

WYROK
z dnia 14 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **Rand Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Szpital Bródnowski Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** przy udziale wykonawcy **Printex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Rand sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy Printex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych,
 2. zarzut ewentualny oznaczony w odwołaniu numerem 3 pozostawia bez rozpatrzenia,
 3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Printex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i: 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3.2. zasądza od wykonawcy Printex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego kwotę 19 124 zł (dziewiętnaście tysięcy sto dwadzieścia cztery złote) stanowiącą zwrot kosztów poniesionych tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze 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.

Przewodnicząca:.....

UZASADNIENIE

Mazowiecki Szpital Bródnowski sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Dostawa urządzeń drukujących wraz z materiałami eksploatacyjnymi dla Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego Sp. z o.o., w ramach projektu współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2023 r. pod numerem 2023/S 103-325303.

W dniu 30 sierpnia 2023 r. wykonawca Rand Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez:

- a) odrzucenie oferty Odwołujący pomimo tego, że jej treść odpowiada warunkom zamówienia,
- b) zaniechanie odrzucenia oferty Printex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”), pomimo tego, że jej treść nie odpowiada warunkom zamówienia,

2.art. 16 ust. 1 i 2 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z:

- d) zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że wystąpiły przestanki obligujące Zamawiającego do odrzucenia oferty i jednocześnie odrzuceniem oferty innego wykonawcy, w przypadku wystąpienia podobnego błędu,
- e) niezgodnym z Pzp odrzuceniem oferty Odwołującego w sytuacji, gdy oferta innego wykonawcy, w takiej samej sytuacji została uznana za spełniającą warunki zamówienia.

Alternatywnie, z ostrożności procesowej, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

3.art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp skutkujące brakiem odrzucenia oferty Przystępującego pomimo tego, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w oparciu o tak postawione zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,
2. Dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

3.Odrzucenie oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia, w pozycji Urządzenie wielofunkcyjne kolorowe formatu A4 - 5 sztuk w zamówieniu podstawowym oraz do 2 sztuk w ramach prawa opcji (str. 6 OPZ) wymagał:

W zestawie	Kabel zasilający, Kabel sieciowy LAN S/FTP kat.6 2x RJ45 0 długości 3 m, Materiały eksploatacyjne (toner lub toner i bęben) na minimum 15 000 wydruków
	Dołączona dokumentacja w języku polskim, w formie elektronicznej lub papierowej

Identyczny zapis pojawił się w formularzu oferty, w pozycji 3a: „*Materiały eksploatacyjne w zestawie do poz. 3 (toner lub toner i bęben) na minimum 15 000 wydruków.*”. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający dla tej pozycji (w przeciwieństwie do kolejnych urządzeń — pozycje 4a i 5a) nie określił żadnych minimalnych wymagań dotyczących podziału na wydruki kolorowe oraz wydruki czarne. Wymagania takie nie pojawiły się także w żadnej innej części dokumentacji przetargowej, jak również w odpowiedzi na pytania zadawane przez Wykonawców. Mając powyższe na uwadze Odwołujący zaoferował w tej pozycji oryginalne tonery Canon, model T12, opisując to: Canon, T12 (w zestawie komplet 4 tonerów T12 + dodatkowe dwa tonery T12 black).

Zamawiający pismem z dnia 2 sierpnia 2023 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnień, czy zaoferowana przez niego „cena jednostkowa brutto” wypełniona w kolumnie g) dla pozycji 3a dotyczy zestawu materiałów eksploatacyjnych na minimum 15 000 wydruków w kolorze i czerni. W opinii Odwołującego, w piśmie tym Zamawiający wprost przyznał, że Zamawiający dla tej pozycji wymagał wyceny zestawu na minimum 15 000 wydruków (bez określania podziału na wydruki czarne i kolorowe) i jednocześnie w dalszej części w/w pisma wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień czy zaoferowana przez Wykonawcę „cena jednostkowa brutto” wypełniona w kolumnie g) dla pozycji 3a dotyczy zestawu materiałów eksploatacyjnych na minimum 15 000 wydruków w kolorze i czerni.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący potwierdził, że złożona przez niego oferta jest w pełni zgodna z wszystkimi wymaganiami postępowania przetargowego określonymi przez Zamawiającego, jak również, że w pozycji 3a zaoferował tonery wystarczające na wydrukowanie 22 200 wydruków. Jednocześnie informując, że oczekiwanie Zamawiającego dotyczące potwierdzenia, że zaoferowane materiały eksploatacyjne wystarczą „na minimum 15 000 wydruków w kolorze i czerni”, nie znajduje podstaw w warunkach niniejszego postępowania.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 21 sierpnia 2023 r. (informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty) poinformował, że dokonał odrzucenia oferty Odwołującego. Jako podstawę odrzucenia Zamawiający wskazał art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i wyjaśnił, że wymagał aby w zestawie dostarczone były materiały eksploatacyjne (toner lub toner i bęben) na minimum 15 000 wydruków. W związku z powyższym Zamawiający stwierdza, że zestaw materiałów eksploatacyjnych wyceniony w poz. 3a Formularza oferty nie spełnia wymagania, ponieważ tonery kolorowe wystarczą tylko na 5 300 wydruków a tylko tonery czarne zostały zaoferowane na ponad 15 000 wydruków.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający bezprawnie odrzucił ofertę Odwołującego. W warunkach postępowania nie został bowiem określony wymóg dostarczenia (dla pozycji 3a) tonerów na minimum 15 000 wydruków kolorowych. Z kolei niespełnienie przez Odwołującego nieistniejącego wymogu nie może być podstawą do odrzucenia oferty.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 i 2 Pzp Odwołujący wskazał, że wezwanie jakie w dniu 2 sierpnia 2023 r Zamawiający przesłał do Marcova Biznes Sp. z o.o. W punkcie nr 5 wezwania: „Zamawiający wzywa do udzielenia wyjaśnień czy zaoferowana przez Wykonawcę „cena jednostkowa brutto” wypełniona w kolumnie g) dla pozycji 3a dotyczy zestawu na minimum 15 000 wydruków.”. W wezwaniu kierowanym do Marcova Biznes Sp. z o.o. brakuje dopisku „w kolorze i czerni” który znalazł się w wezwaniu kierowanym do Odwołującego. W odpowiedzi na to wezwanie Marcova Biznes Sp. z o.o. stwierdziła, że: Cena jednostkowa brutto” wypełniona w kolumnie g) dla pozycji 3a dotyczy zestawu materiałów eksploatacyjnych na minimum 15 000 wydruków.”. Odpowiedź ta została uznana przez Zamawiającego jako wystarczająca i nie doszło do odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. Powyższe w opinii Odwołującego potwierdza, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, kierując do Odwołującego inne wymagania niż do Marcova Biznes Sp. z o.o., które to z kolei następnie posłużyły jako bezpośredni powód do bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzut naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał, w formularzu oferty, podania producenta i modelu oferowanych przez dostawców urządzeń oraz tonerów. Printex w złożonej ofercie nie podał producenta zaoferowanych urządzeń w pozycji nr 3 (Urządzenia wielofunkcyjne kolorowych A4) oraz w pozycji nr 4 (Urządzenia wielofunkcyjne kolorowe A3). Z kolei w przypadku zaoferowanych tonerów, Printex nie podał ich producenta (producentów) w żadnej z wymaganych pozycji.

Odwołujący wyjaśnił, że producenci tonerów (oraz dwóch z zaoferowanych urządzeń) nie zostali też podani w żadnych innych dokumentach, złożonych razem z ofertą Przystępującego. Podkreślił, że w przypadku urządzeń drukujących ich producenta można ewentualnie zidentyfikować, po podanym przez Przystępującego modelu. W przypadku tonerów takiej możliwości już jednak nie ma. Zamawiający w ramach niniejszego postępowania dopuścił zaoferowanie tonerów zamiennych (strona 1 OPZ). Fakt ten został dodatkowo potwierdzony w odpowiedzi na pytania udzielonej przez Zamawiającego (odpowiedź z dnia 21 czerwca 2023r.), w której stwierdził, iż Zamawiający dopuszcza zaoferowanie tonerów równoważnych i nie wymaga złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie norm jakościowych. Jednocześnie producentów tonerów zamiennych do zaoferowanych urządzeń Brother jest co najmniej kilkudziesięciu (oferujących swoje tonery w Polsce). Producenci Ci stosują identyczne (lub co najmniej bardzo zbliżone) oznaczenia, jakie są zamieszczane na tonerach produkowanych przez firmę Brother.

Dowody:

Wydruki ze strony www.ceneo.pl:

Załącznik nr 5 - TN910 M Ceneo.pl strona 1

Załącznik nr 6 - TN910 M Ceneo.pl strona 5

- na okoliczność dostępności na rynku co najmniej kilkudziesięciu modeli tonerów Brother, na przykładzie jednego z zaoferowanych przez Printex Sp. z o.o. modeli tonera (TN910 M), identyczności (lub ewentualnie nieznacznych różnic) w oznaczeniach stosowanych przez poszczególnych producentów tonerów,

Odwołujący zwrócił również uwagę, że poszczególni producenci oferują też różne pojemności dla tych samych modeli tonerów.

Dowody:

Wydruki ze strony www.centrumdruku.pl

Załącznik nr 7 - Printe toner zamiennik TN3520 (black)

Załącznik nr 8 - Lambda toner zamiennik TN-3520 (black)

Wydruk ze strony www.print24.com.pl

Załącznik nr 9 - Toner TN-3520 P-TN3520 _ print24.com.pl

- na okoliczność występowania tonerów o tym samych oznaczeniach, o różnej pojemności, identyczności (lub ewentualnie nieznacznych różnic) w oznaczeniach stosowanych przez poszczególnych producentów tonerów.

Odwołujący wyjaśnił także, że w przypadku wszystkich tonerów zaoferowanych przez Przystępującego podane modele w każdym przypadku były tylko zbliżone nazwą do modeli oferowanych przez firmę Brother. Przykładowo w pozycji nr 1a zaoferowany został toner TN3520P, gdy firma Brother dla urządzeń zaoferowanych w pozycji nr 1 (drukarek HLL6450DW) oferuje toner o oznaczeniu TN-3520.

Dowód:

Wydruk ze strony www.Brother.

Załącznik nr 10 - Materiały eksploatacyjne_ HL-L6450DW Polska _ Brother

Zdaniem Odwołującego brak podania producentów poszczególnych tonerów uniemożliwiało Zamawiającemu jednoznaczne zdefiniowanie, co zawiera oferta Przystępującego. W istocie bowiem wykonawca ten zaoferował tonery nieznanymi producentów, o niesprecyzowanej wydajności, do tego jeszcze bez określenia ich ilości. Brak podania nazw producentów tonerów dawałby też jednocześnie Wykonawcy możliwość ich wyboru dopiero na etapie dostawy do Zamawiającego, w zależności od bieżących cen oraz dostępności, co jest niezgodne z warunkami niniejszego postępowania oraz przepisami Pzp.

Uzasadniając zarzut ewentualny Odwołujący wskazał, że oferta złożona przez Przystępującego zawiera cenę brutto (zamówienia podstawowego z maksymalnym wykorzystaniem opcji) w kwocie 1 860 733,96 PLN. Jest to kwota niższa aż o 38% niż kwota brutto przeznaczona na realizację przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. Jest to też kwota dużo niższa niż kwoty zaoferowane przez pozostałych wykonawców. W związku z powyższym na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp, pismem z dnia 24 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do udzielania wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych przy realizacji przedmiotowego zamówienia, w szczególności w zakresie:

- 1) kalkulacji zadeklarowanego w ofercie sprzętu (urządzenia i materiały eksploatacyjne);
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw;
- 3) oryginalności dostaw oferowanych przez wykonawcę.

