

Sygn. akt: KIO 2943/23

**WYROK**  
**z dnia 25 października 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Joanna Gawdzik-Zawalska

**Protokolant:** Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2023 r. przez wykonawcę

**PRINTEX sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Mazowiecki Szpital Bródnowski Sp. z o.o. w Warszawie**, przy udziale wykonawcy

**Rand sp. z o.o. we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. umarza odwołanie w zakresie zarzutów trzeciego i czwartego,**

**2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,**

**3. kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego koszty zastępstwa procesowego w kwocie 2 460 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt złotych i zero groszy)**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

**UZASADNIENIE**

Mazowiecki Szpital Bródnowski Sp. z o.o. w Warszawie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm. dalej Ustawa lub Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa urządzeń drukujących wraz z materiałami eksploatacyjnymi dla Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego Sp. z o.o., w ramach projektu współfinansowanego ze środków EFRR w ramach REACT EU.” ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 31 maja 2023 r., Nr Dz. U./S 103 325303-2023 PL (zwane dalej Postępowaniem).

W dniu 5 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PRINTEX sp. z o.o. w Warszawie (dalej Odwołujący lub Printex).

W dniu 11 października 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił Rand sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej Przystępujący lub Rand). Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie. Odwołanie złożone zostało od czynności Zamawiającego z dnia 25 września 2023 r. i 26 września 2023 r. wyboru oferty jako najkorzystniejszej, zaniechania odrzucenia oferty Rand, zaniechania badania i oceny oferty Printex. Odwołujący sformułował cztery zarzuty:

1. Zarzut nr 1 - Wadliwa czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Rand, co stanowi naruszenie art. 239 ust. 1 Ustawy;
2. Zarzut nr 2 - Zaniechanie odrzucenia oferty Rand, na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 Ustawy, pomimo niespełniania przez zaofertowane elementy przedmiotu zamówienia wymagań określonych w SWZ, w tym w szczególności w odniesieniu do parametrów oferowanych produktów w odniesieniu do wymagań wskazanych w SWZ;
3. Zarzut nr 3 - Zaniechaniu poddania badaniu i ocenie oferty Printex, zaniechanie wskazania punktacji dla Printex w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 253 ust. 1 Pzp;
4. Zarzut nr 4 - Zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, mając na względzie fakt, że zgodnie z dokumentami Postępowania oferta nie została odrzucona oraz Printex nie został wykluczony i oferta odrzucona.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Rand i powtórzenia badania i oceny oferty z uwzględnieniem odrzucenia oferty Rand.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron przed rozprawą Odwołujący cofnął zarzuty trzeci i czwarty.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący przyłączył się do stanowiska Zamawiającego.

Strony wnosiły o dopuszczenie dowodu z dokumentów Postępowania. Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z dokumentów: materiałów informacyjny Xerox, zrzutów ekranu ze strony XEROX, numerów kat faksu; oświadczenie email producenta Canon na okoliczność zaofertowania produktów niezgodnych z SWZ. Przystępujący wnosił o dopuszczenie

dowodów z dokumentów: korespondencję email pomiędzy Printex a Canon Polska na okoliczność tego, że Printex jest autorem oświadczenia email załączonego jako dowód przez odwołującego, a sporządzonego i podpisanego przez pracownika Canon jako zał. nr 14 do odwołania; specyfikację - wydruk ze strony producenta Canon potwierdzający prawidłowość określenia modelu przez Przystępującego w ofercie.

W trakcie rozprawy strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie. Wobec złożenia przez Odwołującego oświadczenia w trybie art. 520 Ustawy o wycofaniu zarzutów trzeciego i czwartego Izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie w trybie art. 568 pkt. 1 Ustawy.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika - oparła się na dokumentacji zamówienia oraz złożonych do akt dowodach dokumentowych, uwzględniając stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania, co do zasady nie był nie sporny. Spór sprowadzał się do oceny tego, czy Rand opisał a w konsekwencji zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z SWZ w zakresie pozycji 4 i 5a formularza ofertowego tj. odpowiednio urządzenia wielofunkcyjnego o parametrach wskazanych w Tabeli pn. „Urządzenie wielofunkcyjne kolorowe formatu A3” oraz materiałów eksploatacyjnych w zestawie do poz. 5 (toner lub toner i bęben) na minimum 6000 wydruków (tonery czarne na 6000 stron oraz tonery kolorowe na 3000 stron każdego koloru).

