

Sygn. akt: **KIO/UZP 1622/09**

KIO/UZP 1647/09

WYROK

z dnia 26 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 24 listopada 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Kodak Polska Sp. z o. o., 02 - 672 Warszawa, ul. Domaniewska 50,

B. Canon Polska Sp. z o. o., 02 - 127 Warszawa, ul. Mołdawska 9, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Najwyższą Izbę Kontroli, 02-056 Warszawa, ul. Filtrowa 57** protestów:

A. Kodak Polska Sp. z o. o., 02 - 672 Warszawa, ul. Domaniewska 50 z dnia **16.10.2009 r.**

B. Canon Polska Sp. z o. o., 02 - 127 Warszawa, ul. Mołdawska 9 z dnia **14.10.2009 r.**

Przy udziale

Xerox Polska Sp. z o. o. ul. Domaniewska 52, 02-672 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **Kodak Polska Sp. z o.o. Sygn. akt KIO/UZP 1622/09** po stronie zamawiającego,

Przy udziale **Xerox Polska Sp. z o. o. ul. Domaniewska 52, 02-672 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **Canon Polska Sp. z o. o., 02 - 127 Warszawa, ul. Mołdawska 9 Sygn. akt KIO/UZP 1647/09** po stronie zamawiającego.

orzeka:

1.A. Oddala odwołanie Kodak Polska Sp. z o. o., ul. Domaniewska 50, 02 - 672 Warszawa.

1. B. Uwzględnia odwołanie Canon Polska Sp. z o. o., ul. Mołdawska 9, 02 - 127 Warszawa, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Xerox Polska Sp. z o. o., ul. Domaniewska 50, 02 - 672 Warszawa, nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty,

2. Kosztami postępowania obciąża Najwyższą Izbę Kontroli, 02-056 Warszawa, ul. Filtrowa 57 oraz Kodak Polska Sp. z o.o., ul. Domaniewska 50, 02-672 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4462 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy)** z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2231 zł. 00 gr. (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczonego przez **Kodak Polska Sp. z o. o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 50,**
 - B** koszty w wysokości **2231 zł. 00 gr. (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczonego przez **Canon Polska Sp. z o.o., 02-127 Warszawa, ul. Mołdawska 9,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2231 zł. 00 gr. (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy)** przez **Najwyższą Izbę Kontroli, 02-056 Warszawa, ul. Filtrowa 57** na rzecz **Canon Polska Sp. z o.o., 02-127 Warszawa, ul. Mołdawska 9,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **25 538 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy)** z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty **12 769 zł 00 gr. (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy)** na rzecz **Kodak Polska Sp. z o. o., 02 - 672 Warszawa, ul. Domaniewska 50,**
 - B** kwoty **12 769 zł 00 gr. (słownie dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy)** na rzecz **Canon Polska Sp. z o.o., 02 - 127 Warszawa, ul. Mołdawska 9.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym na dostawę urządzenia do druku cyfrowego pełnokolorowego wraz z instalacją, szkoleniem w zakresie jego obsługi oraz obsługą serwisową (Dz. Urz. UE 2009/S158-230499 z 19.08.2009 r.) na czynność wyboru oferty złożonej przez Xerox Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, o której wykonawcy zostali powiadomieni w dniu 7 października 2009 r. zostały złożone protesty, a następnie odwołania przez:

- 1) Canon Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie,
- 2) Kodak Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, protest obejmował również zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Canon Polska Sp. z o. o. oraz zaniechania odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu Najwyższej Izbie Kontroli z siedzibą w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241), dalej ustawy Pzp.

W proteście z dnia 14 października 2009 r. odwołujący Canon Polska Sp. z o. o. zarzucił:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wybór oferty złożonej przez Xerox Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na całość przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta ta jest obciążona brakami formalnymi, polegającymi na niespełnieniu wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) i powinna zostać przez zamawiającego odrzucona;

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, z uwagi na zaoferowanie przez Xerox ceny „0” (słownie: zero złotych) brutto za przeprowadzenie szkolenia dla pracowników zamawiającego, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (tekst jednolity: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), oferta Xerox powinna zostać przez zamawiającego odrzucona.

3. naruszenie ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Canon złożonej na całość przedmiotu zamówienia, podczas gdy z uwagi na wyczerpanie przez ofertę złożoną przez Xerox przesłanek obligatoryjnego jej odrzucenia - zamawiający powinien był wybrać ofertę odwołującego Canon jako taką, która uzyskała najwięcej punktów spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący Canon wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie uznania za taką oferty złożonej przez Xerox;
- 2) dokonanie powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez Xerox;
- 3) dokonanie powtórzenia czynności oceny;
- 4) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący Canon Polska Sp. z o. o. podał.

Oferta złożona przez Xerox zawiera następujące braki skutkujące koniecznością jej odrzucenia:

I.1 Xerox dołączył do swojej oferty certyfikat ISO 9001:2008 (strona 57 oferty Xerox), jednakże w następującym zakresie: całkowita sieć dostawy, włączając planowanie, zamówienia klientów oraz dostosowywanie produktów Xerox, takich jak sprzęt biurowy, akcesoria, specjalne zestawy klienta i zaopatrzenie, w celu bezpośredniej i pośredniej sprzedaży w Europie. Produkcja i dostawa tonerów i fotoreceptorów Xerox oraz projektowanie, opracowanie i dostawa naboju do druku, w większości na rynek europejski. Planowanie, odbiór, przechowywanie i dystrybucja na całym świecie części zamiennych i zaopatrzenia dla sprzętu biurowego Xerox oraz koordynacja i fizyczna separacja sprzętu zwróconego, części zamiennych i zaopatrzenia w celu ponownego użycia i przetworzenia odpadów. Certyfikat ISO 9001 dołączony przez Xerox, zdaniem odwołującego Canon nie

obejmuje przedmiotu zamówienia, tj. urządzenia do druku cyfrowego pełnokolorowego i tym samym nie spełnia warunku określonego w punkcie 10.5 c. SIWZ. W przedmiotowym przypadku brak prawidłowego certyfikatu ISO 9001 uniemożliwił zamawiającemu prawidłową weryfikację spełnienia przez urządzenie oferowane przez Xerox wymogów przedstawionych w SIWZ;

I.2. Xerox potwierdza spełnienie warunku automatycznego druku dwustronnego na materiale do 300g/m², bez spowalniania szybkości druku minimum 70 wydruków pełnokolorowych A4/minutę w druku jednostronnym. Xerox nie spełnia więc wymagania określonego w punkcie 9 załącznika 1 i 1a do SIWZ.

I.3 Xerox określił cenę szkolenia na kwotę „0” zł. (słownie: zero złotych) brutto, oferta Xerox powinna zostać odrzucona jako sprzeczna z SIWZ. Zamieszczenie w ofercie Xerox ceny „0” zł. (słownie: zero złotych) brutto za przeprowadzenie szkolenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z oferty złożonej przez Xerox wynika, że wykonawca zaoferował przeprowadzenie szkolenia minimum sześciu pracowników zamawiającego w zakresie pełnej obsługi urządzenia objętego przetargiem za cenę „0” zł. (słownie: zero złotych) brutto. Z zapisu § 1 ust. 4 projektu umowy stanowiącej część oferty Xerox wynika, że szkolenie jednej osoby będzie trwało minimum pięć dni roboczych przez minimum pięć godzin. Przeprowadzenie szkolenia określonego w SIWZ za cenę „0” zł. (słownie: zero złotych) jest nierealne. Zdaniem odwołującego, należy uznać, że koszty niezbędnych czynności związanych w przedmiotowym przypadku z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem szkolenia, jak również kwota stanowiąca równowartość wynagrodzenia osoby, która takie szkolenie miałaby przeprowadzić, są wyższe niż „0” zł. (słownie: zero złotych). W związku z powyższym wskazanie w ofercie Xerox kwoty „0” zł. (słownie: zero złotych) brutto i złożenia przez Xerox oferty zawierającej taką informację jest, jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i uzasadnia odrzucenie oferty Xerox przez zamawiającego zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych.

Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący Canon przytoczył tezy z orzecznictwa: Krajowej Izby Odwoławczej KIO/UZP sygn. akt 108/09; sygn. KIO/UZP 302/09); Zespołu Arbitrów sygn. akt. UZP/ZO/0 -1780/03), wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 22 listopada 2000 roku (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 września 2002 roku, V Ca 1020/02).