Jednocześnie pouczył też Printex, że zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. W odpowiedzi na w/w wezwanie Przystępujący przesłał pismo wraz z dwoma załącznikami. Pismem tym Wykonawca w żaden sposób nie udowodnił, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożył wyłącznie wymijające oświadczenia, często wręcz bez żadnego związku z niniejszym postępowaniem. W pierwszym punkcie wyjaśnień Printex stwierdził, że zakładany

zysk pod odjęciem wszystkich kosztów to około 8%. Brak jest jednak jakiegokolwiek kalkulacji, jak również chociażby wyszczególnienia wskazanych „wszystkich kosztów”, więc tego typu wyjaśnienie w żadnym wypadku nie może służyć za podstawę do uznania, że Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z kolei w dalszej części tego punktu Printex wskazała, że na potwierdzenie powyższego przesyłamy pismo z Brother Polska potwierdzające udzielenie Printex cen specjalnych. Pismo dołączone do wyjaśnień przygotowane zostało na papierze firmowym Brother CEE GmbH, Oddział w Polsce, opatrzone firmową pieczęcią oraz podpisane nieczytelnie, przez nieokreśloną osobę (brak pieczęci firmowej lub wskazania stanowiska). Pomijając nawet brak dowodu, że osoba podpisana na tym piśmie była uprawniona do składania oświadczeń w imieniu Brother CEE GmbH, Oddział w Polsce, niniejsze pismo potwierdza wyłącznie okoliczność uzyskania cen specjalnych (a właściwie projektowych) przez Printex (jako dowód na taką okoliczność została wskazana przez Printex Sp. z o.o.).

Kolejno Odwołujący wskazał, że w drugim punkcie wyjaśnień Wykonawca stwierdził, że posiada własne zaplecze techniczne, logistyczne, bez żadnego wyjaśnienia co rozumie pod tym pojęciem oraz jaki związek ta informacja ma z udowodnieniem, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W dalszej części tego punktu Printex stwierdził, że posiada bardzo korzystne umowy z firmą kurierską, a jednorazowy koszt przesyłki to maksymalnie 11,80 zł netto. Do pisma dołączona została również oferta firmy DPD (pozbawiona daty). W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że Wykonawca w żaden sposób nie udowodnił, że jego umowy z firmą kurierską są bardzo korzystne (dają mu jakąkolwiek przewagę rynkową). Po drugie nawet gdyby przyjąć, że umowy te faktycznie są korzystne, to i tak pozostawałoby to bez związku z niniejszym postępowaniem, w którym mamy do czynienia z jednorazową dostawą. Kolejnym przykładem wymijającego oświadczenia, jest informacja zawarta w punkcie czwartym o korzystaniu z programów pomocowych organizowanych przez Powiatowy Urząd Pracy oraz programów pomocowych oferowanych przez instytucje rządowe.

Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na korzystanie z w/w programów pomocowych. Nie przedstawił też żadnych wyliczeń jak te ewentualne programy miałyby mieć wpływ na zaoferowaną cenę.

Ponadto, zdaniem Odwołującego dodatkowo, szczególną uwagę Zamawiającego powinien zwrócić brak jakiegokolwiek informacji na temat zaoferowanych przez niego tonerów, tym bardziej że wymóg taki znalazł się w pierwszym punkcie wezwania. W połączeniu z brakiem podania informacji o producentach zaoferowanych tonerów (szczegółowo opisanej w uzasadnieniu wcześniejszych zarzutów), już sam ten fakt zobowiązywał Zamawiającego do uznania, że Wykonawca nie spełnił wymogu udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Również Odwołujący zauważył, że w ramach złożonej oferty Przystępujący zaoferował najdłuższą możliwą gwarancję na zaoferowany sprzęt i tonery, czyli 60 miesięczną. W odpowiedzi brak jednak jakiegokolwiek informacji o kosztach tej gwarancji. Brakuje również jakichkolwiek dowodów, że Wykonawca faktycznie będzie w stanie się z niej wywiązać. W połączeniu z brakiem informacji o producentach zaoferowanych tonerów, kolejny raz stwarza to dodatkowe ryzyko dla Zamawiającego.

