozdziału III siwz zamawiający opisał wymagania dla dopuszczonych materiałów eksploatacyjnych równoważnych (zamienników) takie jak w pkt 2 sekcji II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu oraz dodatkowo podał, że wykonawca w przypadku oferowania materiałów równoważnych zobowiązany jest wypełnić każdorazowo pozycje w kolumnie nr 6 i 7 (Formularz asortymentowo-cenowy- załącznik nr 1 do Formularza ofertowego) – podając: producenta, symbol, pojemność i/lub wydajność oferowanego materiału eksploatacyjnego oraz, że w załączniku nr 1 do Formularza ofertowego zamawiający wskazał urządzenia

będące na gwarancji. W rozdziale VI pkt. 1.2) i 3) określił dokumenty takie jak w sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu.

W Formularzu asortymentowo-cenowym – załączniku nr 1 do Formularza ofertowego zamawiający określił kolumny : 1. Lp., 2.typ sprzętu, 3.rodzaj materiału, 4.czarny/kolor, 5.wydajność/pojemność (co najmniej), 6.wydajność/pojemność oferowanego materiału dotyczy materiałów równoważnych, 7. Oferowany materiał producent/symbol dotyczy materiałów równoważnych, 8. Ilość, 9. Cena jednostkowa netto zł., 10. Wartość netto zł. (kol 8x9). W formularzu kolumny nr 1, 2, 3, 4, 5 i 8 były wypełnione przez zamawiającego. W poz. 263 zamawiający podał Brother DCP -135C/155C, MFC – 235/260, LC970M purpurowy 350 str ilość 2, w poz. 264 zamawiający podał Brother DCP -135C/155C, MFC – 235/260, LC970Y żółty 350 str ilość 2, w poz. 265 zamawiający podał Brother DCP -135C/155C, MFC – 235/260, LC970C niebieski 350 str ilość 8.

Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców z dnia 18 marca 2013r. zmodyfikował treść siwz i ogłoszenia o zamówieniu dopuszczając możliwość złożenia raportów z testów wykonanych zgodnie z normami ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798 bądź ISO/IEC 24711 lub normami równoważnymi wystawione przez producenta materiałów zamiennych lub inny podmiot przeprowadzający takie badania wykreślając postanowienie dotyczące raportu z testów lub zaświadczenia wystawionego przez niezależny akredytowany podmiot w zakresie badania produktów na potwierdzenie spełnienia powyższych norm.

W ofercie MAK sp. z o.o. na str. 9 w poz. 263 - 265 kolumny 1,2,3,4,5, 8 są identyczne jak w formularzu asortymentowo-cenowym zamawiającego, w tych poz. w kolumnie 6 i 7 wykonawca MAK wpisał „nie dotyczy”, a w kolumnach 9 i 10 podał ceny.

W ofercie BS Polska w formularzu asortymentowo – cenowym pominięto kol 4 i 5 formularza zamawiającego, a na str 6 w poz. 128 w kol. 6 podano 10 000 str. W kol 7 BP-TCNPG1, w poz. 129 w kol. 6 podano 5000 str, w kol. 7 – BP-TCNGP11, w poz. 133 w kol. 6 podano 40 000str, a w kol. 7 BP-TK70, na str. 7 w poz. 178 w kol. 2 wskazano poza nazwą urządzenia oznaczenie bęben, w kol. 6 podano 30 000 str., a w kol. 7 BP-DLE260. W poz. 208 w kol. 2 poza nazwą urządzenia wskazano oznaczenie bęben, w kol. 6 podano 25 000 str, a w kol. 7 BP-DO410, na str. 9 w poz. 263, 264, 265 nie wypełniono kolumn 6 i 7.

Dla BP-TCNPG1, BP – TCNPG11 i BP-TK70 załączono raport na zgodność z normą ISO/IEC 19752.

W ofercie Advatech na str. 8 w poz. 263-265 nie wypełniono kolumny 6 i 7, a kolumny 1,2,3,4,5 i 8 podano tak jak zamawiający w formularzu asortymentowo-cenowym.

W ofercie Lyreco na str. 9 w poz. 263-265 nie wypełniono kolumny 6 i 7, a kolumny 1,2,3,4,5 i 8 podano tak jak zamawiający w formularzu asortymentowo-cenowym.

