Sygn. akt: KIO 2564/15

WYROK
z dnia 3 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 grudnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2015r. przez **wykonawcę Merkator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Dzielna 11A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Sąd Okręgowy w Warszawie, Al. Solidarności 127**

przy udziale wykonawcy **RICOH Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul.** Żwirki **i Wigury 18A** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2564/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Merkator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Dzielna 11A** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Merkator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Dzielna 11A** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **wykonawcy Merkator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Dzielna 11A** na rzecz **Skarb Państwa - Sąd Okręgowy w Warszawie, Al. Solidarności 127** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2564/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, montaż i uruchomienie urządzeń wielofunkcyjnych dla potrzeb Sądu Okręgowego w Warszawie i Sądów Rejonowych w okręgu Sądu Okręgowego w Warszawie zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu publicznym zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 października 2015r. nr 2015-279652.
W dniu 19 listopada 2015r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy RICOH Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 18A, oraz m. in. o odrzuceniu wykonawcy Merkator spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Dzielna 11A – dalej odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż oferta tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).
W dniu 24 listopada 2015r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z załączonego odpisu z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 24

listopada 2015r.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1. art. 89 ust.1 pkt.2 w z w. z art.7 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605 – dalej ustawy) - polegające na nieuzasadnionym odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo że treść tej oferty odpowiadała wymaganiom siwz, tj. spełnienia wymagania zaoferowania urządzenia pracującego w laserowej, kolorowej technologii druku, przez urządzenie zaoferowane przez odwołującego pracującego w technologii Hi-Q LED;
2. art.7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasad uczciwej konkurencji, w związku z nieprzeprowadzeniem należytej oceny i badania oferty odwołującego, co ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 19.11.2015r., powtórzenie czynności badania oferty odwołującego i ponowną jej ocenę; dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego poniesionych przez niego kosztów odwołania - zgodnie z normami przepisanymi;

A ponadto dopuszczenie dowodów załączonych do odwołania oraz zgłoszonym w trakcie rozprawy - na okoliczność wykazania, że oferty odwołującego odpowiadała wymaganiom siwz, tj. spełnienia wymagania zaoferowania urządzenia pracującego w laserowej, kolorowej technologii druku, przez urządzenie zaoferowane przez odwołującego pracującego w technologii Hi-Q LED.
Odwołujący wskazał, że ubiega się o wykonanie przedmiotu niniejszego postępowania i złożył w nim swoją ofertę, która jednak bezpodstawnie została przez zamawiającego odrzucona. Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczoną na stronie internetowej tego Urzędu „legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie, 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp." (por. Opinia - „Środki ochrony prawnej w świetle nowelizacji prawa zamówień publicznych", www.uzp.gov.pl. W konsekwencji, zdaniem odwołującego, zamawiający pozbawił odwołującego możliwości wygrania przetargu - a co za tym idzie otrzymania realizacji zamówienia. Odwołujący uważa, żę może ponieść szkodę, gdyż działania i zaniechania zamawiającego pozbawiły go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia (tak Izba w sygn. akt : KIO 1389/11, KIO 800/12, KIO 803/12, KIO 804/12, KIO 807/12, KIO 792/11).
W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający w postanowieniach siwz zamieścił wymaganie dotyczące przedmiotu zamówienia, w takim sposób, że oczekuje zaoferowania urządzenia pracującego w technologii druku: laserowej i kolorowej (por. tabela na str.9 siwz [w] Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, tj. w Załączniku nr 1 do siwz/Umowy).
Jak wyjaśnił odwołujący - na wezwanie zamawiającego z dnia 13.11.2015r. - oferowana przez odwołującego technologia druku: Hi-Q LED, jest kategorią technologii laserowej i działa w identyczny sposób, poprzez naświetlanie elektrofotograficznego bębna, stworzenie obrazu z tonera i utrwalenie go w wysokiej temperaturze. Nie zmienia ww. kategorii techniki laserowej różnica w ilości zastosowanych diod, w tym rozwiązanie z zastosowaniem nieruchomej listwy z kilku tysiącami diod.
Powyższe znajduje potwierdzenie również w tym, że klasyfikacje urządzeń drukujących, zgodnie z którymi oferowane urządzenie XER0X WorkCenter 7830V- T jest urządzeniem laserowym i kolorowym, zaś sformułowanie „technologia HiQ LED" jest jedynie informacją marketingową odnosząca się do przewagi technologicznej tego urządzenia poprzez zastosowanie nie jednej diody a kilkunastu tysięcy diod.
Odwołujący uzyskał wstępne wyjaśnienie (opinię) od Centralnego Ośrodka Badawczego Rozwoju Przemysłu Poligraficznego, do którego zwrócił się z wnioskiem o wydanie stosownej ekspertyzy potwierdzającej prawidłowość stanowiska odwołującego. Z tegoż wyjaśnienia wynika, że:

(1) nie istnieje technika drukowania laserowego, ponieważ sposób tworzenia obrazu na podłożu jest niezależny od źródła światła użytego w urządzeniu,
(2) urządzenia WorkCentre 7830 spełniają wymagania przetargu z uwagi na fakt, iż zgodnie z siwz zamawiający zażądał dostarczenia urządzeń wykorzystujących proces elektrofotografii, co jednak nie zostało poprawnie sformułowane w treści siwz.
Przy czym nawet ww. niepoprane sformułowanie treści siwz, nie może stanowi podstawy odrzucenie oferty odwołującego, gdyż - co potwierdza orzecznictwo KIO - wątpliwości w tym zakresie nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść odwołującego. Jako dowody odwołujący powołał Wyjaśnienia producenta XEROX Polska Sp. z o.o. z dnia 16.11.2015r, w aktach sprawy; Wyjaśnienia producenta XEROX Polska Sp. z o.o. z dnia 23.11.2015r, w załączeniu do odwołania, korespondencję elektroniczną z dnia 24.11.2015r. J. H. COBRPP, w załączeniu do odwołania.
Odwołujący podniósł, że ustawa w art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy zawiera wyraźny zakaz odrzucenia oferty, gdy spełnia ona wymagania siwz. W sytuacji, gdy oferta spełnia wymagania siwz, a pomimo to zamawiający odrzuca ją dochodzi do naruszenia ww. przepisu ustawy, a także stanowi to naruszenie zasady uczciwej konkurencji, albowiem każdy z uczestników przetargu powinien podlegać jednakowym kryteriom oceny przez zamawiającego, wg. zasad wynikających z siwz. W przedmiotowej sprawie, zdaniem odwołującego, zamawiający niezbyt starannie zapoznał się z wyjaśnieniami odwołującego, a ponadto sam nie potrafił lub nie miał dostatecznej wiedzy na temat technologia HiQ LED i dlatego błędnie przyjął, że nie jest to kategoria technologii należącej do technologii laserowej i kolorowanej, a w konsekwencji błędnie przyjął, że oferta odwołującego nie spełnia wymagań Zał. nr 1 do SZIW (SOPZ).
Zgodnie z orzecznictwem Izby zgodność oferty z treścią siwz należy rozpatrywać w oparciu o dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak Izba w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2009 r„ KIO/UZP 570/09, KIO/UZP 571/09), zaś na etapie badania i oceny ofert, zamawiający nie jest uprawniony do odstępowania od ustalonych warunków prowadzenia postępowania (tak Izba w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2012 r., KIO 425/12). Z powyższymi obowiązkami zamawiającego wiąże się przede wszystkim ustalenie przez niego w niniejszej sprawie okoliczności, czy technologia HI-Q LED jest lub należy do kategorii technologii laserowej. Zamawiający ww. okoliczności podnoszonej w wyjaśnieniach przez odwołującego nie wyjaśnił. Ponadto, również nie wyjaśnił dlaczego zajął takie stanowisko i jakie argumenty uznał za rozstrzygające w przy przyjęciu odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający w Informacji o Wyborze oferty Najkorzystniejszej opisał sam proces i treść składanych wyjaśnień, ale sam nie wyjaśnił swojego stanowiska. Odwołujący wskazał, że do odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust. 1 pkt.2 ustawy może dojść jedynie gdy