Izba w oparciu o SWZ ustaliła bezsporne okoliczności:

- 1.zamówienie finansowane jest w ramach projektu „Uzupełnienie interoperacyjnego środowiska przepływu danych i informacji w procesach medycznych i niemedycznych Szpitala wraz z zapewnieniem wysokiej dostępności i bezpieczeństwa danych i systemów” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach REACT EU, MSB/PN/49/05/2023,
- 2.przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń drukujących wraz z materiałami eksploatacyjnymi na potrzeby Zamawiającego w tym: 290 sztuk drukarek monochromatycznych formatu A4, 290 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych monochromatycznych formatu A4, 5 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych kolorowych formatu A4, 5 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych kolorowych formatu A3, 10 sztuk drukarek kolorowych formatu A4.
- 3.Zamawiający wymagał dostawy urządzeń wielofunkcyjnych podzielonych na 5 grup urządzeń wielofunkcyjnych, dla których określił wymagania techniczne minimalne w Załączniku nr 2 do SWZ (Załącznik nr 4 OPZ).
- 4.Zamawiający w Załączniku nr 1 do SWZ Formularz Oferty, zobowiązał wykonawców, do podania ceny dla poszczególnych urządzeń oferowanych wraz z koniecznością wskazania producenta oraz modelu oferowanego urządzenia.
- 5.W zakresie poz. 4 Załącznika 1 do SWZ Formularz Oferty Zamawiający wymagał zaoferowania urządzenia wielofunkcyjnego o parametrach wskazanych w Tabeli pn. „Urządzenie wielofunkcyjne kolorowe formatu A3 - 5 sztuk w zamówieniu podstawowym oraz do 2 sztuk w ramach prawa opcji.”, w tym kwestionowanych odwołaniem funkcjonalności: Interfejsu - WiFi (2,4GHz i 5GHZ); Faksowania 2 - stronnego – automatycznego;
- 6.zakresie poz. 5a Załącznika 1 do SWZ Formularz Oferty Zamawiający wymagał zaoferowania Materiałów eksploatacyjnych w zestawie do poz. 5 (toner lub toner i bęben) na minimum 6000 wydruków (tonery czarne na 6000 stron oraz tonery kolorowe na 3000 stron każdego koloru). (Załącznik nr 4 OPZ plus Załącznik nr 4 Formularz ofertowy).

Izba ustaliła w oparciu o ofertę Rand oraz wyjaśnienia stron i uczestnika, a także przedłożoną korespondencję email oraz materiały producenta oferowanych przez Rand urządzeń złożone w ramach Postępowania oraz w ramach postępowania odwoławczego bezsporne okoliczności:

- 1.Rand zobowiązał się do spełnienia świadczenia zgodnie z warunkami i postanowieniami SWZ;
- 2.Rand w zakresie poz. 4 zaoferował urządzenie wielofunkcyjne wskazując w formularzu oferty między innymi, że oferuje Urządzenia wielofunkcyjne kolorowe A3 i podał model oraz producenta w postaci: XEROX model C7130; zgodnie z materiałami producenta zaoferowane urządzenie w wyposażeniu standardowym nie dysponuje funkcjonalnością w postaci interfejsu WiFi oraz możliwością faksowania; zgodnie z materiałami producenta zaoferowane urządzenie może posiadać dodatkowe moduły zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SWZ;
- 3.Oferowane przez producenta podstawowe i dodatkowe moduły posiadają skonkretyzowane numery katalogowe, w tym np. dla wymaganych opcji SWZ: Funkcja faksowania - numer katalogowy: 497K18040 lub 497K23620; Funkcja WiFi - numer katalogowy: 497K23470.

- 4.Rand nie wskazał w ofercie numerów katalogowych żadnego z modułów składających się na oferowane urządzenie;
- 5.Rand w zakresie poz. 5a zaoferował do urządzenia wskazanego w pozycji nr 5 (i-SENSYS XC1333P), materiały eksploatacyjne producenta Canon wskazując w formularzu oferty między innymi, że oferuje: Materiały eksploatacyjne w zestawie do poz. 5 (toner lub toner i bęben) na minimum 6 000 wydruków (tonery czarne na 6000 stron oraz tonery kolorowe na 3000 stron każdego koloru) i podał model oraz producenta w postaci: Canon T12 (zestaw 4 tonerów T12).
- 6.Zgodnie z wyjaśnieniami stron i uczestnika oraz oświadczeniami email producenta materiały eksploatacyjne Canon T12 oferowane są w wydajnościach i kolorach wymaganych SWZ
- 7.Zgodnie z wyjaśnieniami stron i uczestnika oraz emailami producenta materiały eksploatacyjne Canon T12 posiadają skonkretyzowane dookreślenia identyfikujące w tym np. dla wymaganych SWZ:toner T12 Black z bębniem, toner T12 Yellow z bębniem, toner T12 Magenta z bębniem, toner T12 Cyan z bębniem.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jednocześnie Izba wskazuje, że niezgodność z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zachodzi wówczas, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym postanowieniem zawartym w dokumentach wskazanych w art. 7 pkt 29 Ustawy tj. w opisie przedmiotu zamówienia, w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, w kryteriach oceny ofert, w wymaganiach proceduralnych lub w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym niezgodność ta również musi mieć charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może zatem odrzucić oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia lub czy oferta wykonawcy rzeczywiście jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odrzucenie oferty w sytuacji braku wyraźnego wymagania, z którym oferta ta miałaby być niezgodna lub w sytuacji, gdy nie można bez wątpliwości stwierdzić niezgodności oferty z określonym wymaganiem, stanowiłoby naruszenie zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 Pzp.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wymagał wskazania w ofercie wyłącznie modelu i producenta oferowanego urządzenia lub materiałów. Przystępujący, co nie było przedmiotem sporu, wskazał w formularzu oferty powyższe dane zarówno w pozycji 4 jak i 5a jak również w kolumnie 2 wskazane były wymagane SWZ funkcjonalności. Formularz ofertowy Przystępującego wyraźnie wskazuje, że spełnienie przedmiotu zamówienia nastąpi zgodnie z warunkami i postanowieniami zawartymi w SWZ. SWZ precyzuje wymagania dotyczące urządzeń i materiałów opisanych w pozycji 4 i 5a formularza oferty. Wykonawca zgodnie z SWZ i treścią oferty zobowiązany jest dostarczyć urządzenia i materiały, których producenta i model zgodnie z wymaganiami SWZ wskazał w formularzu oferty spełniające funkcjonalności i posiadające cechy opisane SWZ. Urządzenia i materiały, co jest bezsporne i wynikało już z przedmiotowych środków dowodowych, dostępne są w opcjach i spełniają kryteria wymagane przez Zamawiającego. W świetle powyższych ustaleń, tj. braku podstaw do stwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia w zakwestionowanym zakresie nie spełnia wymagań Zamawiającego, czy rodzić może wątpliwości, co do cech produktów do jakich dostarczenia zobowiązał się wykonawca ofertą nie zachodzi podstawa do uznania Zamawiającego uznając, że oferta spełnia wymagania SWZ dopuścić się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy poprzez zaniechanie jego zastosowania. W konsekwencji nie sposób również zarzucić naruszenia Zamawiającemu innych norm Ustawy.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 568 pkt. 1) oraz art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący .....