

**WYROK**  
z dnia 13 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**  
**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2011 r. przez wykonawcę

**Docufield Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Polska 114, 60-401 Poznań**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **ARCUS S.A. ul. Miła 2, 00-180 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Docufield Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Polska 114, 60-401 Poznań i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Docufield Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Polska 114, 60-401 Poznań tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Docufield Sp. z o.o. Sp. komandytowa ul. Polska 114, 60-401 Poznań na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup i dostawę 72 sztuk (dwóch typów) kopertownic w ilościach: kopertownic typu I – 3 sztuki (takie same), kopertownic typu II – 69 sztuk (takich samych), materiałów eksploatacyjnych niezbędnych do wykonania przez każdą kopertownicę 500.000 zakopertowań” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 października 2011 r. w Dz. U. UE, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2 grudnia 2011 r. Odwołujący – Docufield Sp. z o.o. Sp. k. wniosła odwołanie zarzucając Zamawiającemu, iż swoim postępowaniem polegającym na wyborze oferty Arcus S.A. niespełniającej wymagań opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych uchybił następującym przepisom tej ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 3 poprzez nieodrzczenie oferty niezgodnej z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 9 ust. 2 poprzez nieodrzczenie oferty niezgodnej z tymi przepisami,
3. art. 7 ust. 1, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i ustawą Prawo zamówień publicznych oraz niedokonanie wyboru jako najkorzystniejszej prawidłowej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, a w konsekwencji: unieważnienie czynności Zamawiającego polegającego na wyborze ofert, nakazanie powtórzenia czynności oceny i badania ofert, w szczególności przeprowadzenia testów potwierdzających spełnienie wymagań technicznych w zakresie przedmiotu zamówienia, odrzucenie oferty Arcus S.A. uznanej za najkorzystniejszą oraz oferty Teneo Polska Sp. z o.o. jako niezgodnych z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ustawą Prawo zamówień publicznych i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez

Odwołującego, a także obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący stwierdził, że w rozdziale II punkt 3.1.2. i 3.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający podał minimalne parametry szybkości cyklicznej zakopertowań, które dla kopertownic typu I wynoszą minimalnie 4.000 kopert/godz. dla koperty C5 i kartki A4 składanej na pół, zaś dla kopertownic typu II minimalnie 3.000 kopert/godz. dla koperty C5 i kartki A4 składanej na pół.

W punkcie 7. rozdziału II specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zastrzegł sobie prawo do wielokrotnego sprawdzenia spełnienia przez oferowane kopertownice wymagań technicznych określonych w specyfikacji poprzez przeprowadzenie testu. Test ten powinien obejmować również wykonanie w ruchu ciągłym zakopertowania kartkami A4 po 50 szt. kopert każdego formatu obsługiwanego przez kopertownice. Zamawiający wyjaśnił pismem z dnia 8 listopada 2011 r. (pytanie nr 6), iż testy będą prowadzone w przypadku wątpliwości Zamawiającego, czy zaoferowane kopertownice spełniają wszystkie wymagania.

Z dokumentacji technicznej urządzeń Pitney Bowes dostępnej m.in. na stronie internetowej producenta, zaproponowanych przez Arcus S.A. wynika, że wydajność tych urządzeń określana jako ilość kopert na godzinę jest dokładnie na granicy wymagań techniczno – eksploatacyjnych zawartych w specyfikacji. Są to maksymalne teoretyczne wydajności urządzeń Pitney Bowes DI621 i DI380 – odpowiednio 4.000 i 3.000 kopert/godz., podczas gdy Zamawiający wskazał minimalne, rzeczywiste wydajności określonych prac (4.000 i 3.000 kopert/godz.).