Odwołujący Canon powołał się na interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż niedokonanie wyboru jego oferty pozbawia Canon możliwości zawarcia umowy, co stanowi o bezpośrednim uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący Canon zwrócił uwagę, że udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem Prawa zamówień publicznych stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o której mowa w art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.). Niedokonanie przez zamawiającego żądanych w proteście czynności skutkować będzie obarczeniem ewentualnie zawartej umowy nieusuwalną wadą powodującą nieważność umowy z mocy prawa na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 oraz 6 Prawa zamówień publicznych.

W proteście z dnia 16 października 2009 r. odwołujący Kodak Polska Sp. z o. o. zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez:

1. wybór oferty złożonej przez Xerox Polska Sp. z o. o. na całość zamówienia, podczas gdy z uwagi na braki formalne oferty Xerox polegające na niespełnieniu wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta Xerox powinna zostać odrzucona, a ponadto Xerox powinien zostać wykluczony z przetargu w związku z nieprawidłowym potwierdzeniem spełniania warunków udziału;
2. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Canon Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, dalej "Canon", na całość zamówienia i dopuszczeniu do udziału w przetargu oferty Canon, podczas gdy z uwagi na braki formalne oferty Canon polegające na niespełnieniu wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferta Canon powinna zostać odrzucona, a ponadto Canon powinien zostać wykluczony w związku z nieprawidłowym potwierdzeniem spełniania warunków udziału w przetargu;
3. zaniechanie wyboru oferty Kodak Polska Sp. z o. o. złożonej na całość przedmiotu zamówienia, podczas gdy z uwagi na spełnienie przez ofertę Xerox oraz Canon przesłanek do odrzucenia - zamawiający powinien był wybrać ofertę złożoną przez Kodak jako jedyną ofertę, która nie podlegała odrzuceniu.

Jednocześnie odwołujący Kodak Polska Sp. z o. o. powołał się na naruszenie swego interesu prawnego, uniemożliwiający uzyskanie zamówienia.

W związku z powyższym Kodak Polska Sp. z o. o. wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Xerox;
- 2) dokonanie powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenia ofert złożonych przez Xerox i Canon;
- 3) dokonanie powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz
- 4) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert spełniających wszystkie wymagania, zgodnie z zasadami przedstawionymi w SIWZ.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, odwołujący Kodak Polska Sp. z o. o. podał.

II.1. Xerox powinien dołączyć do oferty zaświadczenia o niekaralności wszystkich osób wchodzących w skład zarządu. Natomiast oferta Xerox nie zawiera zaświadczeń o niekaralności wszystkich osób, wchodzących w skład zarządu, wbrew wymaganiom specyfikacji przetargowej. Do oferty dołączone jest tylko zaświadczenie o niekaralności wystawione na jednego z członków zarządu, a z odpisu z rejestru przedsiębiorców firmy Xerox wynika, że zarząd jest wieloosobowy. Zatem Xerox nie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wobec tego zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp firma Xerox powinna zostać wykluczona z przetargu, a oferta złożona przez tę firmę powinna być uznana za odrzuconą.

II.2. Do oferty należało dołączyć kartę gwarancyjną na oferowane urządzenie, zgodną z warunkami określonymi w SIWZ. Wzór karty gwarancyjnej załączonej do oferty Xerox nie spełnia tych warunków. W punkcie 7 Karty Gwarancyjnej złożonej przez Xerox wskazane jest co następuje: "Systematyczne przekraczanie rekomendowanego miesięcznego limitu kopii ma bezpośredni wpływ na zwiększone zużycie urządzenia, co może prowadzić do jego uszkodzenia. W takim przypadku dopuszcza się możliwość obciążenia użytkownika za wykonywaną naprawę lub, w szczególnych przypadkach, odebrania gwarancji." Z powyższego wyraźnie wynika, że w sytuacji przekraczania limitu kopii zamawiający będzie zmuszony ponosić koszty napraw lub nawet może zostać odebrana gwarancja. Zatem wzór gwarancji nie jest zgodny z treścią SIWZ.

II. 3. jednym z wymaganych parametrów jest: "druk na materiale: papier, papier powlekany, folia, papier offsetowy". Celem potwierdzenie tego parametru, firma Xerox powołuje się na specyfikację techniczną urządzenia 8002, str. 2, w której to specyfikacji w punkcie dotyczącym rodzajów mediów, można znaleźć zapis:

- powlekane i niepowlekane papiery, papier samokopiujący (do urządzeń cyfrowych), DocuCard, etykiety;
- media typu durable/synthetic (...).

Zgodnie z tym zapisem, oferowane urządzenie Xerox 8002 nie umożliwia drukowania na papierze offsetowym. Ponadto, we wzorze karty gwarancyjnej przedstawionej przez firmę Xerox, jest następujące postanowienie - "użytkownik jest zobowiązany do stosowania wyłącznie zalecanych materiałów eksploatacyjnych Xerox", czyli tylko mediów wskazanych przez firmę Xerox. Natomiast w załączniku nr 1 do SIWZ - specyfikacji technicznej, zamawiający wskazuje, że „materiały, które będą używane do druku mają być powszechnie dostępne na rynku. Zamawiający, który zobowiązany jest do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych nie może podejmować zobowiązań dotyczących ograniczenia stosowanego papieru lub folii, które będzie sprzeczne z przepisami tejże ustawy.

II.4. kolejnym wymaganym parametrem określonym w punkcie 9 Załącznika nr 1i nr 1a do SIWZ (z uwzględnieniem zmiany SIWZ dokonanej przez zamawiającego w dniu 10 września 2009 r.) jest "automatyczny druk dwustronny na materiale do 300g/m² z prędkością minimum 65 stron formatu A4 na minutę" W specyfikacji technicznej oferowanego urządzenia Xerox 8002, nie ma informacji potwierdzającej, że automatyczny druk dwustronny na materiale do 300g/m², nie spowalnia szybkości druku podanej w specyfikacji technicznej.

II.5. oferowane urządzenie nie posiada wymaganego "zewnętrznego kontrolera zarządzającego drukiem (...) zawierającego oprogramowanie do zarządzania kolorem - z możliwością tworzenia profili produkcyjnych prac dla formatów materiału A-4, A-3, A-3+ SR, gramatury materiału do 300 g/m² oraz kolorystyki. Specyfikacja techniczna kontrolera Xerox FreeFlow Print Server 7.0 str. 2, na którą wskazuje firma Xerox nie potwierdza, że zaoferowane urządzenie zawiera oprogramowanie do zarządzania kolorem umożliwiające tworzenie profili produkcyjnych prac dla formatów materiału A-4, A-3, A-3+SR A3, gramatury materiału do 300g/m². Wymaganie w SIWZ również nie ogranicza się do materiałów wskazanych przez producenta, przez co zapis w specyfikacji technicznej urządzenia Xerox 8002 dotyczący rodzajów mediów oraz zapis we wzorze karty gwarancyjnej wskazujący na możliwość stosowania tylko papierów określonych przez producenta, w opinii odwołującego Kodak Polska Sp. z o. o., wyklucza firmę Xerox z niniejszego przetargu.

Ponadto, odwołujący Kodak zarzucił, że również oferta złożona przez firmę Canon nie spełnia warunków określonych w SIWZ.

III.1. Wykazania doświadczenia zawodowego, potwierdzonego "Wykazem wykonania minimum jednej dostawy w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie. Za dostawy odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawie stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia zamawiający uznał dostawy urządzenia opisanego w punkcie 3.1 SIWZ. Jako spełnienie powyższego warunku Canon wskazał dostawę wykonaną na rzecz PPHU „Totem” M. Rejnowski, J. Zamiara s. c. z Inowrocławia. W dokumencie potwierdzającym należyte wykonanie dostawy załączonym do oferty Canon: Karta naprawy, Typ usługi: instalacja, w części dotyczącej wykonanych czynności odnotowane zostało, że nie ma zastrzeżeń co do czynności:

1. przygotowanie do transportu, rozpakowanie,
2. instalacja przegląd, kalibracja,

3. testy.