W dniu 24 kwietnia 2013r. zamawiający wzywał wykonawców do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, przy czym wykonawców BS Polska sp. z o.o., Lyreco Polska SA, MAK sp. z o.o. i Advatech sp.z o.o. nie wzywał w zakresie dotyczącym poz. 263-265 formularza asortymentowo-cenowego, zaś BS Polska sp.z o.o. wezwał do złożenia dla poz. 178, 208, 231 raportów z testów wykonanych zgodnie z normami ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798 bądź ISO/IEC 24711 lub normami równoważnymi.

W dniu 25 kwietnia 2013r. BS Polska sp. z o.o. złożył raporty do poz. 178, 208, 231.

W dniu 6 maja 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. BS Polska sp. z o.o. i z informacji tej wynikało, że jedynie oferta wykonawcy OSAA podlegała odrzuceniu.

W dniu 14 maja 2013r. zamawiający oświadczył, że anuluje swoją czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i że przystąpił do ponownej analizy i badania złożonych ofert.

W dniu 21 maja 2013 r. zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Lyreco Polska SA oraz o odrzuceniu oferty BS Polska sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż materiały eksploatacyjne równoważne zaproponowane przez wykonawcę w poz. 128 – 130, 133, 136 oraz 145 formularza asortymentowo-cenowego nie spełniają wymagań zamawiającego z załączonych do oferty raportów (dla kaset z wkładem atramentowym) wynika, że zaoferowane produkty równoważne są wypełnione tuszem (atramentem), natomiast wskazane przez zamawiającego urządzenia są urządzeniami laserowymi. Do drukarki laserowej wykorzystuje się w procesie drukowania laser, który wykorzystuje proszek przy wydruku, tusz natomiast wykorzystuje się do wydruku w drukarce atramentowej.

W dniu 23 maja 2013r. odwołujący zawiadomił zamawiającego o naruszeniu przepisów Prawa zamówień publicznych tj. art. 7 ust. 1 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez wybór oferty Lyreco Polska SA i podniósł, że wykonawcy Lyreco Polska SA, Mak sp. z o.o., Advatech sp. z o.o. w poz. 263-265 zaoferowali wkłady atramentowe o wydajności 300 str, a nie jak wymagał zamawiający 350stri załączył dwie karty produktów Brother LC-970 ze strony www.brother.pl dla kolorów żółty i niebieski, z których wynika, że są to kartridże do 300 stron A4 @ 5% zapełnienie.

W dniu 23 maja 2013r. BS Polska sp. z o.o. złożyła wezwanie do zweryfikowania wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z odpowiedzi na pismo zamawiającego z 21 maja 2013r. informujące o odrzuceniu jego oferty. BS Polska uznał odrzucenie za sprzeczne z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. Z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy i oświadczył, że zamawiający nie może odrzucić oferty, która zawiera w swej treści omyłki, których poprawienie nie powoduje istotnych zmian w ich treści. Wskazał, że wkłady atramentowe nie są współzamiennie z wkładami laserowymi,

co jest wiedzą powszechną, a nie wiedzą techniczną, zaś w raporcie powołano się na zgodność testu z normą ISO 19752, która dotyczy tonerów laserowych, a więc zgodnie z wymogiem zamawiającego. Zamawiający powinien zatem zwrot „z wkładem atramentowym” potraktować jako omyłkę i ją poprawić, a wówczas oferta będzie zgodna z siwz. Przedłożył także informację firmy BESTMARK, w której wyjaśniono, że słowo „atramentowych” zostało w kartach testów użyte omyłkowo. Omyłka ta nastąpiła na etapie sporządzania karty testów, a same testy zostały przeprowadzone prawidłowo i zawarte wszystkie informacje są prawdziwe.

W dniu 27 maja 2013r. zamawiający ponownie anulował wybór oferty najkorzystniejszej i przystąpił do powtórzenia czynności analizy i badania złożonych ofert.

W dniu 4 czerwca 2013r. zamawiający przekazał kolejną informację o wyniku postępowania i o wyborze jako najkorzystniejszej oferty BS Polska sp. z o.o., co stało się podstawą wniesionego odwołania.