Podawane przez wszystkich producentów maksymalne wydajności biurowych urządzeń kopertujących dotyczą prac kopertownic polegających na pakowaniu jednego krótkiego dokumentu (z reguły ulotki formatu 1/3 A4 – 100 x 210 mm do krótkiej (niskiej) koperty C6/5 (114 x 229 mm), gdzie pakowany dokument nie wymaga złożenia i jego czas przejścia przez urządzenie jest najkrótszy. Wraz ze zwiększeniem formatu pakowanego dokumentu do formatu A4 oraz zwiększeniem formatu koperty wydajność rzeczywista urządzeń spada od kilku do kilkunastu procent w stosunku do podawanych, maksymalnych wydajności. Wynika to z faktu, że większa koperta jest pobierana dłużej i w związku z tym czas potrzebny na wykonanie jednego cyklu zapakowania dokumentu, wydłuża się powodując zmniejszenie wydajności urządzenia.

Poddana wyżej wątpliwość, w opinii Odwołującego, uzasadniała przeprowadzenie testów, których Zamawiający nie wykonał i nie potwierdził faktu, iż oferta Arcus S.A. nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu, w związku z czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Również oferta Teneo Polska Sp. z o.o. zawiera sprzęt opisany w ofercie o tych samych parametrach jak oferta Arcus S.A., w związku z czym ta oferta również nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Oferta Arcus S.A. jest również niezgodna z art. 9 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który został powtórzony w rozdziale IV, punkt II „Wymogi formalne oferty”, który stanowi, iż oferta powinna zostać sporządzona w języku polskim.

Oferta Arcus S.A. w swej treści zawiera wyrażenia w języku obcym bez ich tłumaczenia na język polski – są to wskazane w formularzu cenowym i na karcie 21 oferty Arcus S.A. materiały eksploatacyjne: ROLLER SEPARATOR, PAD SEPARATOR ASSY, 02EE MOISTENER KIT. W związku z tym oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego wyrażenia te nie są nazwami własnymi, wyrażeniami zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej i technicznej, znakami towarowymi, nazwami handlowych oraz oznaczeniami pochodzenia towarów i usług, przy których dopuszcza się wyjątki od zasady prymatu języka polskiego. Potwierdza to choćby oferta Teneo Polska Sp. z o.o., który zaproponował powyższe materiały tłumacząc ich nazwy na język polski.

Wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnej z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi niewątpliwie nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu i narusza uczciwą konkurencję.

Zamawiający nie określił warunków sprzyjających równemu traktowaniu wykonawców i budzących wątpliwość co do ich zgodności z ustawą Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 7. W związku z przewidzianą możliwością wykonanych testów Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem „Czym uwarunkowane jest skorzystanie z prawa Zamawiającego do przeprowadzenia testów?” oraz następującym wnioskiem: „Mając na uwadze jawność postępowań zamówień publicznych prosimy o potwierdzenie, że podczas wykonywania testów kopertownic jednego wykonawcy, będzie możliwość uczestniczenia w nich przedstawicieli pozostałych oferentów. W związku z tym sugerujemy, by testy zostały przeprowadzone w jednym czasie i miejscu w obecności przedstawicieli wykonawców. Pozwoli to na uniknięcie ew. protestów, skrócenie czasu podpisania umowy oraz szybszą, z korzyścią dla Zamawiającego realizację zamówienia.”

Otrzymana odpowiedź podtrzymała warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przeprowadzenia testów, jednak bez uwzględnienia sugerowanego przez Odwołującego zastrzeżenia wspólnego udziału wszystkich wykonawców, których oferty spełniają wymagania formalne. Treść odpowiedzi wskazuje, że testy będą tajne, co budzi niezrozumienie w związku z jawnością postępowań publicznych prowadzonych w oparciu

o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zachowaniem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości oraz wskazując, że Arcus S.A. oraz Teneo Polska Sp. z o.o. w swoich ofertach oświadczyli, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego. Obaj wykonawcy zaoferowali te same kopertownice, czyli: Pitney Bowes model DI621 i Pitney Bowes model DI380. Z wydruków internetowych firmy Pitney Bowes jednoznacznie wynika, że: kopertownice DI621 spełniają wymóg minimalnej szybkości cyklicznej zakopertowań min. 4.000 kopert/godz. dla koperty C5, kartka A4 składana na pół, a kopertownice DI380 spełniają wymóg minimalnej szybkości cyklicznej zakopertowań min. 3.000 kopert/godz. dla koperty C5, kartka A4 składana na pół.

18 listopada 2011 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo od Odwołującego, w którym to potwierdził, że z dokumentacji technicznej urządzeń Pitney Bowes wynika, że urządzenia te osiągają wydajność dla kopertownic DI621 oraz DI380 odpowiednio 4.000 i 3.000 kopert/godzinę i tym samym spełniają minimalne wymagania. Z wydruków internetowych zaoferowanych przez Odwołującego kopertownic firmy NEOPOST typ DS86 oraz DS75 wynika, że urządzenia te osiągają wydajność dla kopertownic DS86 oraz DS75 odpowiednio 4.300 i 3.500 kopert/godzinę, tym samym również spełniają minimalne wymagania. Zamawiający poinformował wykonawców, że testy przeprowadzone będą w przypadku wątpliwości Zamawiającego, czy zaoferowane kopertownice spełniają wszystkie wymagania określone w rozdziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania”. Biorąc powyższe pod uwagę, oraz to, że Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do spełniania przez zaoferowane kopertownice firm Pitney Bowes oraz NEOPOST wszystkich wymagań technicznych zawartych w specyfikacji, Zamawiający nie widział potrzeby przeprowadzania testów zaoferowanego sprzętu.

Arcus S.A. w swojej ofercie zawarł wymaganą w specyfikacji listę materiałów eksploatacyjnych m. in. dla kopertownicy DI621: ROLLER SEPARATOR F380659, PAD SEPARATOR ASSY F386371, 02EED UP MOISTENER KIT F390321. Dla Zamawiającego podane nazwy w języku angielskim (nie przetłumaczone na język polski) są nazwami własnymi, czyli nieprzetłumaczalnymi. Odnoszą się one do materiałów eksploatacyjnych, na co jednoznacznie wskazują podane numery katalogowe.

Przystąpienie, po stronie Zamawiającego, zgłosił Arcus S.A. wnosząc o oddalenie odwołania i stwierdzając, że zarzut Odwołującego dotyczący braku wymaganej wydajności kopertownic wynika z błędnego założenia, że wydajność ta jest u wszystkich producentów podawana w odniesieniu do ulotek, natomiast Pitney Bowes odnosi się do arkuszy A4, które są realnie

w warunkach biurowych używane. Przystępujący przedłożył oświadczenia złożone w imieniu Pitney Bowes Limited, z których wynika, że oba typy kopertownic spełniają wymagania Zamawiającego, w tym szybkość zakopertowań. Podniósł też, iż zgodnie z orzecznictwem, informacje zawarte na stronach internetowych producentów nie są wiążące, są jedynie informacjami handlowymi. Oferta Przystępującego została sporządzona w języku polskim, a nazwy materiałów eksploatacyjnych są nazwami własnymi, których dotyczy art. 11 ustawy o języku polskim, a fakt, że można je przetłumaczyć na język polski lub inny wykonawca je przetłumaczył, nie zmienia tego faktu. Poza tym użycie angielskich nazw powodowałoby nie odrzucenie oferty, a konieczność jej wyjaśnienia.

Natomiast zarzut dotyczący obowiązku przeprowadzenia czy jawności testów, jest spóźniony. Podatkowo wskazał, że przeprowadzony przez Odwołującego test nie jest pewny, nie wiadomo, jakie urządzenie testowano (w jakim stanie technicznym) i według jakiej metodyki test prowadzono, natomiast przeprowadzenie testów w odniesieniu do 1 minuty jest niemiarodajne, gdyż przy założeniu błędu 1% i pomnożeniu go przez 60 (minut), daje dużą różnicę wyniku.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, która, wbrew dyspozycji art. 9 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wymaganiu zawartemu w rozdziale IV pkt II ppkt 1 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którymi oferta musi zostać sporządzona w języku polskim, zawiera nazwy materiałów eksploatacyjnych: ROLLER SEPARATOR, PAD SEPARATOR ASSY, 02EE MOISTENER KIT, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że sama oferta została złożona w języku polskim, natomiast użyte nazwy materiałów eksploatacyjnych można uznać za nazwy własne lub też nazwy handlowe wskazanych materiałów eksploatacyjnych – skoro pod taką nazwą są sprzedawane. Oczywiście wykonawca mógł z łatwością przetłumaczyć te

nazwy, jak uczynił to wykonawca Teneo Polska Sp. z o.o. uczynił to Przystępujący z materiałami eksploatacyjnymi dla kopertownic typu II czyniąc z tych nazw opis pewnego rodzaju materiału, choć, jak podniesiono podczas rozprawy, nie wszystkie słowa są wyrażeniami słownikowymi, jednak również użycie nazw nie jest błędne.

Poza tym zastosowanie przez Przystępującego w ofercie powyższych wyrażeń jako nazw wydaje się celowe – na co wskazuje choćby użyta czcionka, odmienną dla ww. nazw od reszty tekstu oraz przetłumaczenie pozostałych nazw materiałów eksploatacyjnych. Jeśli jednak uznać to za błąd wykonawcy wynikający z przeoczenia, tłumaczenia takiego może dokonać Zamawiający, w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z postanowieniem rozdziału IV pkt II ppkt 1 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmiana taka nie ma istotnego znaczenia dla treści oferty.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że nie spełnia ona wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących szybkości cyklicznej kopertownic Izba uznała, że zarzut nie został udowodniony.

Informacje zawarte na stronie internetowej Pitney Bowes przedstawione przez Odwołującego i Zamawiającego wskazują na osiąganie wydajności 3.000 i 4.000 zakopertowań, lecz nie wynika z nich, dla jakich konkretnie wielkości kopert i arkuszy czy złożeń zostały one podane, tym samym nie potwierdzają żadnego ze stanowisk – ani Odwołującego, ani Przystępującego. Natomiast Przystępujący podczas rozprawy przedstawił oświadczenia złożone w imieniu producenta kopertownic – Pitney Bowes Limited, które potwierdzają wprost szybkość cykliczną zakopertowań min. 4.000 kopert/godz. dla koperty C5, kartka A4 składana na pół dla kopertownicy typu DI621 oraz min. 3.000 kopert/godz. dla koperty C5, kartka A4 składana na pół dla kopertownicy typu DI380. W obecnym stanie faktycznym Izba nie ma podstaw, aby powyższe oświadczenia podważyć. Ze względu na niedostępność urządzeń, podczas rozprawy nie mogła przeprowadzić dowodu ze sprawdzenia wydajności kopertownic, natomiast nie mogła się oprzeć wyłącznie na teście kopertownicy DI380 dokonany 12 grudnia 2011 r. przez Odwołującego – rzeczywiście wykonanie próby jedynie w odniesieniu do 50 kopert (nawet jeśli było to spowodowane opisem testu zawartym w rozdziale II punkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), który trwał ok. 66 sekund, jest obarczone zbyt dużym ryzykiem błędu.

Ze względu na to, że, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przeprowadzenie testów przez Zamawiającego nie było obligatoryjne, trudno zarzucać Zamawiającemu w tym zakresie naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, podobnie jak też temu, że nie przychylił się on do propozycji Odwołującego dotyczącej sposobu przeprowadzenia tych testów (poza tym rzeczywiście jako zarzuty do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia byłyby one spóźnione zarówno ze względu na



wskazany w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych termin na wnoszenie odwołań, jak i fakt, że po otwarciu ofert zmiana postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niemożliwa).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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).

**Przewodniczący:** .....