Zapis ten w ocenie odwołującego Kodak, potwierdza, że nie ma zastrzeżeń co do pewnych czynności, nie potwierdza natomiast, że dostawa została wykonana, jak również, że została wykonana należycie. Wskazane wyżej czynności, w tym termin: "testy" nie oznacza zakończenia wykonania dostawy, rozumianej w dokumentacji przetargowej jako: dostawa, instalacja, szkolenie w zakresie obsługi oraz obsługę serwisową. W związku z tym, wykaz dostaw złożony przez firmę Canon nie spełnia warunków określonych w SIWZ, gdyż nie potwierdza wykonania dostawy odpowiadającej swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia. Zatem zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp firma Canon powinna zostać wykluczona, a jej oferta powinna być uznana za odrzuconą.

III.2. Zgodnie z punktem 6.13 SIWZ "wykonawca jest zobowiązany załączyć do oferty dokumentację techniczną w języku polskim potwierdzającą spełnianie wymagań zapisanych w załączniku nr 1 do SIWZ natomiast zgodnie z punktem 10.5 lit h "do oferty należy dołączyć poniższe dokumenty (...) dokumenty w języku polskim, potwierdzające parametry techniczne urządzenia (specyfikacje techniczne, foldery)." Kodak zauważył, że oferta firmy Canon nie zawiera jakichkolwiek materiałów typu: foldery lub informacje o produkcie, specyfikacje techniczne, potwierdzających, że urządzenie Canon image PRESS C7000 VP spełnia wszystkie parametry podane w SIWZ, w szczególności: panel w języku polskim, wymagane parametry serwera.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 15 października 2009 r. do postępowania wywołanego protestem Canon Polska Sp. z o. o. w dniu 16 października 2009 r. przystąpił wykonawca wybrany Xerox Polska Sp. z o. o. wnosząc o oddalenie protestu i utrzymanie czynności wyboru jego oferty. Stwierdził, iż złożył wymagany certyfikat ISO 9001 dla producenta; zamawiający dopuścił parametr 65 stron A4/min, jednak nie zmodyfikował SIWZ (zał. nr 1); standardem firmy Xerox jest dostawa sprzętu wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem, a oferowana cena (ogółem) zawiera wszystkie te elementy.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 19 października 2009 r. do postępowania wywołanego protestem Kodak Polska Sp. z o. o. w dniu 21 października 2009 r. przystąpił Xerox Polska Sp. z o. o. wnosząc o oddalenie protestu i utrzymanie czynności wyboru jego oferty. Wyjaśnił, że na wezwanie zamawiającego uzupełnił dokumenty o niekaralności członków zarządu. Pozostałe zarzuty uznał za bezpodstawne.

Pismem z dnia 20 października 2009 r. zamawiający postanowił oddalić protest wniesiony przez Canon Polska Sp. z o. o.

W uzasadnieniu swojej decyzji podał, iż zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Ad I.1. Zamawiający w pkt 10.5 lit. c SIWZ wymagał certyfikatu ISO 9001 dla producenta i taki został załączony do oferty Xerox. Certyfikat ISO 9001 jest dowodem na wprowadzenie w danym przedsiębiorstwie systemu zarządzania jakością i w żaden sposób nie odnosi się do cech konkretnego urządzenia, Przedstawione przez składającego protest żądanie aby certyfikat ISO 9001 odnosił się do urządzenia do druku cyfrowego pełnokolorowego jest nieuzasadnione. Przedstawiony certyfikat dotyczy całkowitej sieci dostawy (...) produktów Xerox, takich jak sprzęt biurowy, akcesoria, specjalne zestawy klienta i zaopatrzenie, w celu bezpośredniej i pośredniej sprzedaży w Europie. Zakres przedstawionego certyfikatu obejmuje więc dostawy produktów, w oczywisty sposób również dostawę oferowanego urządzenia.

Ad I.2. Oferta Xerox Polska dotyczy urządzenia, które zapewnia 70 wydruków pełnokolorowych A4/min. w druku dwustronnym. Zmiana wprowadzona pismem z 10 września 2009 r. miała charakter złagodzenia parametrów technicznych urządzenia objętego zamówieniem. Twierdzenie składającego protest jakoby urządzenie zapewniające 70 wydruków/min. nie spełniało warunku minimum 65 wydruków/min. jest niezrozumiałe. Powyższy parametr jest przez oferowane urządzenie spełniony z nadatkiem.

Ad I.3. Zamawiający stanął na stanowisku, że zaoferowanie kwoty „0” złotych za szkolenie nie stanowi naruszenia wymagań określonych w SIWZ. Jednym z kryteriów oceny ofert była "cena urządzenia wraz z dostawą, instalacją, uruchomieniem oraz szkoleniem." Kryterium stanowiła łączna cena oferty, a żądanie podania ceny szkolenia miało służyć jedynie celom informacyjnym, co widać przez uwidocznienie łącznej ceny oferty w dolnej części tabeli zawierającej również ceny cząstkowe na formularzu druku oferty stanowiącym załącznik do SIWZ. Podana przez firmę Xerox kwota „0” złotych za szkolenie nie ma wpływu na całość oferty cenowej tego wykonawcy, a według jego wyjaśnień złożonych w przyłączeniu się do protestu: „standardem firmy Xerox Polska Sp. z o. o. przy tego typu urządzeniach jest dostarczenie urządzenia wraz z instalacją, uruchomieniem i szkoleniem, a oferowana cena zawiera wszystkie te elementy." W przekonaniu zamawiającego, z przyczyn obiektywnych, a przede wszystkim bezpieczeństwa użytkownika, nie ma możliwości aby m. in. nie przeszkolić operatora z obsługi nowego urządzenia. Jak wyżej wspomniano cena za szkolenie miała jedynie walor informacyjny, gdyż kryterium oceny stanowiła wskazana w druku oferty "łączna cena brutto w złotych za dostawę, instalację i uruchomienie urządzenia oraz przeprowadzenie szkolenia." Za nietrafny jest uznać zamawiającego zarzut, że zamieszczenie w ofercie Xerox ceny „0” złotych stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zarzut taki byłby uzasadniony gdyby łączna wartość oferty była rażąco niska w stosunku do innych ofert, a taka sytuacja nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Pismem z dnia 23 października 2009 r. zamawiający oddalił protest wniesiony przez Kodak Polska Sp. z o. o., uznając go bezpodstawnym.

W uzasadnieniu swego stanowiska w odniesieniu do zarzutów wobec oferty Xerox Polska Sp. z o. o. podał.

Ad II.1. W dniu 28 września 2009r., zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przedsiębiorstwo Xerox Polska zostało wezwane do uzupełnienia oferty o dokumenty poświadczające niekaralność członków zarządu. Wymagane dokumenty zostały dostarczone w wyznaczonym terminie.

Ad II.2. Xerox Polska w załączonej do oferty karcie gwarancyjnej poza kwestionowanym postanowieniem gwarancji, nie przedstawia żadnego limitu, do przestrzegania którego zamawiający byłby zobowiązany. W tej sytuacji nie niesie to dla zamawiającego żadnych zobowiązań, niemożliwe jest bowiem przekroczenie limitu, który nie jest określony. Zarzut, że będzie w tej sytuacji konieczne ponoszenie jakiegokolwiek kosztów z tytułu przekroczenia limitu, zamawiający uznał za bezzasadny.

Ad II.3 Przedstawiona specyfikacja materiałów, w oczywisty sposób jest katalogiem otwartym. Brak wyszczególnienia w tym miejscu oferty papieru offsetowego, nie znaczy, że proponowane urządzenie na nim nie drukuje. Spełnianie warunku druku na papierze offsetowym zostało potwierdzone przez Xerox Polska Sp. z o. o. na stronie 3 oferty. Składający protest Kodak Polska Sp. z o.o. myli dwa rodzaje materiałów:

- pierwszy rodzaj to materiały eksploatacyjne, które wymienia wykonawca prowadzący obsługę serwisową, zgodnie z umową (załącznik nr 3 do SIWZ);
- drugi rodzaj to materiały, na których będą realizowane wydruki np. papier. Te materiały nie są wymieniane przez wykonawcę i będą kupowane przez zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Ad II.4. W ofercie Xerox Polska Sp. z o. o. nie ma informacji o zwalnianiu przy wydruku minimum 65 stron formatu A4 na minutę, ponieważ zamawiający tego nie wymagał. Zmiana w SIWZ wprowadzona pismem z 10 września 2009 r. miała charakter złagodzenia parametrów technicznych urządzenia objętego zamówieniem. Skoro oferowane urządzenie spełnia warunek druku 70 wydruków na minutę (potwierdzone na str. 3 oferty), to spełnia również warunek złagodzony tj. 65 wydruków na minutę. Pierwsza wersja SIWZ (wymagała 70 wydruków/minutę), „jak i wersja po poprawce z 10 września 2009 r. taki samo zawiera słowo „minimum”, które w oczywisty sposób wskazuje, że specyfikacja techniczna określa wymagania minimalne urządzenia. Wykonawca nie może zaproponować urządzenia o parametrach gorszych niż w SIWZ, ale może zaproponować urządzenie o parametrach lepszych.