Odwołujący wskazał również, że przy ocenie odpowiedzi Wykonawcy, należało również mieć na uwadze, że Zamawiający w ramach niniejszego postępowania (strony 7 i 8 OPZ), zastrzegł konieczność wykonania szeregu pracochłonnych i w związku z tym też kosztownych prac jak np. dostawę, rozładunek, wniesienie, sprawdzenie, instalację i uruchomienie Sprzętu, odbioru i utylizacji opakowań po dostarczonym Sprzęcie, a także przetransportowania dotychczas używanych urządzeń drukujących (ok. 600 szt.) do miejsc wskazanych przez Zamawiającego w podanych niżej lokalizacjach:

- 1)ul. Kondratowicza 8;
- 2)ul. Górczewska 89;
- 3)ul. Poznańska 22;
- 4)ul. Śliska 5;
- 5)ul. Pawińskiego 2;
- 6)ul. Moliere 5; 7) ul. Grochowska 278
- 8)ul. Suwalska 11;
- 9)ul. Remiszewska 14;
- 10)ul. Rembielińska 8.

W ramach zamówienia Wykonawca dostarczy 820 sztuk naklejek na Sprzęt dostarczany w ramach zamówienia o wymiarach 4 na 8 cm wg poniższego projektu: (...)

Dodatkowo Zamawiający do każdego z urządzeń (w sumie 819 sztuk.) wymagał dostarczenia nietypowego i drogiego kabla sieciowego, w standardzie S/FTP (OPZ, w specyfikacji każdego z urządzeń)Kabel sieciowy LAN S/FTP kat.6 2x RJ45 o długości 3 m. Kable S/FTP przeznaczone są do wykonywania instalacji sieciach teleinformatycznych szczególnie zagrożonych oddziaływaniem zakłóceń elektromagnetycznych i są kilkukrotnie droższe niż standardowe. Przystępujący, jak wskazał Odwołujący, w swojej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego całkowicie pominął wszystkie w/w koszty.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że jego

oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, czego z kolei wymagał od Wykonawcy art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp. W takim przypadku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 Pzp Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia tej oferty, gdyż nie ulega wątpliwości, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie w części i:

1) Dokona unieważnienia: czynności wyboru oferty Wykonawcy Printex sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia Wykonawcy Rand Sp. z o.o.

2) Dokona ponownego badania i oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutu braku równego traktowania wykonawców, Zamawiający informuje, że Odwołujący wycenił w ofercie w poz. 3a konkretne ilości tonerów czarnych i w kolorze. Wycena w ofercie Wykonawcy Marcova Biznes Sp. z o.o. została dokonana w zestawach dlatego też wezwanie do wyjaśnienia treści oferty do tego Wykonawcy zostało sformułowane w

inny sposób niż do Odwołującego. W związku z powstałymi wątpliwościami w zakresie interpretacji zapisów dotyczących materiałów eksploatacyjnych w zestawie do poz. 3 Opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający uwzględni wyjaśnienia Odwołującego złożone w tym zakresie w dniu 7 sierpnia 2023r.

3) Odrzuci ofertę wykonawcy Printex na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że na etapie badania oferty zidentyfikował materiały eksploatacyjne zaoferowane przez Wykonawcę Printex, na podstawie podanych w ofercie modeli, jako posiadające pojemność identyczną z materiałami oryginalnymi oferowanymi przez producenta Brother. Zamawiający nie miał wiedzy, że modele materiałów eksploatacyjnych zaoferowane przez Wykonawcę Printex występują na rynku w różnych pojemnościach. Odnosząc się do zarzutu braku równego traktowania wykonawców w tym zakresie Zamawiający informuje, że Wykonawca Merkator Sp. z o.o., w poz. 4a Formularza oferty, nie wskazał modeli materiałów eksploatacyjnych a jedynie ich producenta, przez co ich identyfikacja była zupełnie niemożliwa.

Przystępujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 13 września 2023 r. oświadczył, że zgłasza sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Printex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Odnosząc się do zarzutu nr 1 wskazać należy, że Zamawiający w informacji z dnia 21 sierpnia 2023r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty wskazując: „W Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) dla sprzętu — „Urządzenie wielofunkcyjne kolorowe formatu A4 — 5 sztuk w zamówieniu podstawowym oraz do 2 sztuk w ramach prawa opcji” (poz. 3 w Formularzu oferty), Zamawiający wymagał aby w zestawie dostarczone były Materiały eksploatacyjne (toner lub toner i bęben) na minimum 15 000 wydruków. Materiały te miały zostać wycenione w poz. nr 3a w Formularzu oferty. W toku badania oferty Zamawiający stwierdził, że Wykonawca w formularzu oferty w poz. 3a wypełnił wiersze symbolami oferowanego materiału eksploatacyjnego: Canon T 12 (w zestawie komplet 4 tonerów T 12 + dodatkowe dwa tonery T 12 black). Zgodnie z powszechnie dostępną dokumentacją techniczną toner Canon T 12 ma pojemność do 7400 stron — czarny i do 5300 kolorowe. Zamawiający dla tej pozycji wymagał wyceny zestawu na minimum 15 000 wydruków. W związku z powyższym działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień czy zaoferowana przez Wykonawcę „cena jednostkowa brutto” wypełniona w kolumnie g) dla pozycji 3a dotyczy zestawu materiałów eksploatacyjnych na minimum 15 000 wydruków w kolorze i czerni. Wykonawca w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wyjaśnił, że zaoferował w tej pozycji tonery T 12 produkowane przez firmę Canon, w ilości wystarczającej na wydrukowanie 22 200 wydruków „w zestawie komplet 4 tonerów T 12 + dodatkowe dwa tonery T 12 black”, czyli w sumie (oprócz tonerów kolorowych) 3 tonery czarne T 12, każdy na 7 400 wydruków (3 X 7 400 22 200). W związku z powyższym „cena jednostkowa brutto” wypełniona w kolumnie g) dla pozycji 3a dotyczy zestawu materiałów eksploatacyjnych na 22 200 wydruków (w tym 5 300 wydruków kolorowych). W związku z powyższym Zamawiający stwierdza, że zestaw materiałów eksploatacyjnych wyceniony w poz. 3a Formularza oferty nie spełnia wymagania, ponieważ tonery kolorowe wystarczą tylko na 5 300 wydruków a tylko tonery czarne zostały zaoferowane na ponad 15 000 wydruków.”.

Izba ustaliła, że w poz. 3a załącznika nr 1 do SWZ Zamawiający postawił wymów aby materiały eksploatacyjne w zestawie do poz. 3 (toner lub toner i bęben) umożliwiły wydruk na minimum 15 000 stron. Zamawiający w pozycji tej nie określił żadnych wymagań co do ilości wydruków w kolorze i czerni jak uczynił to np. w pozycjach 4a i 5a, gdzie w sposób wyraźny wskazał że „Materiały eksploatacyjne w zestawie do poz.4 (tusze) na minimum 6 000 wydruków (tusze czarne na 6000 stron oraz tusze kolorowe na 3000 stron każdego koloru)”. Dlatego też w ocenie Izby nieprawidłowe było odrzucenie oferty Odwołującego z powodu zaoferowania materiałów eksploatacyjnych w poz. 3a Formularza oferty, które nie umożliwią wydruku 15 000 stron w kolorze. Powyższy wymóg nie wynikał z przytoczonych przez Zamawiającego postanowień SWZ. Z przytoczonych postanowień wynikał bowiem tylko i wyłącznie obowiązek wyceny materiałów eksploatacyjnych w zestawie do poz. 3 (toner lub toner i bęben), które umożliwią wydruk na minimum 15 000 stron. W rozpoznawanej sprawie natomiast nie było sporne, że zaoferowane przez Odwołującego w pozycji 3a tonery wystarczają na wydruk 22 200 wydruków, a więc w ilości większej niż wymagana przez Zamawiającego.

