

sygn. akt: KIO 19/13

Sygn. akt: KIO 19/13

## WYROK

z dnia 15 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kuriata**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2012 r. przez **Odwołującego** – KOMA NORD Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Mogilska 40/14, 31-546 Kraków,

przy udziale **wykonawcy** PARTNER XXI Sp. z o.o., ul. Pawliczka 25, 41-800 Zabrze, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty KOMA NORD Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia oraz dokonanie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty KOMA NORD Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Mogilska 40/14, 31-546 Kraków i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – KOMA NORD Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia tytułem wpisu od odwołania,

**sygn. akt: KIO 19/13**

2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Mogilska 40/14, 31-546 Kraków na rzecz **Odwołującego** – KOMA NORD Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Mogilska 40/14; 31-547 Kraków, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę tonerów, bębnow, fuserów i innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek i urządzeń drukujących” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 października 2012 roku pod numerem 2012/S 200-329028.

Zamawiający dnia 28 grudnia 2012 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy KOMA NORD sp. z o.o., ul. Łużycka 2; 81-537 Gdynia.

Dnia 4 stycznia 2013 roku wykonawca KOMA NORD sp. z o.o., ul. Łużycka 2; 81-537 Gdynia (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, gdyż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, a oferta odwołującego została z naruszeniem przepisów prawa odrzucona z postępowania. Nie zaszły w niniejszym postępowaniu przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego i winna zostać ona uznana za najkorzystniejszą.

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył przepisy:

- 1) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego przy braku wystąpienia przesłanek dokonania tej czynności,
- 2) art.7 Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji poprzez niezgodne z przepisami prawa odrzucenie oferty odwołującego i zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego.

2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
3. Dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 4 stycznia 2013 roku.

Zamawiający, dnia 4 stycznia 2013 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 7 stycznia 2013 roku do postępowania odwoławczego:

- po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Partner XXI sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze,
- po stronie odwołującego, zgłosił przystąpienie wykonawca Automatyka Biurowa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający dnia 15 stycznia 2013 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający zawiadamiając odwołującego wynikach prowadzonego postępowania wskazał, że odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podając, że odwołujący złożył ofertę nie spełniającą wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu zamawiający podał, że odwołujący:

- w pozycjach: 208, 223, 224, 225, 226, 227 i 228 zaoferował w ofercie produkty pochodzące z recyklingu co oznacza, że nie spełniają one warunków określonych w s.i.w.z.

**sygn. akt: KIO 19/13**

- w pozycjach: 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 136, 201, 233, 234, 235, 236, 237, 238 i 265 zaoferował w ofercie produkty regenerowane co oznacza, iż nie spełniają one warunków określonych w s.i.w.z.

- w pozycjach: 102 i 103 zaoferował w ofercie produkty naruszające prawa patentowe co oznacza, iż nie spełniają one warunków określonych w s.i.w.z.

Odwołujący nie zgodził się z powyższymi zarzutami. Wskazał, że swoją ofertę przygotował z należytą starannością deklarując spełnienie wszystkich wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dołączając do oferty, wymagane przez s.i.w.z. oświadczenie producenta zaoferowanych produktów równoważnych tj. oświadczenie firmy P.W. „KRIS” M....., z siedzibą przy ul. Makuszyńskiego 1 w Częstochowie, że produkty o wskazanych symbolach tzn. wszystkie produkty równoważne zaoferowane w ramach przedmiotowego postępowania są wyrobami 100% nowymi, nie regenerowanymi, w pełni kompatybilnymi ze sprzętem do którego są przeznaczone, posiadają parametry techniczne odpowiadające materiałom oryginalnym producenta sprzętu danej drukarki, kserokopiarki czy faksu, spełniają normy ICO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712, oraz są wytwarzane w cyklu produkcyjnym zgodnie z normami ISO 9001-2008 oraz ISO 14001, a proces produkcji materiałów eksploatacyjnych nie narusza praw patentowych producentów oryginalnych tonerów, tuszy i kaset, a więc są produktami w pełni odpowiadającymi wymaganiom zamawiającego zawartymi w s.i.w.z.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający nie udowodnił, że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, a to na zamawiającym, jako stronie, która wywodzi określone skutki prawne (czynność odrzucenia oferty) spoczywa obowiązek udowodnienia, że oferta odwołującego w swojej treści jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, iż w jego ocenie *„kierując się zasadami efektywności postępowania oraz dążąc do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcom spełniającym warunki zarówno podmiotowe jak i przedmiotowe postępowania, zamawiający przy badaniu i ocenie ofert posilkować się może informacjami <<zewnętrznymi>>, wykraczając poza treść złożonych przez wykonawców ofert”.*

Izba nie polemizuje z powyższym stanowiskiem stwierdzając, iż jest ono prawidłowe. Jednakże nie należy zapominać, że to wykonawca powinien w pierwszej kolejności zostać poproszony o wyjaśnienie wszelkich wątpliwości (jeśli takie zachodzą) dotyczących treści złożonej oferty, gdyż to on jako podmiot sporządzający treść oferty posiada najpełniejszą wiedzę co do elementów w niej zawartych.

Zamawiający na rozprawie wskazywał, że nie musiał stosować przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie miał wątpliwości, co do niezgodności treści oferty złożonej przez odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże kierując się doniesieniami innego wykonawcy (przystępującego) zamawiający powziął, w jego ocenie uzasadnione, wątpliwości co do prawidłowości złożonej przez odwołującego oferty. Skoro zatem wątpliwości powstały, to niejako automatycznie winien znaleźć swoje zastosowanie przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dziwi bowiem zachowanie zamawiającego, który z jednej strony wydaje się nie mieć zdecydowanej pewności co do prawidłowości treści oferty odwołującego postanawia, bez procedury wyjaśnienia swoich wątpliwości, odrzucić ofertę, ponadto bez podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego tejże czynności. Gdzież zatem efektywność zamawiającego, tak podkreślana w jego stanowisku.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział II) wskazał, że wymaga dostarczenia materiałów eksploatacyjnych fabrycznie nowych i oryginalnych do urządzeń drukujących i kserokopiarek wymienionych w załączniku Nr 5 do s.i.w.z.

Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania produktów równoważnych opisując równoważność w ten sposób, iż produkty równoważne to produkty nowe, w opakowaniach posiadających znak firmowy producenta, etykiety identyfikujące dany produkt, zamknięte hermetycznie przez producenta, wyjaśniając jednocześnie, że za materiały nowe uznaje się materiały, do których zostały wykorzystane produkty w 100% nowe, nie prefabrykowane, nie regenerowane, a za materiały równoważne uważane będą materiały kompatybilne ze sprzętem wskazanym przez zamawiającego w załączniku Nr 5 do s.i.w.z. o parametrach fizycznych, technicznych, jakościowych, funkcjonalnych i użytkowych takich samych bądź lepszych w stosunku do produktu oryginalnego zalecanego przez producenta sprzętu drukującego. Materiały równoważne w żaden sposób nie mogą naruszać praw patentowych materiałów eksploatacyjnych pochodzących od producentów drukarek ani własności intelektualnych.

Zamawiający w piśmie procesowym „Odpowiedź na odwołanie” odnosi się do niektórych elementów treści oferty odwołującego, w odniesieniu do których wskazywał na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w informacji o odrzuceniu oferty. Ocena zamawiającego oparta jest jedynie o pismo przystępującego wraz z raportami z testów dwóch tonerów oraz w oparciu o wydruk ze strony internetowej [www.pcrtv.pl](http://www.pcrtv.pl).

Wskazać należy, że zamawiający nie udowodnił wskazywanych w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego niezgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby zamawiający nie wykorzystał przysługującego mu uprawnienia do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czym naraził się za zasadny zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Postępowanie zamawiającego dziwi o tyle, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że przedmiotową ocenę ofert będzie dokonywał jedynie w oparciu o oświadczenia złożone wraz z ofertą.

Odwołujący stosowne oświadczenia załączył.

Kwestionowane na rozprawie przez zamawiającego oświadczenie producenta produktów równoważnych, oferowanych przez odwołującego, nie pozostaje bowiem w sprzeczności z treścią wymogu, w zakresie w jakim opisał ten wymóg zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Oświadczenie złożone przez producenta produktów równoważnych (P.W. „Kris” K. M..... z siedzibą w Częstochowie, w treści *„Oświadczam, że produkty marki EXPRESSION o symbolach (...),*

*- są wyrobami 100% nowymi, nieregenerowanymi, w pełni kompatybilnymi ze sprzętem, do którego są przeznaczone, posiadają parametry techniczne odpowiadające materiałom oryginalnym producenta sprzętu danej drukarki, kserokopiarki czy faksu,*

*- spełniają normy ICO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712, oraz są wytwarzane w cyklu produkcyjnym zgodnie z normami ISO 9001-2008 oraz ISO 14001,*

*- proces produkcji materiałów eksploatacyjnych nie narusza praw patentowych producentów oryginalnych tonerów, tuszy i kaset”,*

pozostaje w zgodzie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wątpliwości zamawiającego co do 100% udziału produktów składowych w całym materiale, uznać należy za chybione, gdyż wystawca oświadczenia zdefiniował, w tym samym oświadczeniu, co rozumie pod pojęciem „produkty 100% nowe” – tj. to produkty nowe, wcześniej nie używane, nie przerabiane, nieregenerowane, powstałe w cyklu produkcyjnym z użyciem wyłącznie 100% nowych komponentów.

Komponent – zgodnie z definicją słownikową ([www.sjp.pl](http://www.sjp.pl)) – to część składowa czegoś. Tym samym sformułowanie użyte w badanym oświadczeniu „z użyciem wyłącznie 100% nowych komponentów” daje pewność, iż producent w procesie produkcji danego materiału eksploatacyjnego wykorzystuje komponenty (elementy, półprodukty) nowe, wcześniej nieużywane, nierefabrykowane, nieregenerowane.

W zakresie wskazywanej niezgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pozycji 102 i 103 oferty poprzez zaoferowanie produktów naruszających prawa patentowe wskazać należy, że zamawiający powyższej okoliczności w żaden sposób nie udowodnił.

Dowód zgłoszony na rozprawie przez przystępującego potwierdza jedynie, że firma Hewlett-Packard wraz ze spółkami należącymi do koncernu są właścicielami wielu patentów chroniących innowacyjne rozwiązania techniczne, stosowane we wkładach do drukarek atramentowych. Dowód powyższy nie potwierdza natomiast faktu, zarzutu, że oferowane przez odwołującego produkty z pozycji 102 i 103 oferty naruszają w jakikolwiek sposób prawa patentowe firmy Hewlett-Packard, bądź którejkolwiek z jej spółek.

Za nietrafne, uznać należy również powoływanie się przez zamawiającego na wyrok Międzynarodowej Komisji Handlu z dnia 27 września 2011 r. o sygn. akt 337-TA-740, w którym wskazano, że produkcja zamienników dla urządzeń firmy LEXMARK wskazanych w uzasadnieniu tego wyroku narusza prawa patentowe firmy LEXMARK.

Zamawiający oświadczył, że jednym z tych produktów są pozycje 208 i 223 oferty. Zdaniem zamawiającego powyższe oznacza, że odwołujący nie naruszając praw patentowych firmy LEXMARK mógł zaoferować jedynie produkty regenerowane, bądź recyklingowe w odniesieniu do tych dwóch pozycji oferty.

Jednakże dowodu na tę okoliczność nie przedstawił.

Izba wskazuje, że argumentacja zamawiającego, nieoparta żadnymi dowodami, nie może zostać uznana za zasadną. W ocenie Izby zamawiający nie dołożył należytej staranności w procesie udzielania przedmiotowego zamówienia publicznego, poprzez zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści złożonej przez odwołującego oferty. Tym samym zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego, która w ocenie Izby nie pozostaje w sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie w jakim zamawiający dopuścił możliwość jej badania.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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).

**Przewodniczący:** .....