zamawiający ma pewność, że oferta wykonawcy jest niezgodna z siwz (tak Izba w wyroku KIO z dn.13.05.2015, sygn. KIO 896/15), a takiej „pewność", ani jej wykazania przez zamawiającego nie ma w postępowaniu.
W dniu 24 października 2015r. zamawiający drogą elektroniczną i pisemną poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.
W dniu 26 listopada 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca RICOH Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żwirki i Wigury 18A wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej prowadziłoby do powstania szkody po jego stronie. Zgłoszenie zostało podpisane przez członka zarządu ujawnionego w KRS i umocowanego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Przystępujący podniósł, że nie podziela stanowiska odwołującego z następujących przyczyn:

I. Treść oferty złożonej przez odwołującego nie odpowiadała wymaganiom siwz, bowiem zaoferowane urządzenie działa w technologii Hi-Q LED, a nie w technologii laserowej. Z tego względu odrzucenie oferty odwołującego przez zamawiającego, w ocenie przystępującego, było zasadne oraz konieczne.
II. Zamawiający w trakcie postępowania przetargowego udzielił jednoznacznej i

wyczerpującej odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące zamawianych urządzeń, w tym ich parametrów oraz technologii, w której ma pracować urządzenie. Zgodnie z informacją udzieloną przez zamawiającego w dniu 26 października 2015r., zamawiający podtrzymał zapisy siwz dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i nie dopuścił zaoferowania urządzenia wielofunkcyjnego wykorzystującego technologię LED, zamiast urządzenia w technologii laserowej.

III. Przystępujący zaprzeczył, że technologia Hi Q LED należy do technologii laserowej i działa w identyczny sposób oraz podnosi, że oferowane przez odwołującego urządzenia nie spełniają wymagań opisanych w załączniku nr 1 do siwz.

IV. Nieodrzucenie przez zamawiającego oferty złożonej przez odwołującego, oferującego urządzenie w technologii LED, stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji, bowiem część z wykonawców wycofało się ze złożenia swoich ofert właśnie ze względu na fakt, że byli oni w stanie zaoferować jedynie urządzenia działające w technologii LED, a przedmiotem zamówienia były urządzenia w technologii laserowej, co potwierdził zamawiający w swoim piśmie z

26 października 2015r.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w załączniku nr 1 do siwz, w rubryce Wymagane minimalne parametry techniczne - technologia wydruku określona została jako laserowa, kolorowa. Odwołujący, najwyraźniej mając wątpliwość czy urządzenia jakie miał zamiar zaoferować spełnia określone wymagania, zwrócił się do zamawiającego z zapytaniem, czy dopuszcza zaoferowanie urządzenia wielofunkcyjnego, wykorzystującego technologię LED, „równoważna do laserowej". Odwołujący przesłał również zamawiającemu swoje stanowisko i wyjaśnienia dotyczące charakterystyki technologii LED. Pomimo tego odpowiedź zamawiającego z dnia 26 października 2015r. była jednoznaczna. Zamawiający nie dopuścił możliwości zaoferowania urządzenia wielofunkcyjnego w technologii LED, a podtrzymał zapisy zawarte w tym zakresie w siwz. Odwołujący składając zatem swoją ofertę był świadomy stanowiska zamawiającego co do braku akceptacji urządzeń w technologii LED. Ponadto, znając odpowiedź zamawiającego, poświadczył w swojej ofercie nieprawdę, zapewniając iż oferowane przez niego urządzenia, spełniają kryteria zawarte w siwz. Nieprawdą jest, jak twierdzi odwołujący, że technologia LED jest kategorią technologii laserowej i działa w identyczny sposób. Świadczy o tym choćby fakt, że sam odwołujący twierdzi, że wydruki z urządzeń w technologii LED odznaczają się m. in. wyższą jakością wydruku. W innym miejscu odwołujący oświadcza, że urządzenia te mają przewagę technologiczną w stosunku do urządzeń laserowych „poprzez zastosowanie nie jednej diody, a kilkunastu tysięcy diod". Zatem sam odwołujący przyznaje, że jednak istnieją różnice pomiędzy obiema technologiami. Nieprawdą jest zdaniem przystępującego, że sformułowanie „technologia HiQ LED" jest jedynie informacją marketingową odnosząca się do przewagi technologicznej tego urządzenia. Jeśli istnieje pewna „przewaga technologiczna" jednego urządzenia nad drugim, oznacza to, że urządzenia i zastosowana w nich technologia nie jest tożsama. Różnicę tę wskazuje również producent urządzeń w technologii LED - Xerox. W broszurze informacyjnej „Laser vs. LED Featuring Xerox Hi Q LED Technology", producent porównuje urządzenia w technologii LED z urządzeniami w technologii laserowej. Porównanie obu technologii wskazuje, że jednak są to inne technologie, różnica nie polega na „informacji marketingowej", a urządzenia mają inne parametry oraz wymagania. Jako dowód przystępujący powołał Broszurę informacyjną w języku obcym: „Laser vs. LED Featuring Xerox Hi Q LED Technology"

Przystępujący podniósł, że urządzenia w technologii LED różnią się od urządzeń w technologii laserowej. Być może jakość wydruku technologii LED jest nieco lepsza, jednakże dzieje się to kosztem szybkości (wydajności) tego urządzenia. Zamawiający określając przedmiot zamówienia i jego parametry technologiczne, kieruje się swoimi

potrzebami i wymaganiami. Oferowanie przez wykonawcę urządzenia innego, ale

zdaniem wykonawcy „lepszego" niż opisane w siwz, stanowi niezgodność z wymogami zamówienia i powinno prowadzić do odrzucenia takiej oferty. Jeśli odwołujący uważał, że opisane w siwz wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, są określone nieprawidłowo lub, że zamawiający powinien rozszerzyć opis zamówienia również o urządzenia działające w technologii LED, powinien złożyć odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołanie dotyczące czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucające zamawiającemu „niepoprawne sformułowanie treści siwz" jest spóźnione i jako takie powinno zostać oddalone.
W dniu 30 listopada 2015r. (nadanie w placówce pocztowej 27 listopad 2015r., wpływ do Izby 30 listopad 2015r.) swój udział po stronie odwołującego zgłosił R. P. prowadzący działalność pod firmą ARSO Serwis P.U. R. P. z siedzibą w Szczecinie, ul. Domańskiego 7/1. Zgłaszający przystąpienie podniósł, że składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu na taki sam model urządzenia, pracujący w identycznej technologii Hi -Q LED przenoszenia światła, został odrzucony w przedmiotowym postępowaniu, co powoduje precedens co do zasady w postępowaniach przetargowych. Uznanie argumentacji zamawiającego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wprowadzi precedensową blokadę, utrudnienie w promowaniu nowoczesnej technologii. Zgłaszający przystąpienie jest przekonany, że nowatorskie rozwiązanie techno logi Hi - Q LED w perspektywie następnej dekady całkowicie wyprze technologie laserową. Każda forma negowania atutów i korzyści z promowanego rozwiązania przez zgłaszającego przystąpienie uważa za szkodę dla interesów jego przedsiębiorstwa.
Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy.
Dodatkowo zgłaszający przystąpienie podniósł, że podtrzymuje zarzut odwołującego zawarty w odwołaniu z dnia 24.11.2015 dotyczący naruszenia artykułu 89 ust.1.pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust 1 ustawy ponadto zgłaszający sformułował dodatkowe zarzuty naruszenia art. 30 ust. 4 ustawy przez złamanie zasady, że zamawiający jest obowiązany wykazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne oraz art. 29 ust. 1 ustawy, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący w przedmiotowym postępowaniu brak jest obostrzeń iż technologia równoważna/ przewyższająca Hl Q LED jest nie dopuszczona przez zamawiającego. Wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, uznanie technologii występującej pod nazwą handlową HI - Q LED jako równoważną, dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Zgłaszający przystąpienie podtrzymał całą argumentacje złożoną przez firmę Merkator w odwołaniu z dnia 24.11.2015r. Ponadto podniósł, ze zapis siwz określający, że zaoferowane urządzenia mają pracować w technologii druku: laserowej i kolorowej jest swoistym

skrótem myślowym, często stosowanym aczkolwiek dobrze opisującym oczekiwane w stosunku do urządzenia. Przy tak lakonicznym zapisie, nie budziło zgłaszającego przystąpienie wątpliwości, że zaoferowany model urządzenia pracujący w technologii laserowej wykorzystujący listwę LED spełnia wymogi specyfikacji. Zamawiający w jednym zlepku słów" laserowej i kolorowej" zawarł swój wymóg aby urządzenie drukowało w wielu milionach kolorów i odcieniach ale równie dobrze spełniło by to hipotetyczne urządzenie, które drukuje na przykład tylko w 3 kolorach bez możliwości ich łączenia w tony. Zgłaszający domniemuje, że zamawiającemu chodziło o urządzenie które, drukuje w pełnym zakresie barw. Znane są mu modele które, potrafiły drukować w dwóch kolorach np. czarnym i niebieskim i należało by również przyjąć iż takie urządzenie drukuje w techno logi „kolorowej". Idąc tym samym tokiem rozumowania technologia „laserowa druku" jest synonimem jednej z wielu funkcji procesu tworzenia wydruku - naświetlania bębna kserograficznego to jeden z etapów tworzenia wydruku. Oczywiście taki zapis spełniło by urządzenie drukujące w technologii atramentowej gdyby posiadało laserowe osuszanie papieru ale zapewne nie to było intencją zamawiającego. Związku z powyższym zgłaszający uważa opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie za bardzo skrótowy, lakoniczny - nie znajduje obostrzeń iż jeden z procesów tworzenia wydruku jest nie dopuszczony np. naświetlanie LED. Zatem zdaniem zgłaszającego należy założyć iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust 1 w nieprecyzyjnym opisie przedmiotu zamówienia. Nie wniósł zastrzeżeń o wykluczeniu metody LED jako niedopuszczalnej w przedmiotowym postępowaniu. Nowatorska, nowoczesna metoda LED wykorzystywana jako jeden etapów procesu druku, sprowadza się do światła - tak samo laser to świetlny

promień pełni tą samą funkcje w tym samym etapie procesu druku. Z pewnością, zdaniem zgłaszającego zachodzą przesłanki by uznać tą metodę za równoważną lub nawet przewyższającą wymóg siwz. Pomimo szerokiej argumentacji odwołującego, popartą kilkoma opiniami w tym pismami producenta na podstawie art. 30 ust .5ustawy spotkało się z nieuznaniem argumentacji odwołującego, pomimo zachowania a nawet cech wymagane udokumentowania równoważności przewyższających rozwiązanie. Stanowi to, w ocenie zgłaszającego naruszenie art. 30 ust 4 i jest złamaniem zasady, że zamawiający jest obowiązany wykazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne.

W dniu 2 grudnia 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 20 października 2015 r. zamawiający wszczął postępowanie zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (nr 279652 - 2015). Do terminu składania ofert wpłynęło 5 ofert. Zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do siwz zamawiający wymagał zaoferowania urządzenia wielofunkcyjnego pracującego w technologii

druku laserowej kolorowej. Do oferty wykonawcy zobowiązani byli załączyć wypełniony formularz - wykaz parametrów technicznych oferowanych urządzeń, stanowiący załącznik nr 3 do siwz/ załącznik nr 3 do umowy. Z oferty odwołującego wynika, iż oferowane urządzenie Xerox Work Centre 7830 pracuje w technologii druku laserowa kolorowa. Na skutek pism dwóch wykonawców, zamawiający powziął wątpliwość, czy oferowane przez odwołującego urządzenie drukuje w technologii laserowej. Z związku z tym, pismem z dnia 13 listopada 2015 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień czy oferowane przez odwołującego urządzenie pracuje w technologii druku laserowej i kolorowej, czy też jest urządzeniem pracującym w technologii druku Hi-Q LED. Z udzielonych pismem z dnia 16 listopada 2015 r, wyjaśnień i załączonej opinii Xerox Polska sp. z o.o. wynika, że oferowane urządzenie pracuje w technologii Hi-Q LED, a różnica pomiędzy technologią laserową a Hi-Q LED polega na zastosowaniu zamiast pojedynczej diody laserowej i skomplikowanego układu optyczno-mechanicznego, nieruchomej listwy zawierającej kilkanaście tysięcy diod, dzięki czemu obniżony został poziom hałasu i awaryjność urządzeń. Potwierdził tym samym, że technologia Hi-Q LED nie jest kategorią technologii laserowej, a odrębną technologią o innym mechanizmie działania. W dniu 19 listopada 2015 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach wykluczonych z postępowania oraz ofertach odrzuconych. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy bowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, iż wymagał zaoferowania urządzenia pracującego w laserowej, kolorowej technologii druku, jak również na zadane przez wykonawców pytania podtrzymał swoje wymagania. Odwołujący zaoferował urządzenie pracujące w technologu druku Hi-Q LED, a więc niedopuszczonej przez zamawiającego, odwołujący w swoich wyjaśnieniach wskazał, że technologia druku Hi-Q LED działa w sposób identyczny, jak technologia laserowa, ale jest różnica, gdyż w urządzeniu zastąpiono laser i układ optyczno-mechaniczny, nieruchomą listwą diod. Ponadto odwołujący podkreślił iż dzięki zastosowaniu powyższej technologii oferowane urządzenie zyskuje przewagę nad urządzeniami laserowymi. Zatem technologia druku Hi-Q LED nie jest kategorią technologii laserowej, a odrębną technologią o innym mechanizmie działania.

Zamawiający wobec zarzutów odwołania podtrzymał decyzję o zasadności odrzucenia oferty odwołującego wskazał, co następuje:

Pismem z dnia 22 października 2015 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z pytaniem, czy zamawiający zaakceptuje urządzenie pracujące w technologii LED, której jakość wydruków jest porównywalna, a nawet lepsza niż w technologii laserowej, wskazując jednocześnie że technologia LED jak i technologia laserowa są technologiami

elektrofotograficznymi i są powszechnie stosowane na rynku urządzeń. Podobne pytania wpłynęły od dwóch innych podmiotów potencjalnie zainteresowanych uczestnictwem w

postępowaniu (pismo Zamawiającego z dnia 26 października 2015 r. pytanie nr 1, 5 i 9). W pytaniu 5 wykonawca wyjaśnił, uzasadniając wniosek o zmianę siwz w zakresie technologii druku, że zarówno technologia LED, jak i technologia laserowa są technologiami elektrofotograficznymi i są powszechnie stosowane na rynku urządzeń, Dodatkowo w pytaniu 9 podniesiono, iż jest to technologia zapewniająca taką samą jakość jak urządzenia w technologii laserowej. Na tak postawione pytania zamawiający udzielił odpowiedzi negatywnej, tj. podtrzymał zapisy SIWZ w zakresie wymaganej technologii. Tym samym zamawiający, jako technologię druku spełniającą jego wymagania uznał technologię laserową, a nie LED-ową stosowaną w urządzeniu oferowanym m.in. przez odwołującego. Istotne jest, że w siwz zamawiający postawił jasne wymaganie w zakresie technologii druku (które nie zostało zmienione czy zakwestionowane na etapie przed składaniem ofert), i które powinno być bezwzględnie stosowane i egzekwowane w trakcie oceny ofert. Sam odwołujący na stronie 5 odwołania w ostatnim akapicie powołał się na wyrok KIO, zgodnie z którym zamawiający nie jest uprawniony do odstępowania na etapie badania i oceny ofert od ustalonych warunków prowadzenia postępowania.

Odnosząc się do twierdzenia odwołującego co do „braku pewności" po stronie zamawiającego co do niezgodności oferty z treścią siwz, podnieść należy iż stanowisko to jest bezzasadne. Zgodnie z treścią art. 92 ust ust 1 ustawy niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o „2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne." Uzasadnienie faktyczne czynności powinno obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie. W niniejszym postępowaniu zamawiający w sposób czytelny zaprezentował czynność, wskazując okoliczności, które wziął pod uwagę, podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego. O powyższym świadczy fragment wcześniej cytowany Zamawiający wymagał zaoferowania urządzenia pracującego w laserowej, kolorowej technologii druku, jak również na zadane przez Wykonawców pytania podtrzymał swoje wymagania, Wykonawca zaoferował urządzenie pracujące w technologii druku Hi-Q LED, a więc niedopuszczonej przez Zamawiającego. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazał że technologia druku Hi-Q LED działa w sposób identyczny, jak technologia laserowa, ale jest różnica, gdyż w urządzeniu zastąpiono laser i układ optyczno-mechaniczny, nieruchomą listwą diod. Ponadto Wykonawca podkreślił iż dzięki zastosowaniu powyższej technologii oferowane urządzenie zyskuje przewagę nad urządzeniami laserowymi. Zatem technologia druku Hi~Q

LED nie jest kategorią technologii laserowej, a odrębną technologią o innym mechanizmie działania. Oznacza zdaniem zamawiającego to, iż wobec faktu, że urządzenie oferowane przez odwołującego działa w innej, niż wymagana postanowieniami siwz, technologii druku, oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu.
Oferowane przez odwołującego urządzenie jest, według zamawiającego, niezgodne z wymaganiami określonymi w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ/załącznik nr 1 do umowy. Zamawiający obowiązany był ofertę odwołującego odrzucić. Zamawiający zwrócił uwagę na wyrok KIO z dnia 19 maja 2015 r. sygn. KIO 945/15.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Izba postanowiła z urzędu dopuścić SIWZ wraz z załącznikami, przy czym zał. 1 i 3 w wersji na dzień 28 października 2015 r. Izba z urzędu dopuszcza także zapytania wykonawców zawarte na kartach 86, 87, 90, 92, dokumentację akt postępowania odwoławczego, wyjaśnienia Zamawiającego z 26 października 2015 r., pisma z 10 listopada 2015 r. do Zamawiającego informującego o zaoferowaniu przez Odwołującego technologii LEDowej, wezwania Zamawiającego z 13 listopada 2015 r. do Odwołującego o wyjaśnienie zaoferowanej technologii wraz z odpowiedzią udzieloną 16 listopada 2015 r., informacji skierowanej do Zamawiającego 16 listopada 2015 r. dotyczącej oferty Odwołującego i wskazującej, że zaoferowane urządzenie jest urządzeniem LED, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 19 listopada 2015 r., ofertę Odwołującego, pisma Xerox Polska Sp. z o.o. z 16 i 23 listopada 2015 r., korespondencji elektronicznej z 24 listopada 2015 r. od J. H., broszury informacyjnej Laser vs LED wraz z tłumaczeniem.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy z wydruku 2015 Q3 Final Results z uwagi na brak jest tłumaczenia, co stoi w sprzeczności z par. 19 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.
Izba postanowiła oddalić dowód z wydruku z Wikipedii dotyczący drukarki laserowej, gdyż źródło to, o ile być stanowi źródło wiedzy powszechnej, o tyle nie stanowi dowodu na istnienie bądź brak istnienia procesów technologicznych w procesie drukowania światłem lasera lub diodą LED z uwag na to, że jest to encyklopedia tworzona przez internautów, nie zawiera zaś odzwierciedlanie stanu wiedzy technicznej.

Co do przedłożonych ekspertyz i załączonych do nich załączników Izba potraktuje jako stanowisko własne Odwołującego wyrażone w dokumencie prywatnym.

12

Co do SIWZ ZP/INW/51/14 wraz z zapytaniami i informacją o wyniku postępowania Izba uznała ten dowód za niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż został sporządzony w innym postępowaniu, w którym nie zadawano zapytań analogicznych jak w niniejszym, a ponadto Zamawiający nie kwestionuje faktu, iż w tamtym postępowaniu oferta Odwołującego została wybrana.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowody z zeznań świadka Leszka Bareja na okoliczność, że oferowana drukarka przez Odwołującego spełnia wymagania SIWZ, gdyż przedstawienie takiej oceny wymagałoby od świadka nie znajomości faktów, ale posiadania wiedzy specjalnej, tym samym teza zakreślona przez Odwołującego nie może być wykazana powołany dowodem.
Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:
W treści siwz zamawiający nie wskazał czy i w jakim zakresie dopuszcza rozwiązania równoważne, nie dopuścił rozwiązań wariantowych – rozdział II siwz..
W załączniku nr 1 do siwz w brzmieniu ustalonym w dniu 28 października 2015r. zamawiający opisał przedmiot zamówienia w następujący sposób:
Dostarczone urządzenia wielofunkcyjne będą posiadały parametry nie gorsze niż wymienione poniżej:
Rodzaj urządzenia: wielofunkcyjne A3, drukarka, kserokopiarka, skaner
Technologia druku: Laserowa, kolorowa
Analogicznie w załączniku nr 3 do siwz zamawiający opisał przedmiot zamówienia nakazując wykonawcom podanie oferowanych parametrów technicznych urządzeń.
W wyjaśnieniach treści siwz z dnia 26 października 2015r. w odpowiedzi na pytanie nr 1 o treści „czy zamawiający dopuści zaoferowanie urządzenia wielofunkcyjnego wykorzystującego technologię LED, równoważną do laserowej, zamawiający odpowiedział, że podtrzymuje zapisy siwz.
W odpowiedzi na pytanie nr 5 o treści „Czy zamawiający zaakceptuje urządzenie pracujace w technologii LED, której jakość wydruków jest porównywalna, a nawet lepsza niż w technologii laserowej? Zarówno technologia LED, jak i technologia laserowa są technologiami elektrofotograficznymi i są powszechnie stosowane na rynku urządzeń. Akceptacja tego paramteru pozwoli na oferowanie urządzenia o rozdzielczości druku 1200x2400 dpi (wymaganie zamawiającego 600x600 dpi), zamawiający odpowiedział, że podtrzymuje zapisy siwz.
Analogicznej odpowiedzi zamawiający udzielił odpowiadając na pytanie nr 9
Sformułowane wyżej pytania pochodziły od różnych wykonawców, z których dwóch nie złożyło ofert.

13

W ofercie odwołującego brak jest wskazania na technologię Hi-Q LED, w załączniku nr 3 (tak pierwotnym jak i uzupełnionym na wezwanie zamawiającego potwierdziła on parametr Technologia druku „laserowa, kolorowa”.
Dwaj wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu po zapoznaniu się z ofertami, a w szczególności z oferowanymi modelami urządzeń zwrócili zamawiającemu uwagę, że odwołujący oraz firma ARSO Serwis oferują technologię druku Hi-Q LED, a nie wymaganą laserową, kolorową.

W dniu 13 listopada 2015r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień czy zaoferowane urządzenie XEROX WorkCentre 7830 spełnia wymagania zamawiającego tj. czy pracuje w technologii druku laserowej i kolorowej, czy też jest urządzeniem pracującym w technologii druku Hi-Q LED.
W dniu 16 listopada 2015r. odwołujący wyjaśnił, że urządzenie wielofunkcyjne XEROX WorkCentre 7830 pracuje w technologii laserowej i kolorowej. Technologia Hi-Q LED nie jest oddzielną technologią, lecz kategorią technologii laserowej i kolorowej i działa w identyczny sposób przez naświetlenie elektrofotograficzne bębna, stworzenie obrazu z tonera i utrwalenie go w wysokiej temperaturze. Jedyna różnica, polega na zastosowaniu zamiast pojedynczej diody laserowej i skomplikowanego układu optyczno-mechanicznego, nieruchomej listwy zawierającej kilkanaście tysięcy diód, dzięki czemu został obniżony poziom hałasu i awaryjność urządzeń.
Odwołujący oświadczył, że oferowane urządzenie jest urządzeniem laserowym i kolorowym, a użyte w materiałach informacyjnych sformułowanie „Technologia Hi-Q LED" jest określeniem marketingowym i ma na celu odkreślenie przewagi tego urządzenia nad urządzeniami laserowymi z pojedynczym źródłem światła. Na poparcie swego stanowiska przedłożył oświadczenie firmy Xerox Polska z siedzibą w Warszawie, z dnia 16 listopada 2015r., z którego ponadto to co oświadczył odwołujący w wyjaśnieniach wynika, że w zastosowaniach biurowych wydruki uzyskiwane za pomocą obu wersji technologii laserowej są nierozróżnialne dla użytkownika, a w zastosowaniach graficznych użycie listwy ledowej o rzeczywistej rozdzielczości druku 2400x1200 pozwala na osiągnięcie wyższej jakości druku. Producent nie zna z systemu klasyfikacji, które rozróżniałyby urządzenia drukujące ze względu na zastosowane źródło światła i wszystkie klasyfikacje zaliczają urządzenie producenta do kategorii „drukarki laserowe" lub „urządzenia wielofunkcyjne laserowe".
W piśmie z dnia 23 listopada 2015r. firma Xerox Polska podtrzymała w całości oświadczenie z dnia 16 listopada 2015r.
Izba nie dopuściła dokumentu załączonego do odwołania oznaczonego jako 2015Q3 Final Results z uwagi na brak jego tłumaczenia, co jest niezgodne z par. 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. t.j. z 2014r. poz. 964).

Z korespondencji drogą elektroniczną z dnia 24 listopada 2015r. pomiędzy J. H., a D. P. wynika,, że Pan J. H. jest gotowy przygotować ekspertyz, że nie istniej technika drukowania laserowego, ponieważ sposób tworzenia obrazu na podłożu jest niezależny od źródła światła użytego w urządzeniu, urządzenia Work Centre 7830 spełniają wymagania siwz, gdyż zgodnie z siwz zamawiający żądał dostarczenia urządzeń wykorzystujących proces elektrofotografii, co nie zostało poprawnie sformułowane w treści siwz.

Z dokumentu Laser vs. LED Featuring Xerox Hi-Q LED Technology wynika, że systemy LED i systemy laserowe wykorzystują tę samą podstawową zasadę nanoszenia tonera na papier używając statycznego ładunku elektrycznego, który jest utrzymywany na izolowanym obiekcie (nośniku) oraz światła emitowanego przez laser lub LED.

Urządzenia laserowe - używając optycznego systemu skanowania, drukarki laserowe przepuszczają wiązkę światła przez wielokątne lustro i przez serię soczewek skupiających w celu dokonania precyzyjnej regulacji potrzebnej do uzyskania lepszej jakości wydruku. Metodycznie laser skanuje od jednego końca linii do drugiego, a następnie zaczyna kolejną linię, aby, krok po kroku, uformować na bębnie fotoreceptora ukryty obraz. Aby otrzymać optymalne rezultaty, elementy systemu laserowego muszą pozostać ułożone w linii podczas ich używania. Dzisiejsze drukarki laserowe drukują zwykle do 1200 dpi. Ruchome części systemu laserowego przyczyniają się do większego poziomu hałasu w miejscu pracy.

Drukarki LED - w tradycyjnych drukarkach LED, głowica drukująca składa się z szeregu kontrolowanych cyfrowo diod emitujących światło, które są często wbudowane w obudowę drukarki. Zamiast skanować obraz, jak robi to drukarka laserowa, LED'y wybiórczo migają, aby stworzyć wzór punktów na obracającym się bębnie światłoczułym - stworzony ukryty obraz jest przenoszony na papier przez elektrycznie naładowany toner.
Istotne aspekty drukowania LED działają dobrze i oferują użytkownikom realne korzyści. Oprócz niezawodności mechanicznej i kompaktowej konstrukcji drukarek LED, ogólnie

cechuje je prosta budowa z mniejszą liczbą ruchomych części niż w przypadku drukarek laserowych. Głównymi wadami istniejącej technologii LED są jakość obrazu oraz rozdzielczość: gdyby tylko można było znieść te dwa ograniczenia, technologia LED mogłaby zaoferować jakość wydruku oraz rozdzielczość podobną do tych, które można osiągnąć z systemami drukowania korzystającymi z technologii laserowej.

Z dokumentu tego wynika, że firma Xerox wprowadziła rozwiązanie Hi-Q LED, które za pomocą wysoko wydajnego ASIC precyzyjnie kontroluje natężenie i dokładność 10 240 punktów światła (LED) w każdej głowicy drukującej, aby osiągnąć rozdzielczość 1 200 x 2

400 dpi -jakość wydruku, która jest równoważna, a często lepsza niż porównywalne systemy laserowe. Poprzez ciągłe i automatyczne monitorowanie informacji o każdej diodzie LED sterownik ASIC może dostosować natężenie i dokładność światła każdej diody. Zapewnia to jednolitość całej matrycy LED i spójną wysoką jakość wydruku.
Ze stanowiska odwołującego zawartego w ekspertyzie COBRPP wynika, że technologia drukowania elektrofotograficznego polega na tworzeniu obrazu na aelektryzowanym światłoczułym nośniku, który przyciąga toner w miejscach nie naświetlonych. Obraz ten jest następnie przenoszony na podłoże i utrwalany. Rodzaj wykorzystanego źródła światła nie ma tu znaczenia pod warunkiem zapewnienia odpowiedniej gęstości energii, warunkującej osiągnięcie zakładanej wydajności drukowania. Technologia użyta w urządzeniu WorkCentre 7830 jest równoważna technologii laserowej także ze względu na wymagania co do materiałów eksploatacyjnych, o czym świadczy np. zapis w podręczniku użytkownika: „używać wyłącznie etykiet do drukowania laserowego" i potwierdza to przeprowadzona analiza rynku, z której wynika, że urządzenia drukujące w technice elektrofotograficznej, ale korzystające z innych źródeł światła, są traktowane na równi z urządzeniami wykorzystującymi laser. Zdaniem odwołującego należy zgodzić się z wyjaśnieniem producenta dotyczącym technologii Hi-Q LED, że jest to rozwiązanie analogiczne do technologii laserowej, choć wykorzystuje diody półprzewodnikowe pracujące w innym zakresie parametrów (a zatem formalnie nie jest laserem). Nie istnieje znana odwołującemu przesłanka, aby do prac biurowych, ograniczać wybór technologii elektrofotograficznej tylko z wykorzystaniem laserowej technologii naświetlania, wykluczając technologię naświetlania za pomocą diod LED. Takie ograniczenie bez wskazania/wyjaśnienia wyraźnych powodów (potrzeb) jest ograniczaniem konkurencji, gdyż obie technologie do większości zastosowań biurowych uznaje się za równoważne. Parametry jakościowe urządzenia WorkCentre 7830, w szczególności rozdzielczość drukowanego obrazu, spełniają wymagania zamieszczone w załączniku nr 1 SIWZ.

Ze stanowiska odwołującego zawartego w ekspertyzie Politechniki Warszawskiej wynika, że nowoczesne wielofunkcyjne urządzenia drukujące o potocznej nazwie "urządzenia laserowe" wykorzystują do naelektryzowania bębna światłoczułego w procesie drukowania elektrofotograficznego światło lasera łub diod LED. Zasada działania technologii naświetlania LED (ang. *Light Emitting Diodę)* pod wieloma względami podobna do zasady naświetlania laserowego. Zasadniczą różnicą pomiędzy technologiami LED a laserową jest mechanizm naświetlania bębna światłoczułego. W przypadku technologii laserowej naświetlanie odbywa się za pomocą pojedynczego lasera, wiązką promieni którego za pomocą systemu wirujących zwierciadeł skanuję powierzchnią bębna światłoczułego. W technologii LED (jak i w HiQ LED) zamiast lasera, jako źródło światła, stosowana jest linijka

składająca się z kilku tysięcy (ok. 10 000 szt.) półprzewodnikowych diod, wiązka promieni laserowych z których naświetla bęben światłoczuły za pomocą sterowania komputerem.

Jak technologia laserowa, tak i technologia LED są technologiami naświetlania bębna światłoczułego, a nie drukowania. W przypadku jednakowych parametrów technicznych urządzeń drukujących stosowanie technologii LED (jak i HiQ LED), ze względu na brak części wirujących w systemie naświetlania jest bardziej niezawodne.

Reasumując – odwołujący podniósł, że wykorzystanie technologii naświetlania laserem i za pomocą technologii HiQ LED, przy jednakowych parametrach technicznych urządzeń drukujących, jest równoważne względem wielobarwnej (kolorowej) technologii

laserowej i porównywalne pod względem technicznych parametrów pracy, dla tego też można uznać, że wielofunkcyjne urządzenia drukujących XEROX WorkCentre 7830V_T są wielobarwnymi urządzeniami laserowymi.

Analizując minimalne parametry techniczne zawarte w załączniku nr 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz dane parametrów techniczno-eksploatacyjnych wielofunkcyjnych urządzeń drukujących XEROX WorkCentre 7830V_T ustalono, że spełniają one wszystkie wymagania przetargu ZP/OG/25/15 Proponowane urządzenia XEROX WorkCentre 7830V_T spełniają wszystkie założone wymagania techniczno - eksploatacyjne, a zastosowana w nich technologia naświetlania HiQ LED jest równoważna potocznie nazywanej "technologii laserowej".

Z praktyce znane są przypadki niejednokrotnego błędnego wskazywania w postępowaniach przetargowych technologii laserowej, jako głównego elementu technologii urządzeń drukujących, tym samym stawiając technologię LED, jako odrębną technologię o innym mechanizmie działania. Tym samym, jest to ograniczeniem eliminującym konkurencję, chociaż technologie: laserowa i LED są porównywalne i równoważne. Świadczą o tym fakty zmiany treści SIWZ i dopuszczenie technologii LED, jako porównywalnej z laserową w postępowaniach przetargowych na przykład w przetargach dla Sądu Okręgowego w Poznaniu, sprawa ZP-226-10/15 (załącznik 1), Sądu Apelacyjnego w Krakowie, sprawa ZP-25/2015 (załącznik 2), Sądu Okręgowego Warszawa-Praga, sprawa ZP/0I/3/10/PN (załącznik 3) i in. Fakt ten potwierdza także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt: KIO 1475/15 z dnia 15 lipca 2015 roku

Izba zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę RICOH spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę R. P. prowadzącego działalność pod firmą ARSO Serwis P.U. R. P. zostało zgłoszone z uchybieniem trzydniowego terminu

na zgłoszenie przystąpienia. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W przedmiotowej sprawie Pan R. P. możliwości wniesienia przystąpienia w formie elektronicznej nie skorzystał, co jest bezsporne. Bezsporne jest również to, że zamawiający w dniu 24 listopada 2015r. powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do dokonywania przystąpień. Termin zatem na wniesienie przystąpienia do Prezesa Izby upływał w dniu 27 listopada 2013r. W tym dniu Pan R. P. nadał przystąpienie w placówce pocztowej. Wpływ tego pisma do Krajowej Izby Odwoławczej nastąpił w dniu 30 listopada 2015r.

W przedmiotowej sprawie przystąpienie spełniające wymogi, co do formy, wskazania strony, interesu oraz przekazania kopii nie zostało wniesione do Prezesa Izby do końca dnia 27 listopada 2015r. Obowiązku pisemnego wniesienia przystąpienia nie można zastąpić sposobami komunikacji wykonawców z zamawiającym określonymi w art. 27 ust. 2 ustawy, tj. drogą faksową lub elektroniczną za potwierdzeniem otrzymania, gdyż jedynie do kopii odwołania w art. 180 ust. 5 ustawy ustawodawca dopuścił możliwość przesłania kopii w trybie art. 27 ust. 2 ustawy. Przepis ten natomiast nie został wskazany przez ustawodawcę jako dopuszczalna forma wniesienia przystąpienia ani w treści art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, ani w par. 7, zd. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Podobnie jak w przypadku odwołania tak i przystąpienia ustawodawca nie zdecydował się na przyjęcie teorii nadania występującej w procedurze cywilnej. Pozew czy inne pismo procesowe uznaje się zgodnie z tą teorią na wniesione w dacie jego nadania w placówce pocztowej. Wynika to wprost z przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Jednak w postępowaniu odwoławczym ustawodawca nie przewidział takiego rozwiązania, tym samym tak odwołanie jak i przystąpienie dla zachowania ustawowego terminu wniesienia muszą dotrzeć do Izby w ostatnim dniu terminu wynikającego odpowiednio z art. 182 ustawy jak i z art. 185 ust. 2 ustawy. Przy czym nie jest konieczne zachowanie formy pisemnej dopuszczalna jest też droga elektroniczna z bezpiecznym podpisem cyfrowym. W

tym stanie rzeczy nie można było uznać, że zgłoszenie przystąpienia nastąpiło w terminie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust.1 pkt.2 w z w. z art.7 ust.1 ustawy polegający na nieuzasadnionym odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo że treść tej oferty odpowiadała wymaganiom siwz, tj. spełnienia wymagania zaoferowania urządzenia pracującego w laserowej, kolorowej technologii druku, przez urządzenie zaoferowane przez odwołującego pracującego w technologii Hi-Q LED.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem możliwości dokonania poprawy takiej oferty przez zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Pomiędzy stronami nie jest sporna możliwość zastosowania treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, sporne jest natomiast, czy treść oferty, z której wynika zaoferowanie urządzenia wielofunkcyjnego stosującego technologię Hi-Q LED można uznać za odpowiadającą treści siwz . Przede wszystkim dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotne jest to, że treść siwz wbrew stanowisku odwołującego, to nie tylko wskazana w załączniku nr 1 i 3 do siwz technologia druku „laserowa, kolorowa", ale także treść rozdziału II, z którego nie wynika, że zamawiający dopuszczał rozwiązania równoważne opisanemu w siwz, oraz nie dopuszczał wprost rozwiązań wariantowych a także treść odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego na pytania nr `1, 5 i 9 z dnia 26 października 2015r., które jak wynika wprost ze stanowiska zamawiającego były wiążące dla wykonawców, którzy zamierzali złożyć w niniejszym postępowaniu ofertę. W myśl art. 29 ust. 3 ustawy zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia przez dodanie wyrazów „lub równoważny" jedynie w sytuacji, gdy opisuje przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenie. W niniejszej sprawie odwołujący nie zarzucił, że przedmiot zamówienia został opisany właśnie przez wskazanie znaków towarowych, patentów, czy pochodzenia. Argumentacja odwołującego jest niespójna i nielogiczna, gdyż z jednej strony oferowaną przez siebie technologię uważa za równoważną technologii opisanej w siwz – na to wskazuje treść zapytań, a z drugiej uważa, że jest to jedna z odmian technologii laserowej opisanej w siwz – tak wyjaśnienia czy treść odwołania. W ocenie Izby z udzielonych do siwz wyjaśnień wynika natomiast, że zamawiający technologię LED uważał za inną technologię, niż technologia laserowa i nie oczekiwał ofert opartych o technologię LED. Również w ocenie Izby nie budzi wątpliwości fakt, że dwóch wykonawców, którzy wyrażali zainteresowanie udziałem w postępowaniu nie złożyło ofert po otrzymaniu od zamawiającego odpowiedzi na pytania nr 1,5 i 9. Tym samym ci wykonawcy również podobnie jak zamawiający rozumieli treść siwz jako wymaganie zaoferowania przez wykonawców urządzenia wielofunkcyjnego w technologii laserowej ale nie w odmianie czy technologii równoważnej LED. Dodatkowo informacje poczynione przez dwóch konkurentów odwołującego do zamawiającego o tym, że urządzenia odwołującego nie spełniają wymagań siwz, gdyż są urządzeniami w technologii Hi-Q LED, świadczą o tym, że również ci wykonawcy rozumieli treść siwz w sposób wskazany w zdaniu poprzedzającym. Wykładnia autentyczna dokonana przez zamawiającego oraz sposób rozumienia innych wykonawców pozwolił zatem na ustalenie następującej treści siwz – zamawiający oczekiwał zaoferowania urządzenia wielofunkcyjnego w technologii druku :laserowej, kolorowej, ale nie technologii LED i nie

---

dopuszczał rozwiązań równoważnych lub wariantowych. W tej sytuacji należało uznać, że treść oferty w ramach której odwołujący zaoferował urządzenie wielofunkcyjne w technologii Hi-Q LED, kolorowej jest rozwiązaniem równoważnym lub wariantowym nie dopuszczonym przez zamawiającego. Potwierdzają ten fakt zarówno zapytania do treści siwz, są to prośby o akceptację, dopuszczenie porównywalnego, równoważnego rozwiązania, a nie pytania czy pojęcie laserowej technologii druku należy rozumieć także jako użycie w miejsce lasera diod LED. Z broszury informacyjnej firmy Xerox wynika, że technologia LED dopiero od 2011 tj. od opracowania przez tę firmę technologii Hi-Q stała się porównywalna z technologią laserową, tym samym twierdzenia o tym, że zamawiający miał świadomość różnic pomiędzy technologiami w ocenie Izby są wiarygodne. Należy zauważyć, ze żadne z zapytań nie odnosiło się do technologii ledowej w technologii nowej generacji Hi-Q LED, co też mogło wpłynąć na decyzję zamawiającego o odmowie dopuszczenia technologii ledowej, w której

jeden z producentów sam mówi, że główną wadą LED była jakość wydruku, która spowodowała, że drukarki laserowe utrzymały swoją pozycję na rynku. Również z ekspertyz wynika, że technologia ledowa nie może być uznana za technologie laserową, bo wykorzystuje diody półprzewodnikowe pracujące w innym zakresie parametrów (a zatem formalnie nie jest laserem). W świetle powyższego w ocenie Izby technologia laserowa, to nie technologia ledowa, choć być może są to technologie równoważne, to jednak równoważności zamawiający nie dopuścił.
W konsekwencji Izba oceniła, że zamawiający prawidłowo dokonał ustalenia treści siwz i prawidłowo ustalił też treść oferty odwołującego i porównując tę treść do wzorca z siwz doszedł do prawidłowych wniosków, że treść oferty nie odpowiada treści wzorca. W konsekwencji w takiej sytuacji obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, co zamawiający prawidłowo wykonał. Co do twierdzeń przystępującego RICOH, że odwołanie jest spóźnione, gdyż w rzeczywistości stanowi odwołanie wobec treści siwz, to Izba nie podziela tego poglądu, gdyż art. 180 ust. 2 ustawy nie pozwala odwołującemu wnosić odwołania wobec treści opisu przedmiotu zamówienia, w konsekwencji nie można uznać za spóźnione czynności, która z mocy ustawy nie była dopuszczalna.
Izba natomiast podziela stanowisko przystępującego RICOH, że zamawiający nie ma obowiązku dopuszczania do udziału w postępowaniu wszelkich rozwiązań technicznych, które funkcjonują na rynku pod warunkiem, że takie ograniczenie na utrudnia uczciwej konkurencji. Jednak takiego utrudniania uczciwej konkurencji nieuprawdopodobniono w niniejszej sprawie, gdyż nawet z treści zapytań wynika, że ewentualne dopuszczenie technologii LED służyłoby zwiększeniu konkurencyjnności postępowania, a nie jego otwarciu się na konkurencję, oraz pozwalało zaoferować lepsze parametry, których użytkownik nie dostrzeże w zwykłych zastosowaniach biurowych. W tym stanie rzeczy również nie

---

potwierdził się w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, który nakazuje zamawiającemu prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Izba podziela także argumentację przystępującego RICOH, że przejawem nierównego traktowania, byłaby właśnie pozytywna ocena oferty odwołującego przez zamawiającego w sytuacji, gdy co najmniej dwóch wykonawców zrezygnowało ze złożenia oferty w niniejszym postępowaniu dowiadując się, że zamawiający nie dopuszcza zaoferowania równoważnej technologii LED. Ponadto w ocenie Izby takie działanie zamawiającego mogłoby być ocenione także w świetle zakazu zmiany treści siwz po upływie terminu do składania ofert.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasad uczciwej konkurencji, w związku z nieprzeprowadzeniem należytej oceny i badania oferty odwołującego, co ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania.
Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba w całej rozciągłości podtrzymuje dotychczasową argumentację i wywody prawne, uznając, że przejawem uczciwej konkurencji jest jednakowa ocena podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji faktycznej. W niniejszym postępowaniu ocena taka nie mogłaby być dokonana w sytuacji, gdy zamawiający nie dopuścił ofert równoważnych, ani nie określił parametrów równoważności.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego nakazując odwołującemu zwrot tych kosztów zamawiającemu, zgodnie z jego żądaniem przedstawionym na rozprawie potwierdzonym złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący: ……