W konsekwencji Izba uznała, że oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia, a więc Zamawiający niezasadnie dokonał jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Izba uwzględniła również zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Podkreślić należy, że w załączniku nr 1 do SWZ Zamawiający oczekiwał od wykonawców podania w tabeli w kolumnie nr 3 nazwy producenta i modelu oferowanego produktu. Nie budzi natomiast wątpliwości, że Przystępujący w żadnym miejscu dotyczącym oferowanego tonera nie podał nazwy producenta, wskazując jedynie model. Nazwa producenta nie została wskazana także, pomimo wyraźnego wymogu, w zakresie urządzeń w pozycji nr 3 (Urządzenia wielofunkcyjne kolorowych A4) oraz w pozycji nr 4 (Urządzenia wielofunkcyjne kolorowe A3). Jednakże w odniesieniu do tych urządzeń możliwe było jednoznaczne ustalenie producenta, a więc zaoferowanego urządzenia na podstawie wskazanego w formularzu modelu. Taka sytuacja nie zaistniała natomiast w odniesieniu do oferowanych tonerów. Jak bowiem ustaliła Izba, Zamawiający w postępowaniu dopuścił poza możliwością zaoferowania oryginalnych materiałów eksploatacyjnych także zamienników do nich. Jak natomiast wynika z dowodów złożonych przez Odwołującego istnieje wiele zamienników do tonerów jak np. do zaoferowanego przez Przystępującego modelu TN910M, a oznaczenia ich zawierają wskazanie modelu jaki został podany w formularzu oferty przez Przystępującego jak np. „Quantec Toner Brother TN 910 M zamiennik”, gdzie wprost wskazano model TN910M. Izba uznała więc, że brak wyraźnego oznaczenia producenta oferowanego urządzenia, lub informacji, że wykonawca oferuje oryginały, uniemożliwiało jednoznaczne ustalenie co stanowi przedmiot dostawy, a także, czy zaoferowane tonery posiadać będą pojemność umożliwiającą wydruk określonej ilości stron. Jak bowiem wynika z dowodów złożonych przez Odwołującego zamienniki mają różną pojemność, a więc umożliwiają różną ilość wydrukowania stron. Podkreślić natomiast należy, że przedmiot oferty powinien być sprecyzowany i nie budzić wątpliwości. Obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest skonkretyzowanie przedmiotu oferty, tak aby Zamawiający miał pewność co jest przedmiotem świadczenia. Uchybienie temu obowiązkowi powoduje, że taka oferta jest niezgodna z SWZ. Nie jest w tym zakresie wystarczające oparcie się wyłącznie na ogólnym oświadczeniu wykonawcy, że oferta jest zgodna z SWZ, zbędny byłby wówczas etap badania zgodności oferty z SWZ, czy analiza prawidłowości wyceny przedmiotu zamówienia. Ponadto wskazać należy, że to z oferty wynikać w sposób jednoznaczny co dany wykonawca oferuje Zamawiającemu, tzn. jako produkt stanowi przedmiot oferty. Sprecyzowanie przedmiotu oferty dopiero na etapie wyjaśnień jej treści poprzez wskazanie producenta jest niedopuszczalne, ponieważ stanowi uzupełnienie oferty o treść, która się w niej pierwotnie nie znalazła. Natomiast jak stanowi art. 223 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Oznacza to, że wyjaśnieniu podlega istniejąca treść oferty, a wyjaśnienia nie mogą stanowić negocjacji. Innymi słowy, jeśli dana treść w ofercie nie istnieje, nie ma czego wyjaśniać. W ofercie Przystępującego brak było wskazania producenta oferowanych tonerów, a tym samym przy dopuszczeniu zamienników brak było możliwości jednoznacznego ustalenia przedmiotu oferty. Powyższe powoduje, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia i winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W związku z faktem, że zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym w odwołaniu oraz na rozprawie, miał charakter ewentualny, tj. został podniesione na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Izba - wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu głównego - odstąpiła od merytorycznego rozpoznania zarzutu ewentualnego.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: