

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 11 sierpnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu w dniu 11 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 lipca 2010 r. przez **Adama Papierskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam Papierski, 85 – 741 Bydgoszcz, ul. Fabryczna 15** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Poczta Polska S.A. Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Lublinie, 20 – 940 Lublin, ul. Krakowskie Przedmieście 50**

przy udziale wykonawcy **MAK Sp. z o.o., 87 – 100 Toruń, ul. Kozacka 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**postanawia:**

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Adama Papierskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM Adam Papierski, 85 – 741 Bydgoszcz, ul. Fabryczna 15 kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w związku iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 25 marca 2010 r., t.j. po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji”. Zatem w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych powyżej nowelizacji, które weszły w życie odpowiednio w dniu 22 grudnia 2009 r. oraz w dniu 29 stycznia 2010 r.

W związku z powyższym Izba ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280) oraz przepisy 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).

Nadto Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek, kserokopiarek, faksów” prowadzonym przez Poczta Polska S.A., Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Lublinie ul. Moritza 20-900 Lublin.

Odwołujący – Adam Papierski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.W. MULTIKOM Adam Papierski, ul. Fabryczna 15 85-741 Bydgoszcz (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 23 lipca 2010 r., wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec rozstrzygnięcia przez Zamawiającego postępowania na „Dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek kserokopiarek, faksów” zawartego w piśmie z dnia 16.07.2010 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) naruszenie art. 26 ust. 3, art.89 ust. 1 pkt.2, art.84 ust. 1 art.87 ust.1, art.7 ust. 1 i ust.3 ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U. Nr 19, poz. 177, tekst jednolity z dnia 20 listopada 2007 r. /Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm./ zwanej dalej pzp poprzez bezprawny wybór oferty firmy MAK sp. z o.o. w Toruniu podlegającej odrzuceniu oraz

## Sygn. akt KIO 1575/10

zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej firmy MULTIKOM, która jest ofertą ważną i zgodną ze specyfikacją.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o :

- 1/unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty firmy MAK sp.z o.o.
- 2/ ponowną ocenę ofert i wybór oferty firmy Multikom
- 3/ odrzucenie oferty firmy MAK sp. z o.o.
- 4/zwrot kosztów postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności:

Zdaniem Odwołującego wykonawca MAK sp.z o.o. nie zawarł w formularzu ofertowym żadnych informacji na temat rodzaju oferowanego produktu deklarując zaoferowanie produktu równoważnego poprzez przedłożenie różnych raportów z testów, specyfikacji technicznych, kart produktów. Takie dokumenty w sposób nieuprawniony, zdaniem Odwołującego przedłożono także dla urządzeń oznaczonych gwiazdką w formularzu ofertowym, a więc gdzie obligatoryjne było dostarczenie oryginału.

Zdaniem Odwołującego z oferty firmy MAK Sp. z o.o. wynika, iż przedłożono raporty z testów deklarując tym samym w ofercie:

- dla poz. 29 zamiast oryginalnego tuszu HP PHOTO SMART 8050 czarny - L-HE N339 marki Lambda;
- dla poz. 30 zamiast oryginalnego tuszu HP PHOTO SMART 8050 kolor zaoferowano L-HE N 344 marki Lambda;
- dla poz. 31 zamiast oryginalnego tuszu do HP CP 1700 black zaoferowano L-HE N 844 B marki Lambda;
- dla poz. 32 zamiast oryginalnego tuszu do HP CP 1700 magenta zaoferowano L-He N 87 Marki Lambda;
- dla poz. 33 zamiast oryginalnego tuszu do HP CP 1700 cyan zaoferowano 1-HE N 836 C marki Lambda
- dla poz. 34 zamiast oryginalnego HP CP 1700Yellow zaoferowano L-HE N838 Y marki Lambda.

dla poz. 46 zamiast oryginalnego tonera do Canon MF 3220 zaoferowano L-CALN 27 marki Lambda.

Złożone w ten sposób oświadczenie woli o zamiarze zaoferowania dla poz. 29,30,31,32,33,34,46 zamienników czyni tą ofertę, zdaniem Odwołującego niezgodną ze specyfikacją i rodzi to obowiązek odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Ponadto należy zauważyć, iż jest pewną regułą, iż oferta Wykonawcy, który

## Sygn. akt KIO 1575/10

zaoferował oryginały będzie ofertą droższą niż oferta z zastosowaniem zamienników. W analizowanym przypadku wartość oryginalnych produktów z poz. 29,30,31,32,33,34,46 firmy Multikom jest o 1716,30 zł. wyższa niż wartość produktów zaofferowanych w tych pozycjach przez firmę MAK. Wybór oferty opartej na zamiennikach z naruszeniem postanowień siwz dyskryminuje pozostałe oferty Wykonawców, którzy zaofferowali droższe, oryginalne produkty w wymaganych pozycjach formularza cenowego.

Zamawiający pierwotnie odrzucił ofertę firmy MAK z tego powodu, iż równoważne materiały eksploatacyjne w poz. 90 i 91 formularza ofertowego nie spełniały wymaganych w kolumnie drugiej parametrów. Na skutek uwzględnienia odwołania od czynności odrzucenia oferty firmy MAK, do którego Odwołujący przystąpił po stronie Zamawiającego i nie wniósł sprzeciwu - Zamawiający wezwał firmę MAK Sp. z o.o. do przedłożenia certyfikatów, wystawionych przez producentów materiałów równoważnych, potwierdzających spełnienie wymaganych w kolumnie 3 formularza cenowego parametrów przez produkt równoważny w poz. 90 i 91. Jednocześnie Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie treści złożonego oświadczenia woli poprzez jednoznaczne określenie czy w wymienionych pozycjach zaofferowano produkty oryginalne. W przypadku negatywnej odpowiedzi wezwano wykonawcę MAK Sp. z o.o. do przedłożenia certyfikatów dotyczących zaofferowania materiałów równoważnych. Przy czym Zamawiający wezwał wykonawcę MAK Sp. z o.o. do przedłożenia certyfikatów w poz. 129,130,231 w których to pozycjach Zamawiający wymagał bezwzględnie przedłożenia oryginalnych materiałów z uwagi na utratę gwarancji na urządzenia, do których przeznaczone są materiały eksploatacyjne w przypadku zastosowania zamienników.

W odpowiedzi na wezwanie firma MAK Sp. z o.o. przedstawiła:

1/ raport z testów wkładów z tonerem marki Lambda o symbolu L-HEN 949 XC do drukarek laserowych, monochromatycznych/ poz. 90 / oraz raport z testów wkładów z tonerem marki Lambda o symbolu L-HEN 613XC do drukarek laserowych monochromatycznych /poz/91/ w formie kserokopii podpisanej za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu firmy MAK Sp. z o.o.

Zdaniem Odwołującego przedłożone raporty z testów nie zawierają żadnego podpisu producenta produktu LAMBDA i z całą pewnością nie są „ certyfikatem wystawionym przez producenta materiałów równoważnych. Tym samym wymóg pkt. 5 ppkt.9 siwz nie został spełniony a oferta winna zostać odrzucona.

2/ W odpowiedzi na wezwanie firma MAK oświadczyła, iż w poz. 43 formularza cenowego zaofferowała tusz Lambda o symbolu L-LEN 34 o wydajności co najmniej 200 stron na potwierdzenie czego przedłożyła brakujący certyfikat.

## Sygn. akt KIO 1575/10

W żadnym miejscu złożonej /w terminie składania ofert / oferty firmy MAK nie wynika by zaoferowała ona zamiennik - tusz Lambda 1-LEN 34. Wręcz przeciwnie sam Zamawiający stwierdził, iż w ofercie brak certyfikatu na potwierdzenie równoważności co oznacza, że zaoferowano materiał oryginalny. Zamiana materiału oryginalnego objętego ofertą na rozwiązanie równoważne po terminie składania ofert jest niedopuszczalne. W tym zakresie wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia oferty o oświadczenie woli w zakresie zaferowania materiałów równoważnych jest niezgodne z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp ,art.87 ust.1 ustawy Pzp. Stworzenie możliwości dla jednego z Wykonawców na etapie badania ofert możliwości zaferowania rozwiązań równoważnych w miejsce materiałów oryginalnych stanowi niedozwoloną zmianę oferty pod pozorem wyjaśnienia treści oferty oraz narusza fundamentalną zasadę równego traktowania wykonawców.

Ponadto zdaniem Odwołującego Zamawiający nie rozróżnia dwóch odrębnych sytuacji: 1/ zaferowania rozwiązań równoważnych od 2/ udowodnienia równoważności. Najpierw Wykonawca musi zaferować produkt równoważny a potem dopiero powinien udowodnić, że produkt zaferowany spełnia postawione wymagania i przedstawić na tą okoliczność stosowne dokumenty / na potwierdzenie, że zaferowany produkt równoważny spełnienia wymagane parametrów/. O ile uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie, że zaferowany produkt równoważny spełnia określone wymagania jest dopuszczalne na mocy art. 26 ust. 3 Pzp to rozszerzenie oferty o oświadczenie w zakresie zaferowania po terminie ofert rozwiązania równoważnego tj. uzupełnienie elementów opisu oferowanego przedmiotu zamówienia poprzez określenie co wykonawca oferuje stanowi niedozwoloną zmianę treści oferty. Przy rozróżnieniu kiedy dokument składany jest na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określony w siwz czy stanowi on element opisu przedmiotu zamówienia pomocne może być dokonanie ustalenia, że „ treść specyfikacji to zawarty w opisie przedmiotu zamówienia zakres potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie umowy. Natomiast treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta wykonawcy zostanie uznana za najkorzystniejszą. Generalizując treść dokumentów składających się na ofertę winna odpowiadać treści przyszłej umowy, natomiast dokumenty potwierdzające spełnienie warunków powinny potwierdzać wyłącznie te wymogi, które zamawiający umieścił w specyfikacji./../ Zdaniem Odwołującego ważne jest, aby pamiętać, że uzupełnienie dokumentów potwierdzających cechy oferowanych dostaw, usług czy robót budowlanych nie może prowadzić do zmiany treści złożonej oferty. Przez przedstawienie dodatkowych dokumentów nie może dojść w postępowaniu do zmiany oferowanego produktu, usługi czy sposobu wykonania roboty budowlanej, byłoby to bowiem naruszeniem normy wyrażonej w

## Sygn. akt KIO 1575/10

art. 87ust.I pzp. Z tych to powodów nie jest możliwe po terminie składania ofert zmiana oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym poprzez zaoferowanie materiałów równoważnych. Zmiana asortymentu do którego dostarczenia zobowiązuje się Wykonawca zawsze stanowi niedozwoloną zmianę oferty. Zatem w zakresie poz.43 formularza ofertowego Zamawiający winien przyjąć, iż zaoferowano za wskazana cenę materiał oryginalny a zmianę oferty po terminie składania ofert za nieskuteczną. Ponadto należy wskazać na wadliwość wezwania Zamawiającego do przedłożenia dokumentów równoważnych tam, gdzie Zamawiający wymagał oryginalnych materiałów /poz. 129.130.231/Stanowi to nieuprawnioną zmianę treści siwz po terminie składania ofert- co narusza treść art. 38 ust.4 ustawy Pzp.

Badając ofertę firmy MAK widać wyraźnie, iż Wykonawca ten deklarował zaoferowanie zamienników poprzez przedłożenie różnych raportów z testów, specyfikacji technicznych, kart produktów nazywając te dokumenty certyfikatami. Jednakże należy stwierdzić, iż w całej ofercie firmy MAK nie ma ani jednego prawidłowego certyfikatu o jakim mowa w pkt. 5 ppkt.9 siwz.- dokumentu wystawionego przez producenta materiału równoważnego. Przykładowo na stronie 33 i 34 oferty przedłożono nieprzetłumaczoną kartę produktu dla poz. 4 formularz ofertowego, na stronach 63,67 oferty przedłożono odpowiednio specyfikacje dla produktów z poz. 87,111 formularza ofertowego. Żaden z tych „dokumentów” nie jest wystawiony przez Producenta zamienników. Ponadto wiele z przedłożonych raportów, kart, specyfikacji nie potwierdza wymaganych parametrów, a Zamawiający nie wezwał wykonawcy do ich uzupełnienia. O ile uzupełnienie właściwego dokumentu na potwierdzenie spełnienia parametrów zaoferowanych urządzeń równoważnych jest możliwe to staje się to bezcelowe w świetle faktu, iż nie przedłożono na wezwanie właściwego dokumentu dla produktów równoważnych dla poz. 90 i 91 co winno skutkować odrzuceniem oferty. Zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp nie wzywa się Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów jeżeli oferta i tak podległaby odrzuceniu.

Kolejną nieprawidłowością zdaniem Odwołującego jest uzupełnienie oferty przez Wykonawcę - firmę MAK po terminie składania ofert poprzez przedłożenie specyfikacji technicznych produktów określonych w poz. 1,2,7,8 z naruszeniem art. 84 ust. 1 Pzp bez uprzedniego wezwania Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. Zgodnie z obowiązującym prawem zamówień publicznych - art. 26 ust. 3 ustawy jest jedyną podstawą do uzupełnienia oferty po terminie składania ofert i żaden Wykonawca nie może samodzielnie uzupełnić swojej oferty po upływie tego terminu. Niemniej żaden z uzupełnionych dokumentów nie jest dokumentem wymaganym w siwz.

Zdaniem Odwołującego powyższe zarzuty wskazują, iż Zamawiający nie dochował należytej staranności w trakcie ponownego badania ofert i nie dokonał prawidłowej oceny nowo

## **Sygn. akt KIO 1575/10**

przedłożonych dokumentów. Zamawiający w sposób dyskryminujący pozostałych wykonawców dokonał wyboru oferty, która winna ulec odrzuceniu, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

### **Mając powyższe na względzie Izba ustaliła, co następuje:**

W dniu 27 lipca 2010 r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania.

Pismem z dnia 30 lipca 2010 r., Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Do upływu terminu na przystąpienie (t.j. do dnia 30 lipca 2010 r.) do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca MAK sp. z o.o., 87 – 100 Toruń, ul. Kozacka 3.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca MAK sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego należy uznać za skuteczne.

Ponadto Izba ustaliła, iż pismem z dnia 3 sierpnia 2010 r. (które wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej faksem w dniu 3 sierpnia o godz. 12.04, oraz pocztą w dniu 4 sierpnia 2010 r.) Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu.

Stwierdzono, że uwzględnienie w całości zarzutów wpłynęło do Izby po wyznaczeniu terminu posiedzenia z udziałem stron oraz zawiadomieniu stron i jego uczestników o terminie tego posiedzenia.

Ponadto Izba ustaliła, iż wykonawca MAK Sp. z o.o., nie stawił się na niniejsze posiedzenie Izby w wyznaczonym terminie (o czym został skutecznie powiadomiony).

W związku z powyższym należy uznać, iż wykonawca MAK Sp. z o.o. nie stawiając się na posiedzenie Izby zrezygnował z możliwości czynnego udziału w postępowaniu odwoławczym oraz z możliwości wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów zawartych w odwołaniu.

Mając powyższe na względzie Izba stwierdziła, że skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości oraz postanowił zgodzić się z zarzutami Odwołującego dotyczącymi naruszenia przepisów ustawy Pzp i jednocześnie wskazując na posiedzeniu, iż postanowi dokonać czynności wymaganych odwołaniem, oraz uwzględniając również oświadczenie Odwołującego złożone na posiedzeniu w dniu 11 sierpnia 2010 r., iż uznanie zarzutów przez Zamawiającego w sposób całkowity tożsame jest z jego żądaniem podanym w odwołaniu, stwierdzić należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty Odwołującego oraz uczynił zadość jego żądaniu.

Wobec dokonanych przez Izbę ustaleń, że:

1. Zamawiający przed otwarciem rozprawy uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz uczynił zadość w całości żądaniu Odwołującego,
2. po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca MAK sp. z o.o., który to jednocześnie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów w odpowiedzi na odwołanie

Izba stwierdziła, że zaszły przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a) 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) jednocześnie orzekając w tym zakresie o konieczności dokonania zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

.....