Firma Praxis SA w dniu 14 czerwca 2013r. złożyła oświadczenie dystrybutora, że jest autoryzowanym dystrybutorem firmy Brother i poinformował, że produkty firmy Brother LC – 970 C, LC – 970 M, LC-970Y charakteryzują się wydajnością do 300 stron A 4 @ 5% (zapełnienia).

Z oświadczenia firmy Brother Polska sp. z o.o. z dnia 14 czerwca 2013r. wynika, że tusze o symbolu LC 970 Y, LC 970 M, LC 970 C mają wydajność do 300 stron, zaś z wydruków ze stron internetowych firm 4max, Telmar, Ram net, Henri dotyczących tuszy o symbolu LC970 Y wynika, że tusze te mają wydajność 5% pokrycia do 350 stron.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie BS Polska sp. z o.o. spełnia wymagania formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy, zaś przystąpienie Lyreco Polska SA nie spełnia wymagań określonych w art. 185 ust. 2 ustawy.

Co do zgłoszonego przystąpienia przez firmę Lyreco Polska Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie zostało podpisane przez osobę nie umocowaną prawidłowo do występowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Pełnomocnictwo z dnia 18 czerwca 2013 r. obejmuje zapytania przetargowe, oferty ofertowe oraz umowy przetargowe w bliżej nieskonkretyzowanych postępowaniach, nie jest to natomiast pełnomocnictwo wskazujące umocowanie do dokonywania określonych rodzajów czynności w postępowaniach odwoławczych opartych o treść ustawy Pzp. Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa i doktryny do występowania przed KIO, w tym także w charakterze przystępującego wymagane jest umocowanie do dokonywania czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu, a zatem pełnomocnik powinien legitymować się pełnomocnictwem rodzajowym, a nie ogólnym. Z tego względu Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie nie spełnia wymagań określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Co do przystąpienia firmy BS Polska to Izba stwierdza, że spełnia ono wymagania określone w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż jest to pełnomocnictwo wskazujące na konkretny rodzaj czynności tj. reprezentowanie mocodawcy w postępowaniach odwoławczych zainicjowanych wniesieniem odwołania w sprawie o udzielenie zamówienia na dostawę tonerów dla poczty Polskiej S.A. ze wskazaniem numeru tego zamówienia. W ocenie Izby zgłoszenie przystąpienia jest czynnością w postępowaniu odwoławczym, a więc mieści się w granicach rodzaju czynności wymaganych dla skuteczności pełnomocnictwa rodzajowego. Wymaganie pełnomocnictwa do poszczególnych czynności odnosi się do pełnomocnictw szczególnych, natomiast dla dokonania skutecznej czynności przekraczających zwykły zarząd, dla których nie postanowiono inaczej w przepisach wystarczające jest pełnomocnictwo rodzajowe.

Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta została przez zamawiającego oceniona jako niepodlegająca odrzuceniu, zaś odwołanie odwołującego zmierza do wyeliminowania wszystkich pozostałych w postępowaniu wykonawców. W sytuacji uwzględnienia odwołania odwołujący uzyska zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust.1 pkt. 2, art. 7, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ustawy przez bezprawny wybór oferty firmy BS Polska, zaniechanie odrzucenia ofert firmy Lyreco Polska S.A, MAK Sp. z o.o., Advatech Sp. z o.o. niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, zaniechanie wyboru oferty odwołującego.

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia ofert wykonawców BS Polska, Lyreco Polska, MAK i Advatech z powodu zaoferowania w poz. 263-265 materiałów eksploatacyjnych nie posiadających minimalnej wymaganej przez zamawiającego wydajności, Izba stwierdziła, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności Izba rozważyła, czy pod symbolem LC 970 Y/M/C mogą być w niniejszym postępowaniu rozumiane inne materiały eksploatacyjne niż materiały

eksploatacyjne firmy Brother. Izba uznała, że na tak postawione pytanie odpowiedź musi być przecząca. Zamawiający przedstawił na rozprawie wydruki ze stron internetowych kilku podmiotów dystrybuujących materiały eksploatacyjne będące przedmiotem niniejszego postępowania. Ze wszystkich tych wydruków wynika, że oznaczenie LC 970 Y dotyczy tuszy do drukarek firmy Brother i przez tę firmę oferowanych. Z oświadczeń dystrybutora firmy Praxis złożonych przez odwołującego, oraz z oświadczenia regionalnego przedstawiciela producenta Brother na Polskę firmy Brother Polska sp. z o.o. wynika, że tusze oznaczone symbolem LC 970 Y/M/C są produkowane przez firmę Brother. Tę okoliczność przyznał także przystępujący wskazując, że nie miał wątpliwości, że materiałem oryginalnym w poz. 263 -265 jest materiał eksploatacyjny firmy Brother. Przystępujący ponadto podał, że symbole nadawane przez producentów urządzeń produkowanym przez nich materiałem eksploatacyjnym nie są używane przez inne podmioty dla oznaczenia innych produktów np. zamienników. W tej sytuacji Izba uznała, że przedmiotowy materiał dowodowy wskazuje na to, że podanie przez zamawiającego w kolumnie 3 w poz. 263, 264 i 265 rodzaju materiału jako LC 970 Y/M/C jednoznacznie definiowało jako oryginalny materiał eksploatacyjny materiał eksploatacyjny firmy Brother. W postępowaniu dowodowym nie wykazano, że taką symboliką posługują się inne firmy. Z tego należało zatem wyprowadzić wniosek, że zamawiający określając rodzaj materiału jako LC 970Y/M/C wskazał, że oczekuje zaoferowania tuszy firmy Brother posiadających takie oznaczenie. Zamawiający jednocześnie w kolumnie 5 wskazał w poz. 263-265, że wymaga wydajności co najmniej na poziomie 350 str. Był to parametr, podobnie jak rodzaj materiału, narzucony przez zamawiającego i nie podlegał modyfikacjom przez wykonawców w toku przygotowywania oferty. Ze zgromadzonego materiału dowodowego Izba ustaliła, że informacje na stronach dystrybutorów materiałów eksploatacyjnych, z którymi zapoznawał się zamawiający tj. 4max, Telmar, Ram net, Henri wskazywały, że tusze LC 970Y produkcji Brother mają wydajność 350 str, natomiast z oświadczeń przedstawiciela producenta tj. Brother Polska oraz dystrybutora Praxis wynikało, że tusze LC 970 Y/M/C mają wydajność do 300 str. W toku postępowania dowodowego nie wykazano, że są to tusze różniące się od siebie np. pojemnością, lub jakością w taki sposób, który wpływałby na zmianę wydajności. Nie podnoszono także, że są to tusze inne niż podane przez zamawiającego w kol. 3 w poz. 263-265. Należało zatem wyprowadzić logiczny wniosek, że dane dotyczące wydajności tuszy nawet pochodzących od tego samego producenta są przedstawiane przez poszczególnych dystrybutorów w różny sposób, a dodatkowo Izba zauważyła, że na potrzeby oferowania materiałów eksploatacyjnych oryginalnych zamawiający nie wymagał oceny ich wydajności z uwzględnieniem jakiegoś standardu czy normy. Oznacza to w ocenie Izby, że zamawiający opracowując siwz w poz. 263 – 265 oczekiwał zaoferowania mu tuszy firmy Brother LC 970 Y/M/C lub równoważnych, będąc przekonany (o czym świadczą także protokoły posiedzeń

Komisji przetargowej), że wydajność tuszu oryginalnego wynosi 350 str. Izba wprawdzie dała wiarę dowodom przedstawionym przez odwołującego, że tusze firmy Brother oznaczone LC 970Y/M/C mają wydajność do 300 str, uznając, że oświadczenie przedstawiciela regionalnego producenta na Polskę jest bardziej wiarygodne od informacji internetowych dystrybutorów nie będących takim przedstawicielem japońskiej firmy Brother. Jednak w ocenie Izby nie daje to podstawy do uwzględnienia odwołania. Istotnie bowiem ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że zamawiający w sposób nieuprawniony określił wydajność tuszu w poz. 263-265 na 350 str, podczas gdy oczekiwany przez niego oryginał ma wydajność na poziomie 300str. Nie zmienia to jednak w ocenie Izby faktu, że odwołujący nie wykazał, że można było zaoferować materiał eksploatacyjny oznaczony symbolem LC970Y/M/C posiadający wydajność 350 str. Wobec braku takiego dowodu, Izba uznała, że jedynym logicznym wnioskiem, jaki daje się wyprowadzić na podstawie zaistniałego stanu faktycznego jest to, że zamawiający wymagał zaoferowania mu oryginału LC 970Y/M/C bez względu na to, czy ma on w rzeczywistości wydajność 300 czy 350 str. Co w dalszej analizie prowadzi do wniosku, że zaoferowanie rodzaju materiału LC 970Y/M/C jest zgodne z treścią siwz, natomiast wartość 350 str. podana w kolumnie 5 nie dotyczy przypadku zaoferowania przez wykonawcę oryginalnego materiału eksploatacyjnego producenta. Przyjęcie bowiem argumentacji odwołującego za zasadną prowadziłoby do absurdu wniosku, że w poz. 263 – 265 nie można zaoferować oryginalnego materiału eksploatacyjnego producenta urządzenia, do którego nabywany jest materiał eksploatacyjny i to w sytuacji, gdy zamawiający preferuje materiały oryginalne i ocenia oferty z uwzględnieniem kryterium udziału materiałów oryginalnych w stosunku do wszystkich zaoferowanych materiałów eksploatacyjnych. Toczone pomiędzy stronami spór, co do dopuszczalności takiego postępowania u zamawiającego nie był przedmiotem zarzutów odwołania. Tym samym jedynym logicznym wnioskiem jaki daje się wyprowadzić ze zgromadzonego materiału dowodowego jest to, że wydajność dla poz. 263-265 dotyczyła wyłącznie minimalnej wydajności wymaganej dla tzw. zamienników. Natomiast innym problemem nie będącym przedmiotem odwołania jest, to czy zamawiający prawidłowo porównał oferty oferujące oryginały w wydajnością 300 str. z ofertami oferującymi równoważniki o wydajności 350 str. i czy nie sformułował nadmiernych wymagań dla ofert równoważnych. Te zagadnienia nie były przedmiotem odwołania, a nadto drugie z nich należałoby ocenić jako spóźnione, skoro nie zostało podniesione w otwartym okresie na wniesienie odwołania wobec treści siwz. Co do zarzutu nierównego potraktowania wykonawcy OSAA i wykonawców BS Polska, Lyreco Polska, MAK i Advantech, to Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż w przypadku oferty OSAA odwołujący nie wykazał, że również w tym przypadku zachodziły w siwz

rozbieżności pomiędzy wydajnością określoną przez zamawiającego w kol. 5, a rzeczywistą wydajnością oryginalnego materiału eksploatacyjnego.

Zarzut w zakresie zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty BS Polska sp. z o.o. z powodu nie przedłożenia dokumentów potwierdzających zaoferowanie produktów równoważnych, mimo tego, że przedłożone dokumenty zawierają błędne wyniki testów.