Ad II.5. Zarzut braku potwierdzenia funkcji kontrolera druku jest bezzasadny gdyż oprogramowanie FreeFlow Print Server 7.0 jest oprogramowaniem, które zarządza kolorem.

Automatycznie tworzy profile kolorystyczne ICC, wykorzystuje zewnętrzne profile kolorystyczne ICC oraz zarządza funkcjami drukowania w połączeniu z dedykowanym urządzeniem drukującym w tym wypadku maszyną 8002 dla wszystkich mediów, gramatur i ustawień maszyny. Specyfikacja techniczna oprogramowania FreeFlow Print Server 7.0 dla maszyny Xerox 8002 potwierdza wymagane cechy opisane w SIWZ. Dodatkowo firma Xerox Polska Sp. z o. o. potwierdziła wszystkie wymagane funkcje kontrolera w złożonej ofercie.

W odniesieniu do zarzutów stawianych ofercie Canon Polska Sp. z o. o., zamawiający podał.

Ad. III.1. W dniu 28 września 2009 r., zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca Canon Polska Sp. z o. o. został wezwany do uzupełnienia oferty o informacje o wartości dostawy na rzecz PPHU „Totem” M. Rejnowski, J. Zamiara s. c. oraz dokumentów potwierdzających, że dostawa została wykonana należycie. Informacje te, w formie referencji, zostały dostarczone w wyznaczonym terminie.

Ad III.2. zamawiający nie uznał zarzutu, iż oferta firmy Canon nie zawiera jakichkolwiek materiałów typu: foldery lub informacje o produkcie, specyfikacje techniczne, potwierdzających, że urządzenie Canon image PRESS C7000 VP spełnia wszystkie parametry podane w specyfikacji SIWZ, w szczególności: panel w języku polskim, parametry serwera. Zdaniem zamawiającego wymienione w SIWZ materiały mają jedynie charakter przykładowy. Oferta Canon Polska zawiera dokument potwierdzający spełnianie parametrów technicznych w formie oświadczenia wykonawcy. Żądanie od wykonawców spełniania warunków jedynie w formie folderów, informacji o produkcie, czy specyfikacji technicznych byłoby, zdaniem zamawiającego, naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, wykluczałoby bowiem wykonawców z postępowania tylko dlatego, że nie mają np. folderów dla danego urządzenia. Poza tym zamawiający zwrócił uwagę, że foldery, informacje o produkcie, czy specyfikacje techniczne są przygotowywane i drukowane przez wykonawcę mają więc taką samą wartość "dowodową" jak oświadczenie przedstawione przez Canon Polska Sp. z o. o. potwierdzające spełnianie wszystkich parametrów oferowanego urządzenia.

W odwołaniu wniesionym w dniu 30 października 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie wykonawca Canon Polska Sp. z o. o., podtrzymał zarzuty protestu oraz wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie unieważnienia uznania za taką oferty złożonej przez Xerox zgodnie z art. 191 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp;
2. powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez Xerox zgodnie z art. 191 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp;

3. powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej art. 191 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp;

4. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej art. 191 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp.

Do ad. I.1. W uzasadnieniu, odwołujący Canon ponowił całą argumentację przytoczoną w proteście. Odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu, wskazał dodatkowo, że Certyfikat ISO dla producenta wymagany przez zamawiającego ma na celu potwierdzenie, iż w miejscu produkcji urządzenia został wdrożony system zarządzania jakością według wymagań określonych normą ISO 9001. Certyfikowane procesy zostały wyszczególnione w zakresie załączonego potwierdzenia certyfikacji zgodności z normą ISO 9001, ale wymagany proces produkcji nie został ujęty. Procesy produkcji zgodne z wymaganiami normy ISO 9001 potwierdzone załączonym certyfikatem firmy Xerox dotyczą jedynie produkcji tonerów i fotoreceptorów, czego dowodzi załącznik: str. 57 oferty Xerox zawierający kopię certyfikatu ISO 9001.

Do ad. I.2. W odniesieniu do zarzutu, iż oferowane urządzenie przez firmę Xerox nie zapewnia szybkości druku minimum 65 kopii formatu A4 na minutę w druku dwustronnym, w opinii odwołującego Canon, wybrany wykonawca nie uwzględnił wyjaśnień zamawiającego z dnia 10 września 2009 r.

Do ad. I.3. Odwołujący za niezrozumiałe uznał stanowisko zamawiającego, iż cena za szkolenie wymieniona ma jedynie walor informacyjny i nie ma wpływu na całość oferty cenowej, gdyż kryterium oceny stanowiła wskazana w druku oferty "łączna cena brutto w złotych za dostawę, instalację i uruchomienie urządzenia oraz przeprowadzenia szkolenia." W ocenie odwołującego Canon Polska Sp. z o. o. należy uznać, że koszty niezbędnych czynności związanych w przedmiotowym przypadku z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem szkolenia, jak również kwota stanowiące równowartość wynagrodzenia osoby, która takie szkolenie miałaby przeprowadzić, są wyższe niż „0” zł. (słownie: zero złotych). Odwołujący wywodził, iż nie jest dopuszczalne, aby zamawiający cenę za szkolenie traktował arbitralnie jako informacyjną, natomiast pozostałe ceny uważał za wiążące. Wskazał na okoliczność, iż zamawiający umieścił wszystkie składniki ceny w jednej kategorii, dając do zrozumienia tym samym, że wszystkie pozycje cenowe umieszczone w tej kategorii stanowią integralną część ceny ofertowej. Odwołujący Canon podtrzymał zarzut, iż wskazanie w ofercie Xerox kwoty „0” zł. (słownie: zero złotych) brutto za szkolenie i złożenia przez Xerox oferty zawierającej taką informację jest, jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i uzasadnia odrzucenie oferty Xerox przez zamawiającego zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Powołał się na interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż niedokonanie wyboru jego oferty pozbawia Canon możliwości zawarcia umowy, co stanowi o bezpośrednim uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia.

Pismem złożonym 17 listopada 2009 r., z kopią przekazaną stronom przed otwarciem posiedzenia Izby do postępowania odwoławczego Canon Polska Sp. z o. o. po stronie zamawiającego przystąpił Xerox Polska Sp. z o. o., który podtrzymał stanowisko wyrażone w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem oraz wniósł o oddalenie odwołania.

W odwołaniu wniesionym przez Kodak Polska Sp. z o. o. przez kuriera w dniu 30 października 2009 r., które wpłynęło do krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2009 r. z kopią przekazaną zamawiającemu również w dniu 2 listopada 2009 r., zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie uznania za taką oferty złożonej przez Xerox;
2. dokonanie powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenia ofert złożonych przez Xerox i Canon;
3. powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert spełniających wszystkie wymagania przedstawione w SIWZ.

Do ad II. W odniesieniu do oferty Xerox Polska Sp. z o. o. odwołujący Kodak Polska Sp. z o. o. podtrzymał zarzuty w zakresie wyznaczenia w dokumencie gwarancyjnym limitu kopii. Za okoliczność przyznaną uznał stwierdzenie zamawiającego, iż we wskazanym punkcie 7 karty gwarancyjnej, został wyznaczony limit kopii. Stąd wywodził, iż pogląd zamawiającego, że Xerox w załączonej do oferty karcie gwarancyjnej nie przedstawił żadnego limitu, do przestrzegania którego zamawiający byłby zobowiązany, jest nieuprawniony. Odwołujący wskazał, że oferta złożona przez Xerox zawierała określony maksymalny limit kopii. Na stronie 72 oferty Xerox w Specyfikacji technicznej systemu Xerox DocuColor 7002/8002 w kolumnie trzeciej w części "obciążalność" jest zapis DocuColor 8002 do 1,2 mln obrazów miesięcznie (A4)". Zapis ten oznacza tym samym, że urządzenie oferowane przez Xerox ma określony górny miesięczny limit kopii. Odwołujący podkreślił, że istnienie górnego miesięcznego limitu kopii zostało również potwierdzone przez Xerox. W piśmie z dnia 20 października 2009 roku "Przystąpienie do postępowania protestacyjnego" (na stronie 2) Xerox przyznaje, że „Limit kopii, który według karty gwarancyjnej nie powinien być przekraczany ze względu na utrzymanie maszyny drukującej w najlepszym stanie technicznym, to obciążalność maksymalna miesięczna 1 200 000 kopii (dla trójmianowego

systemu pracy), podana w specyfikacji dla oferowanego urządzenia." Zaznaczył, że warunkiem określonym przez zamawiającego w było udzielenie gwarancji "na okres min. 2 lat bez limitu kopii", a nie z określonym górnym limitem kopii, nawet jeśli ten limit jest na wysokim poziomie.

Do ad III. W odniesieniu do oferty firmy Canon Polska Sp. z o. o. odwołujący Kodak Polska Sp. z o. o. podtrzymał zarzuty dotyczące niewykazania przez wykonawcę doświadczenia w zakresie dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Odwołujący nie zgodził się, że przez uzupełnienie dokumentów, brak ten został skutecznie naprawiony.

Odwołujący ponowił zarzut, że dostarczone przez Canon dokumenty nie potwierdzają wykonania dostawy odpowiadającej swym rodzajem dostawie opisanej w SIWZ tj. dostawie, instalacji, szkoleniu w zakresie obsługi oraz obsługi serwisowej urządzenia do druku cyfrowego pełnokolorowego. Dostarczone przez Canon dokumenty dotyczą jedynie dostawy i instalacji. Odwołujący zauważył, że referencje złożone przez firmę Canon dotyczą wykonania dostawy na podstawie „Umowy użyczenia”, a więc zgodnie z art. 710 kodeksu cywilnego - bezpłatnego udostępnienia urządzenia do używania. W związku z tym wartość podana w referencjach w wysokości 350.000,00 złotych dotyczy nie tyle wartości samej dostawy - ta dla biorącego do używania firmy PPHU „Totem” M. Rejnowski, J. Zamiara s. c. z Inowrocławia jest bezpłatna - lecz jedynie wartości sprzętu udostępnionego do nieodpłatnego używania. Dostawa polegająca na bezpłatnym udostępnieniu sprzętu nie może być traktowana jako dostawa tego samego rodzaju jak dostawa polegająca na sprzedaży sprzętu. Zgodnie z definicją dostawy, o której mowa w art. 2 pkt 2 ustawy Pzp, przez dostawę należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Odwołujący się podkreślił, że wszystkie wskazane w ustawie Pzp umowy, kwalifikowane jako dostawa, są umowami odpłatnymi. Podobnie stwierdzono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 993/08. Zatem wykonanie dostawy nieodpłatnej nie może być uznane za tego samego rodzaju dostawę co odpłatna. Odwołujący zaznaczył, że z zasad doświadczenia życiowego wynika, że staranność w wyborze i ocenie urządzenia jest inna w przypadku kiedy nabywca musi wydatkować na ten cel znaczne środki, niż w sytuacji kiedy taki sam sprzęt udostępniany jest bezpłatnie.

Odwołujący Kodak Polska Sp. z o. o. wskazał ponadto, że wykonawca był zobowiązany do złożenia wykazu co najmniej jednej dostawy wykonanej w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania. Dla określenia momentu wszczęcia postępowania istotne znaczenie będzie miała, wobec literalnego brzmienia art. 40 ust. 1 Pzp data, w której ogłoszenie o danym zamówieniu zostało upublicznione na stronie internetowej zamawiającego oraz jego tablicy ogłoszeń. Za wszczęcie postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego może być również uznany moment publikacji ogłoszenia w oficjalnym publikatorze, o ile jednak ogłoszenie o zamówieniu nie ukaże się wcześniej na stronie internetowej zamawiającego lub jego tablicy ogłoszeń, a taka sytuacja miała w tym przypadku miejsce. Zatem momentem wszczęcia postępowania jest ukazanie się ogłoszenia o przetargu nieograniczonym na stronie internetowej zamawiającego, jeżeli miało ono miejsce wcześniej niż moment publikacji ogłoszenia w oficjalnym publikatorze. Ogłoszenie o przetargu nieograniczonym dotyczącym dostawy urządzenia do druku cyfrowego pełnokolorowego wraz z instalacją, szkoleniem w zakresie jego obsługi oraz obsługą serwisową zostało opublikowane na stronie internetowej zamawiającego www.bip.nik.gov.pl w dniu 15 sierpnia 2009 r., natomiast w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich ogłoszenie o przetargu ukazało się 19 sierpnia 2009 r., przekazane do publikacji było w dniu 14 sierpnia 2009 r. Na dowód odwołujący przedstawił wydruk wersji historycznej strony internetowej zamawiającego na dzień 15 sierpnia 2009 r. Zatem uznał, że postępowanie w niniejszej sprawie zostało wszczęte w dniu 15 sierpnia 2009 r., a z referencji dostarczonych przez Canon wynika, że "firma Canon Polska Sp. z o. o. dostarczyła i zainstalowała na podstawie umowy użyczenia z dnia 18.08.2009 następujący sprzęt (...) Instalacja została zakończona 20.08.2009 r." Ponadto w wykazie dostaw złożonych przez firmę Canon (strona 39 oferty) Canon wskazał jako datę dostawy 18.08.2009 r. Wobec powyższego dostawa, na wykonanie której powołuje się Canon została rozpoczęta i zakończona już po wszczęciu postępowania przez zamawiającego, zatem nie może być uwzględniona jako spełniająca warunek określony w punkcie 6.6. SIWZ, który dotyczył wykonania minimum jednej dostawy w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, a więc w okresie trzech lat przed dniem 15 sierpnia 2009 r. Wobec tego zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, w opinii odwołującego firma Canon powinna zostać wykluczona z przetargu, a oferta złożona przez tę firmę powinna być uznana za odrzuconą.

Pismem z dnia 9 listopada 2009 r., którego kopia została przekazana stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego firmy Kodak Polska Sp. z o. o. po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Xerox Polska Sp. z o. o., który stwierdził, iż w pełni podziela stanowisko zamawiającego wyrażone w rozstrzygnięciu protestu, iż zgodnie z treścią oferty, zaoferował 2 letni okres gwarancji bez limitu kopii. Załączona do oferty karta gwarancyjna spełnia wymagania SIWZ i w żaden sposób nie przeczy oferowaniu dwuletniej gwarancji bez limitu kopii.

Pismem z dnia 9 listopada 2009 r. odwołujący Kodak Polska Sp. z o.o., zaprzeczył twierdzeniom firmy Canon Polska Sp. z o. o., jakoby w odwołaniu powołał się na zarzuty nie objęte protestem. Stwierdził, iż w proteście kwestionował wykaz dostaw, przedstawiony

przez Canon w ofercie, a okoliczności podnoszone w odwołaniu – dotyczące daty dostawy urządzenia na rzecz wskazanego zamawiającego firmy PPHU „Totem” M. Rejnowski. J. Zamiara s. c., stanowią jedynie nowy argument uzasadnienia, a nie nowy zarzut.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia wniesionych odwołań na podstawie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić przystępującego Xerox Polska Sp. z o. o. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1647/09 z odwołania wniesionego przez Canon Polska Sp. z o. o.;
- w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1622/09 z odwołania wniesionego przez Kodak Polska Sp. z o.o.

Według zgodnego oświadczenia stron, termin związania ofertą nie upłynął, a oferty wykonawców: Kodak Polska Sp. z o.o.; Xerox Polska Sp. z o. o. oraz Canon Polska Sp. z o.o. nadal pozostają zabezpieczone wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody: z protokołu postępowania wraz z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami, ofert wykonawców: Kodak Polska Sp. z o.o.; Xerox Polska Sp. z o. o. oraz Canon Polska Sp. z o.o. Z pism stron i przystępujących, złożonych w postępowaniu protestacyjno odwoławczym.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, potrzymanych w odwołaniu i na rozprawie, Izba ustaliła co następuje.

W punkcie 13 SIWZ zamawiający postanowił, że kryteria oceny ofert stanowią:

- cena urządzenia wraz z dostawą, instalacją, uruchomieniem oraz szkoleniem – 60%;
- cena jednostkowa kopii serwisowej czarno – białej – 4%;
- cena jednostkowa kopii serwisowej kolorowej – 32 %;
- termin dostawy – 4%.

Z druku ZP-12, załącznika do protokołu postępowania oraz z druku ZP-21 streszczenie oceny i porównania złożonych ofert wynika, że za najkorzystniejszą w wymienionych kryteriach, zamawiający uznał ofertę Xerox Polska Sp. z o. o. z sumą punktów 99,02. Na drugiej pozycji sklasyfikował ofertę Canon Polska Sp. z o. o., z sumą punktów 78,23, a na trzeciej - ofertę Kodak Polska Sp. z o. o. z sumą punktów 70,38.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, w odniesieniu do podtrzymanych zarzutów odwołania wniesionego przez Canon Polska Sp. z o. o., w sprawie Sygn. akt KIO/UZP 1647/09 przeciwko wybranej ofercie Xerox Polska Sp. z o. o. zawiera następujące postanowienia:

Pkt 3.1 Przedmiotem zamówienia jest dostawa, instalacja, szkolenie w zakresie obsługi oraz obsługa serwisowa urządzenia do druku cyfrowego pełnokolorowego. Szczegółowy opis urządzenia będącego przedmiotem zamówienia zawiera załącznik nr 1 do SIWZ. Oferowane urządzenie musi spełniać wszystkie warunki opisane w załączniku nr 1. W przeciwnym razie oferta zostanie odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca musi dołączyć do oferty zestawienie parametrów technicznych urządzenia zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik 1a do SIWZ;

Pkt 3.4 wykonawca po zainstalowaniu i uruchomieniu urządzenia, przeszkoli między innymi 6 pracowników zamawiającego w zakresie pełnej obsługi; W odpowiedzi na pytanie w piśmie z 10 września 2009 r. zamawiający podał, iż wymaga aby każda z 6 osób była szkolona osobno przez minimum 5 dni i minimum 5 godzin. W przypadku gdy pracownik nie otrzyma certyfikatu, zostanie on przeszkolony powtórnie bez ponoszenia przez zamawiającego dodatkowych kosztów.

Pkt 10.1 ofertę należało przygotować w języku polskim na druku stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

Pkt 10.5. c do oferty należy dołączyć certyfikat ISO 9001 dla producenta;

Pkt 10.5. d do oferty należy dołączyć certyfikat ISO 14001 dla producenta;

Pkt 10.5.g do oferty należy dołączyć oświadczenie producenta o zgodności z normą ISO 1043 przez oferowane urządzenie.

W punkcie 12 opis sposobu obliczenia ceny, zamawiający podał:

12.1 cena urządzenia musi być podana w walucie polskiej. Musi zawierać podatek VAT i uwzględniać koszty transportu, instalacji uruchomienia i szkolenia oraz materiałów eksploatacyjnych(..);

12.2 podana cena urządzenia musi uwzględniać oprogramowanie niezbędne do tego aby wykorzystać wszystkie funkcje urządzenia;

Pkt 15.1 wykonawca zobowiązany jest do podpisania umowy na warunkach podanych we wzorze załącznika nr 3 do SIWZ;

Załącznik 1 - specyfikacja techniczna punkt 9, zmieniony odpowiedzią zamawiającego z dnia 10 września 2009 r., podaje przedmiot zamówienia powinien spełniać warunek automatycznego druku dwustronnego na materiale do 300g/m² z prędkością minimalną 65 stron formatu A4 na minutę;

Potwierdzenie przez oferowane urządzenie specyfikacji technicznej należało złożyć w ofercie na formularzu według wzoru załącznika nr 1a do SIWZ.

Zgodnie z § 6 ust. 1 wzoru umowy za realizację dostawy, instalacji i uruchomienia zamawiający zapłaci wynagrodzenie brutto w kwocie (...);

Zgodnie z ust. 3 § 6 wzoru umowy za realizację usługi szkoleniowej, zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie brutto w kwocie (...);

Zgodnie z ust. 5 § 6 wzoru umowy, łączna cena brutto za realizację dostawy instalacji i uruchomienia oraz za realizację usługi szkoleniowej, wyniesie złotych (...)

Stosownie do postanowień ust. 4 § 6 wzoru umowy, należność zostanie przekazana przelewem na konto wykonawcy w ciągu 21 dni od dnia dostarczenia zamawiającemu faktury wraz z załączonym protokołem wykonania usługi szkolenia, obowiązek sporządzenia którego spoczywa na wykonawcy.

W § 7 ust. 1 wzoru umowy, na dostarczony system wykonawca udziela gwarancji na okres 2 lat bez limitu kopii. W ust. 3 karta gwarancyjna musi być zgodna z niniejszą umową. W przeciwnym wypadku, pierwszeństwo mają zapisy umowy;

W § 8 wzoru umowy, ust 3 do obowiązków wykonawcy w ramach obsługi serwisowej należy dostarczanie niezbędnych materiałów i części eksploatacyjnych.

Wykonawca może zaproponować w ofercie propozycje własnych zapisów umownych, pod warunkiem, że nie będą one niekorzystne dla zamawiającego.

W załączniku nr 5 do SIWZ – formularzu oferty, wyodrębnione zostały ceny brutto

- za dostawę instalację i uruchomienie,
- za przeprowadzenie szkolenia;
- oraz cena jednostkowa kopii serwisowej.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, w odniesieniu do podtrzymanych zarzutów odwołania wniesionego przez Kodak Polska Sp. z o. o., w sprawie Sygn. akt KIO/UZP 1622/09 przeciwko wybranej ofercie Xerox Polska Sp. z o. o. zawiera następujące postanowienia:

Punkt 3.2 SIWZ - Dostarczone urządzenie musi być fabrycznie nowe, nie używane i wyprodukowane w roku 2009. Na oferowane urządzenie wykonawca musi udzielić gwarancji na okres min. 2 lat bez limitu kopii.

W odniesieniu do zarzutów przeciwko ofercie Canon Polska Sp. z o. o., utrzymanych w odwołaniu Kodak Polska Sp. z o. o. Sygn. akt KIO/UZP 1622/09 specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera następujące postanowienia.

Zgodnie z punktem 6.6. SIWZ (z uwzględnieniem zmiany SIWZ dokonanej przez zamawiającego w dniu 10 września 2009 r. wraz ze zmianą ogłoszenia o zamówieniu), wykonawca zobowiązany był do złożenia "wykazu wykonanych dostaw - minimum jednej dostawy w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a

jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie. Za dostawy odpowiadające swoim rodzajem i wartością dostawie stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia zamawiający uznawał dostawy urządzenia opisanego w SIWZ lub innego urządzenia o parametrach nie gorszych od podanych. W piśmie z dnia 17 września 2009 r. zamawiający podtrzymał wymagania punktu 6.6 SIWZ. W tym samym piśmie, na wyraźne zapytanie wykonawcy, czy uzna dostawę w ramach umowy użyczenia, zamawiający wyjaśnił, iż zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy Pzp, dopuszcza wykazanie się dostawą na podstawie umowy użyczenia.

Wobec tak określonych wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak przytoczone wyżej oferta Xerox Polska Sp. z o. o. zawiera następujące oświadczenia oraz dokumenty.

W punkcie 7 Karty Gwarancyjnej złożonej przez Xerox wskazane jest co następuje: "Systematyczne przekraczanie rekomendowanego miesięcznego limitu kopii ma bezpośredni wpływ na zwiększone zużycie urządzenia, co może prowadzić do jego uszkodzenia. W takim przypadku dopuszcza się możliwość obciążenia użytkownika za wykonywaną naprawę lub, w szczególnych przypadkach, odebrania gwarancji."

W zaakceptowanym wzorze umowy na stronie 17 oferty Xerox Polska Sp. z o. o. zawarte jest oświadczenie, iż wykonawca ten udziela gwarancji na okres 2 lat bez limitu kopii. Wykonawca przyjął wprost przedstawiony przez zamawiającego wzór umowy, gdzie zawarte jest postanowienie, iż w przypadku niezgodności z umową karty gwarancyjnej pierwszeństwo mają zapisy umowy.

Na stronie 77 oferty Xerox Polska Sp. z o. o. widnieje zestawienie oferowanych cen, gdzie w pozycji cena brutto w złotych za przeprowadzenie szkolenia podana jest cena „0” (zero złotych).

W pozycji 9 załącznika nr 1a zawarte jest potwierdzenie spełniania wymogów specyfikacji technicznej, Xerox Polska Sp. z o. o. (str. 3 oferty) w odniesieniu do oferowanego urządzenia Xerox 8002, potwierdza spełnienie warunku automatycznego druku dwustronnego na materiale do 300g/m², bez spowalniania szybkości druku minimum 70 wydruków pełnokolorowych A4/minutę w druku jednostronnym, tj. z odwołaniem się do poz. 3 wymienionego załącznika, jak było wskazane w załączniku nr 1 poz. 9.

Na stronie 57 oferty Xerox Polska Sp. z o.o. został przedstawiony certyfikat dla Xerox Manufacturing (Nederland) B.V. potwierdzający spełnianie standardów:

ISO 9001: 2008;

ISO 14001: 2004;

Wydany przez KEMA Quality B.V. z Arnhem, w następującym zakresie: całkowita sieć dostawy, włączając planowanie, zamówienia klientów oraz dostosowywanie produktów Xerox, takich jak sprzęt biurowy, akcesoria, specjalne zestawy klienta i zaopatrzenie, w celu bezpośredniej i pośredniej sprzedaży w Europie. Produkcja i dostawa tonerów i fotoreceptorów Xerox oraz projektowanie, opracowanie i dostawa naboju do druku, w większości na rynek europejski. Planowanie, odbiór, przechowywanie i dystrybucja na całym świecie części zamiennych i zaopatrzenia dla sprzętu biurowego Xerox oraz koordynacja i fizyczna separacja sprzętu zwróconego, części zamiennych i zaopatrzenia w celu ponownego użycia i przetworzenia odpadów.

Wobec postawionych wymagań SIWZ jak przytoczone wyżej, oferta Canon Polska Sp. z o. o. zawiera następujące oświadczenia i dokumenty.

Jako spełnienie warunku doświadczenia Canon Polska Sp. z o.o. wskazał dostawę wykonaną na rzecz PPHU „Totem” M. Rejnowski, J. Zamiara s. c. (str. 39 oferty) z datą dostawy 18.08.2009 r. Potwierdzenie należytego wykonania zamówienia stanowi karta naprawy (str. 41, 42 oferty), która potwierdza, że w dniach 17.08.2009 r. – do 20.08.2009 r. miała miejsce naprawa urządzenia model IPC 7000, gdzie wyspecyfikowano czynności, wymienione materiały i części. W dokumencie potwierdzającym należyte wykonanie dostawy załączonym do oferty Canon: Karta naprawy, typ usługi: instalacja, w części dotyczącej wykonanych czynności widnieje zapis, że nie ma zastrzeżeń co do czynności:

1. przygotowanie do transportu, rozpakowanie,
2. instalacja przegląd, kalibracja,
3. testy

Przedstawiona karta naprawy poświadczają, iż zakres naprawy (usługi) został potwierdzony przez odbiorcę bez zastrzeżeń.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 28 września 2009 r. Canon Polska Sp. o. o. uzupełnił w określonym terminie dokumenty i przedłożył referencje odbiorcy dostawy do przedstawionego wykazu, potwierdzające jej należyte wykonanie, z zaznaczeniem, iż dostawa nastąpiła na podstawie umowy użyczenia.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący Kodak Polska Sp. z o. o. oraz Canon Polska Sp. z o. o. wykazali interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, skoro twierdzą i dowodzą, że złożone oferty konkurencyjnych wykonawców winny podlegać odrzuceniu, a ich oferta jest zgodna z wymaganiami i powinna zostać wybrana do realizacji zamówienia.

W odniesieniu do odwołania wniesionego przez Canon Polska Sp. z o. o. sygn. akt KIO/UZP 1647/09.

Zarzut, co do przedstawienia nieprawidłowego certyfikatu ISO 9001, w ofercie Xerox nie znalazł potwierdzenia. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż pkt 10.5 lit. c SIWZ wymagał certyfikatu ISO 9001 dla producenta i taki został załączony do oferty. Certyfikat ISO 9001 jest dowodem na wprowadzenie w danym przedsiębiorstwie systemu zarządzania jakością i w żaden sposób nie odnosi się do cech konkretnego urządzenia. Przedstawione przez składającego protest żądanie aby certyfikat ISO 9001 odnosił się konkretnie do produkcji urządzenia dla druku cyfrowego pełnokolorowego jest nieuzasadnione. Przedstawiony certyfikat dotyczy całkowitej sieci dostawy (...) produktów Xerox, takich jak sprzęt biurowy, akcesoria, specjalne zestawy klienta i zaopatrzenie, w celu bezpośredniej i pośredniej sprzedaży w Europie. Zakres przedstawionego certyfikatu obejmuje więc procedury jakościowe producenta dostawy produktów, w oczywisty sposób również dostawę oferowanego urządzenia, które w związku z zamierzonym przez zamawiającego użytkowaniem mieści się w pojęciu sprzętu biurowego. Wymagany był certyfikat ISO 9001 dla producenta, bez podania, że ma on dotyczyć procesów produkcji. Skoro zakres certyfikatu obejmuje dostawę produktów, zatem odnosi się też do oferowanego urządzenia. W tym zakresie oferta Xerox Polska Sp. z o. o. jest zgodna z wymaganiami SIWZ.

Zarzut, iż zaoferowane w ofercie Xerox Polska Sp. z o. o. urządzenie nie potwierdza spełnienia warunku automatycznego druku dwustronnego na materiale do 300g/m², bez spowalniania szybkości druku minimum 65 wydruków pełnokolorowych A4/minutę, nie znajduje potwierdzenia. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż w ofercie Xerox Polska nie ma informacji o zwalnianiu przy wydruku 65 stron formatu A4 na minutę. Zmiana w SIWZ wprowadzona pismem z 10 września 2009 r. miała charakter złagodzenia parametrów technicznych urządzenia objętego zamówieniem. Skoro oferowane urządzenie spełnia warunek druku 70 wydruków na minutę (potwierdzone na str. 3 oferty), to spełnia również warunek złagodzony tj. 65 wydruków na minutę w druku dwustronnym. Pierwsza wersja SIWZ (wymagała 70 wydruków/minutę). Zarówno pierwsza wersja, jak i wersja po poprawie zawiera słowo „minimum”, które w oczywisty sposób wskazuje, że specyfikacja techniczna urządzenia określa wymagania minimalne urządzenia. Wykonawca nie mógł zaproponować urządzenia o parametrach gorszych niż w SIWZ, ale mógł zaproponować urządzenie o parametrach lepszych, co zamawiający dopuścił w SIWZ. W załączonej do oferty specyfikacji urządzenia Xerox DocuColor 8002 znajduje się zapis 70/80 ppm(8,5x11,A4),60-300 g/m². Powyższe oznacza, iż oferowane urządzenie utrzymuje prędkość do 80 stron na minutę w pełnym spektrum obsługiwanych gramatur, bez rozróżnienia na druk dwustronny czy jednostronny. W tym zakresie oferta Xerox Polska Sp. z o. o. jest zgodna z SIWZ.

Izba uznała natomiast trafność zarzutu odwołującego Canon Polska Sp. z o. o., iż niedopuszczalne było zaoferowanie ceny za szkolenie osób przeznaczonych do obsługi urządzenia w kwocie „0” (zero złotych) brutto. Mimo, że do porównania cen ofert, będą przyjmowane ceny całkowite podane w formularzu ofertowym, to należy mieć na uwadze, iż zarówno cena za dostawę i montaż urządzenia, jak i odrębnie wymagana cena za szkolenie, zgodnie z cytowanymi wcześniej postanowieniami zaakceptowanego wzoru umowy mają służyć do rozliczeń stron umowy w oparciu o wystawione faktury, po protokolarnym potwierdzeniu wykonania dostawy i osobno szkolenia. Za realizację usługi szkoleniowej w § 6 ust. 3 i 4 zamawiający przewidział odrębne wynagrodzenie podane w formularzu oferty, płatne na podstawie osobnej faktury, po protokolarnym stwierdzeniu wykonania usługi szkoleniowej. Zatem cena za szkolenia ma charakter ceny przyjmowanej do rozliczeń i jako taka stanowi istotną treść oferty, gdyż zawarta jest w umowie o realizację zamówienia, jako jej essentialia negotii. Ponadto należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 2 pkt 13 przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane pomiędzy wykonawcą a zamawiającym między innymi na dostawy i usługi. Zarówno odnośne postanowienia SIWZ, jak i postanowienia umowy przytaczane wyżej, mówią o cenie za szkolenia. Zatem z odesłania wynikającego z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) wynika, że za cenę należy przyjmować, wartość jaką kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, wyrażoną w jednostkach pieniężnych. W cenie uwzględnia się podatek VAT i podatek akcyzowy jeżeli sprzedaż lub usługa jest obciążona tym podatkiem. Bez wątpliwości polski system monetarny, nie przewiduje jednostek pieniężnych o nominale „0” (zero złotych). Cena powinna być wyrażona w złotych i w groszach. Gdyby zamawiający żądał jedynie skosztorysowania dostawy wraz z towarzyszącymi usługami, a wymagane byłoby wyłącznie podanie jednej ceny całkowitej, wówczas wykonawca mógłby w tak sporządzonym kosztorysie przyjąć jako element kalkulacyjny ceny oferty wartość „0” za szkolenia, ujmując rzeczywiste koszty ponoszone na dany zakres świadczenia w innym elemencie kalkulacji ceny oferty. Zamawiający wyjaśnił, iż w sposób zamierzony wymagał podania odrębnej ceny za szkolenia, gdyż wynika to z odmiennych źródeł finansowania zakupu samego urządzenia oraz odmiennych środków przeznaczanych na przeprowadzanie szkoleń.

Z oczywistych względów Izba podziela pogląd, iż przeprowadzanie szkoleń, o których mowa w § 1 wzoru umowy, tj. przeszkolenie w siedzibie zamawiającego po zainstalowaniu i uruchomieniu systemu minimum 6 pracowników, przez minimum 5 dni roboczych, przez minimum 5 godzin z wydaniem certyfikatów, wiąże się dla wykonawcy z ponoszeniem określonych kosztów, które możliwe były do wyliczenia i podania odrębnej ceny, jak wymagał zamawiający w dokumentacji przetargowej. Dodatkowo w wyjaśnieniach z 10 września 2009 r., zamawiający wymagał, aby każda z 6 osób była szkolona osobno przez minimum 5 dni i

minimum 5 godzin. W przypadku gdy pracownik nie otrzyma certyfikatu, zostanie przeszkolony powtórnie na koszt wykonawcy. Powyższe dowodzi, iż zamawiający przywiązuje dużą wagę do przeprowadzenia szkoleń, pozwalających pracownikom nabyć umiejętności do obsługi urządzenia w pełnym zakresie wykorzystania jego możliwych funkcji. Skoro cena za szkolenia nie została podana, to w przypadku nie wywiązania się przez wykonawcę z tego zakresu zobowiązania, brak będzie podstaw do potrącenia z ceny za urządzenie wartości niezrealizowanych szkoleń.

W ocenie Izby, nie ma jednak postaw do czynienia zarzutów wykonawcy Xerox Polska Sp. z o. o., iż przedstawienie ceny za szkolenia w wysokości „0” (zero złotych) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Izba przyjęła za wiarygodne wyjaśnienia przystępującego Xerox Polska Sp. z o. o., iż standardowo wlicza ceny szkoleń w wartość dostawy urządzenia. Odwołujący Canon Polska Sp. z o. o. nie wykazał, ażeby sposób określenia ceny za usługi szkoleniowe w ofercie wybranego wykonawcy, miał na celu utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, co w myśl art. 15 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), jest nieodzownym warunkiem uznania takiego działania za stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie twierdził i nie wykazał, iż za cenę podaną w ofercie Xerox Polska Sp. z o.o. wykonanie całości zamówienia nie jest możliwe. Nie zachodzi inna sytuacja przewidziana w przepisach art. 5 -14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba uznała, iż zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty Xerox Polska Sp. z o.o. z uwagi na okoliczność, iż jej treść jest niezgodna z istotnymi postanowieniami SIWZ, przez nie podanie ceny za przeprowadzanie szkoleń, narusza art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych. Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do odwołania wniesionego przez odwołującego Kodak Polska Sp. z o. o. wobec oferty Xerox Polska Sp. z o. o. Sygn. akt 1622/09, Izba zajmuje następujące stanowisko.

Mimo, że w punkcie 7 Karty Gwarancyjnej złożonej przez Xerox wskazane jest co następuje - systematyczne przekraczanie rekomendowanego miesięcznego limitu kopii ma bezpośredni wpływ na zwiększone zużycie urządzenia, co może prowadzić do jego uszkodzenia. W takim przypadku dopuszcza się możliwość obciążenia użytkownika za wykonywaną naprawę lub, w szczególnych przypadkach, odebrania gwarancji, to zgodnie z przywołanymi wyżej warunkami SIWZ - pierwszeństwo ma zaakceptowany wzór umowy. Na stronie 2 poz. 22 tabeli oferty Xerox Polska Sp. z o. o. zawarte jest oświadczenie, iż wykonawca ten udziela gwarancji na okres 2 lat bez limitu kopii. Takie samo oświadczenie zostało przytoczone we wzorze umowy na stronie 17 oferty. Wykonawca przyjął wprost przedstawiony przez zamawiającego wzór umowy, gdzie zawarte jest cytowane

postanowienie, iż w przypadku niezgodności z umową karty gwarancyjnej pierwszeństwo mają zapisy umowy (§ 7 ust. 3). Z tych względów Izba uznała, iż w tym zakresie oferta Xerox Polska Sp. z o. o jest zgodna z wymaganiami SIWZ. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie znajduje podstaw.

W odniesieniu do odwołania wniesionego przez odwołującego Kodak Polska Sp. z o. o. wobec oferty Canon Polska Sp. z o. o., Izba zajmuje następujące stanowisko.

Jako spełnienie warunku doświadczenia Canon Polska Sp. z o.o. wskazał dostawę wykonaną na rzecz PPHU „Totem” M. Rejnowski, J. Zamiara s.c. (str. 39 oferty) z datą dostawy 18.08.2009 r. Potwierdzenie należytego wykonania zamówienia stanowi karta naprawy (str. 41, 42 oferty), która potwierdza, że w dniach 17.08.2009 r. – do 20.08.2009 r. miała miejsce naprawa urządzenia model IPC 7000, gdzie wyspecyfikowano czynności, wymienione materiały i części. W dokumencie potwierdzającym należyte wykonanie dostawy załączonym do oferty Canon: Karta naprawy, Typ usługi: Instalacja, w części dotyczącej wykonanych czynności widnieje zapis, że nie ma zastrzeżeń co do czynności:

1. przygotowanie do transportu, rozpakowanie,
2. instalacja przegląd, kalibracja,
3. testy

Przedstawiona karta naprawy poświadcza, iż zakres naprawy (usługi) został potwierdzony przez odbiorcę bez zastrzeżeń. Na wezwanie zamawiającego z dnia 28 września 2009 r. wykonawca Canon Polska Sp. z o. o. uzupełnił w zakreślonym terminie dokumenty i przedłożył referencje do przedstawionego wykazu dostawy, poświadczającego jej należyte wykonanie. Zarzut, iż nie może zostać uznana dostawa na podstawie umowy użyczenia, nie podlega uwzględnieniu wobec wyraźnego dopuszczenia przez zamawiającego wykazania się dostawą na podstawie umowy użyczenia, zawartego w wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 17 września 2009 r. Zarzut, iż dostawa na rzecz PPHU „Totem” M. Rejnowski, J. Zamiara s. c. z Inowrocławia została wykonana po publikacji ogłoszenia w dniu 15 sierpnia 2009 r., na stronie internetowej zamawiającego, nie polega na rozpoznaniu, albowiem nie był objęty protestem. Odwołujący Kodak Polska Sp. z o. o. kwestionował w proteście wykaz dostaw wykonawcy Canon, w określony sposób, tj. że nie zostało do niego dołączone poświadczenie należytego wykonania całości zamówienia. Zarzut, że dostawa na podstawie umowy użyczenia, została wykonana po wszczęciu postępowania, pojawił się jako nowy, dopiero na etapie wniesionego odwołania od rozstrzygnięcia protestu. Izba zgodnie z art. 191 ust. 3 nie może orzekać o zarzutach, które nie były zawarte w proteście. Stąd zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Canon Polska Sp. z o. o. z postępowania, nie znalazł potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie odwołującego Canon Polska Sp. z o. o. oraz oddaliła odwołanie odwołującego Kodak Polska Sp. z o. o., na podstawie art. 191 ust 1 i 1a ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego Canon Polska Sp. z o.o. w oparciu o § 4 ust. 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich pobierania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), Izba obciążyła zamawiającego na rzecz odwołującego kwotą wpisu zaliczonego na poczet kosztów 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 ze 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:

.....

.....