Zarzut nie został udowodniony. Odwołujący jaki i przystępujący odwoływali się do znajomości wzorów zawartych w normach ISO/IEC 19752, 19798 i 24711, jak również odwołujący i zamawiający wskazywali na zakresy zastosowania normy 19752. W każdym z tych aspektów odwołujący jak i jego przeciwnicy procesowi wywodzili odmienne skutki prawne. Co do zastosowania wzorów i obliczenia ich wyników odwołujący uważał, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu z uwagi na niewykazanie, że oferowane zamienniki spełniają określone przez zamawiającego parametry równoważności z uwagi na to, że wyniki badań zaprezentowane przez przystępującego w ofercie są błędne. Przystępujący tę okoliczność tj. błędu, przyznał, ale wywodził, że zastosowano prawidłowe wzory i prawidłowe obliczenia, tylko nie przedstawiono w raporcie pełnego zakresu próby ograniczając ten zakres jedynie do 9 prób podczas gdy przeprowadzono znacznie więcej prób i do takiego większego zakresu prób miały zastosowanie szczególne wzory inne niż w przypadku standardowej ilości 9 prób, a nie było obowiązku uwidaczniania wyników dla więcej niż 9 prób w raporcie. Izba w tej sytuacji uznała, że odwołujący nie udowodnił zasadności swoich twierdzeń. Odwołujący przede wszystkim nie wykazał, że normy ISO/IEC wskazane przez zamawiającego w siwz określają specyficzne właściwe tym normom wzory do obliczenia wymaganych przez zamawiającego parametrów, czy sposób prowadzenia badań oraz sposób sporządzania raportu z takich badań. Odwołujący jedynie twierdził, że są specjalne wzory i podstawienie danych do tych wzorów wynikających z raportów z testów załączonych przez przystępującego, daje inne wyniki niż podane w tych raportach. Twierdzeń tych jednak nie udowodnił. Z mocy art. 190 ust. 1 ustawy strony są zobowiązane do powoływania dowodów na poparcie swoich twierdzeń, zatem aby Izba mogła w sposób prawidłowy ustalić stan faktyczny w niniejszym postępowaniu konieczne jest nie tylko wskazanie, że raporty są wadliwie obliczone i nie mogą służyć potwierdzeniu równoważności, ale także powołanie dowodów choćby z treści normy, dla wykazania tych twierdzeń. Ustalenie treści norm ISO/IEC wskazanych w siwz przez zamawiającego nie jest faktem powszechnie znanym, ani także nie należy do okoliczności znanych Izbie z urzędu, stąd brak inicjatywy dowodowej po stronie odwołującego musiał skutkować oddaleniem odwołania. Analogiczna sytuacja dotyczy zarzutu zaniechania odrzucenia oferty BS Polska z powodu nie wykazania równoważności oferowanych produktów w poz. 178, 208, 128 i 129, z uwagi na to, że raporty z testów oparte o normę ISO/IEC 19752 nie mogą dotyczyć tych pozycji, z uwagi na inny zakres rodzajowy tej normy w stosunku do materiałów eksploatacyjnych w tych pozycjach

wymaganych. Odwołujący twierdził, że norma ta ma wąskie zastosowanie i nie dotyczy wydajności bębnow czy tuszów do kserokopiarek, zaś zamawiający przeczył tej okoliczności i podnosił, że norma ma zastosowanie do wydajności materiałów eksploatacyjnych do urządzeń wielofunkcyjnych z elementem drukarek i za takie uznawał bębny i tusze do kserokopiarek. Odwołujący poza twierdzeniem, że norma nie ma w tym zakresie zastosowania, nie wykazał zasadności swego zarzutu. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust.1 pkt. 2, art. 7, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ustawy przez bezprawny wybór oferty firmy BS Polska, zaniechanie odrzucenia ofert firmy Lyreco Polska S.A, MAK Sp. z o.o., Advatech Sp. z o.o. Na marginesie Izba wskaże, że odwołujący nie wykazał na czym w przedmiotowym postępowaniu polega naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, skoro z ofert wykonawców Lyreco, MAK i Advatech jednoznacznie wynika, co zaoferowali w poz. 263- 265 , a odwołujący nie wskazał do czego w sposób niezgodny z siwz zamawiający wezwał tych wykonawców lub zaniechał takiego wezwania, zaś co do wykonawcy BS Polska, to odwołujący wyraźnie na rozprawie wskazywał, że art. 26 ust. 3 i 4 ustawy nie da się zastosować z uwagi na zasadę jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów, która w przypadku wykonawcy BS Polska została już wyczerpana, oraz z uwagi na treść art. 26 ust. 3 in fine ustawy. Odwołujący również nie wykazał w czym upatruje naruszenia art. 87 ustawy, a w zakresie podniesionych zarzutów odwołujący nie wskazywał na prowadzenie nieuprawnionych negocjacji z wykonawcami, ani na niezgodne z art. 87 ust. 2 ustawy poprawienie przez zamawiającego omyłek w kwestionowanych przez odwołującego ofertach.

Zarzut naruszenia innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania
Zarzut ten nie został przez odwołującego skonkretyzowany, ani w uzasadnieniu odwołania, ani na rozprawie. Odwołujący w treści odwołania nie wskazał na naruszenie przez zamawiającego innych przepisów ustawy, ani też Izba nie stwierdziła, aby naruszenie innych niż podane przepisów ustawy dało się wywieść z treści postawionych zarzutów. Izba zatem postanowiła tak sformułowany zarzut oddalić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit b i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami uiszczanego wpisu.

Przewodniczący: