

Sygn. akt: KIO 2859/15

**WYROK**  
**z dnia 21 stycznia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Paulina Zielenkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2015 r. przez wykonawcę: **Blue Brain spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Krakowie (31-509), ul. Lubomirskiego 51 lok. 13** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie (00-567), Al. Ujazdowskie 11**

przy udziale wykonawcy: **Suntar sp. z o.o. w Tarnowie (33-100), ul. Boya Żeleńskiego 5B** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Blue Brain spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Blue Brain spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), 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:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych” zostało wszczęte przez zamawiającego: Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 7 stycznia 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 175-317935) w dniu 10 września 2015 r.

W dniu 31 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Blue Brain spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w Krakowie, zwanego dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 2552/15, a także wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Suntar sp. z o.o. w Tarnowie, jako oferty, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- „art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty niezgodnej z treścią SWZ,
- art. 89 ust. 1 Pkt 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Suntar Sp. z o.o. mimo, iż jest niezgodna z treścią SIWZ,
- art. 186 ust. 2 zdanie drugie Pzp poprzez niewykonanie czynności w Postępowaniu zgodnie z uwzględnionym odwołaniem z dnia 23 listopada 2015 roku.”

Odwołujący podnosił, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzutu przedstawione we wniesionym przez niego odwołaniu (sprawa KIO 2552/15), wobec czego Izba postanowieniem z dnia 2 grudnia 2015 r. umorzyła postępowanie odwoławcze, a mimo to nie uczynił zadość żądaniom Odwołującego i zaniechał odrzucenia oferty złożonej

przez wykonawcę: Suntar sp. z o.o. w Tarnowie. Jednocześnie Odwołujący przyznawał, że po umorzeniu powołanego postępowania odwoławczego Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał tegoż wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnoszących się do treści złożonej przez niego oferty. Odnosząc się do treści SIWZ, Odwołujący twierdził, że Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia wymagał, w odniesieniu do drukarki laserowej monochromatycznej A4 TYP-2 oraz do laserowego monochromatycznego urządzenia wielofunkcyjnego TYP-1, aby przy zachowaniu rozdzielczości druku 1200x1200dpi gwarantowało minimalną określoną w SIWZ prędkość, a zatem odpowiednio 60 i 33 strony na minutę. Tak określony wymóg wywodził on z treści TOMU III SIWZ – Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), zestawiając tę treść z udzielonymi przez Zamawiającego odpowiedziami na pytania wykonawców, które w ocenie Odwołującego, miały tu decydujące znaczenie. Podkreślał on, że Zamawiający, udzielając przywoływanych przez niego odpowiedzi, w piśmie z dnia 22 września 2015 r. nie wskazał w sposób wyraźny, że wymogów rozdzielczości i prędkości druku nie należy odczytywać łącznie, co wynikać miało wprost z pytań zadanych przez wykonawców, do których odpowiedzi te się odnosiły. W takim przypadku, gdy Zamawiający, odpowiadając na tak sformułowane pytania, nie stwierdził wprost, że te dwa parametry nie mają być odczytywane jako koniunkcja, tak właśnie powinny być one odczytywane w tym postępowaniu. Tymczasem, jak twierdził Odwołujący, w przypadku obu urządzeń oferowanych przez wykonawcę: Suntar sp. z o.o. w Tarnowie tak zakreślone wymaniania minimalne nie są spełnione łącznie. Nadto Odwołujący twierdził, że zaoferowane przez powołanego wykonawcę urządzenie mające odpowiadać wymaganiom określonym dla laserowego monochromatycznego urządzenia wielofunkcyjnego TYP-1 nie jest standardowo wyposażone w podajnik na 500 arkuszy. Zdaniem Odwołującego wykonawca ten zaoferować miał *de facto* urządzenie MX410de (wskazane w ofercie urządzenie o symbolu MX410dte miało nie występować w katalogu producenta) wyposażone w dodatkowy podajnik, co miało nie odpowiadać treści SIWZ.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosil o:

- *„nakazanie unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wykonanej w ich rezultacie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,*
- *nakazanie odrzucenia oferty Suntar na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - co stanowić będzie również czynność wykonaną zgodnie z uwzględnionym odwołaniem z dnia 23 listopada 2015 roku,*
- *wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu - co stanowić będzie również czynność wykonaną zgodnie z uwzględnionym odwołaniem z dnia 23 listopada 2015 roku.”*

W dniu 2 stycznia 2016 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył wykonawca: Suntar sp. z o.o. w Tarnowie, zwany dalej Przystępującym.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczone za zgodność z oryginałem, tak w rozpoznawanej przez Izbę sprawie, jak i we wcześniej prowadzonym postępowaniu odwoławczym KIO 2552/15, a także te dokumenty i wydruki, które zostały złożone w toku postępowania odwoławczego przez Odwołującego oraz Przystępującego, z tym zastrzeżeniem, iż dokumenty sporządzone w języku obcym zostały uwzględnione tylko w takim zakresie, w jakim złożone zostało ich tłumaczenie na język polski. Zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014, poz. 964), wszystkie dokumenty przedstawia się Izbie w języku polskim, jeśli zaś strona powołuje się na dokumenty sporządzone w języku obcym, jest zobowiązana przedstawić ich tłumaczenie na język polski. Przepis ten nie dopuszcza wyjątków. Dlatego też, jak to już zostało wskazane, strona powołująca się na sporządzone w języku obcym dokumenty, zobowiązana jest złożyć Izbie ich tłumaczenie. Niezałączenie takiego tłumaczenia nie pozwoliło Izbie uwzględnić jako dowodów dokumentu sporządzonego w języku obcym, tj. przedstawionych przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izbą, a sporządzonych w języku angielskim: deklaracji zgodności odnoszącej się zgodnie z oświadczeniem Odwołującego do urządzenia MX410de oraz wydruku mającego przedstawiać listę urządzeń wyprodukowanych przez Lexmark, dla których wystawiono certyfikat Energy Star.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 5.1 SIWZ przedmiot zamówienia obejmował dostawę drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych wraz z oprogramowaniem. Ilość i konfiguracja zamawianego sprzętu została zawarta w OPZ – załączniku nr 1 do umowy.

W pkt 2 OPZ opisane zostały minimalne wymagania Zamawiającego odnoszące się do drukarki laserowej monochromatycznej A4 TYP-2 (drukarka TYP-2), w pkt 3 zaś wymagania odnoszące się do laserowego monochromatycznego urządzenie wielofunkcyjnego TYP-1 (urządzenie TYP-1). Wymagania te, odrębnie dla każdego sprzętu, spisane zostały w tabeli, w której to tabeli, w jej drugiej kolumnie, Zamawiający zawarł sporządzony przez siebie ich opis, zaś w kolumnie trzeciej pozostawiono miejsce do wypełnienia przez wykonawców. Trzecia kolumna opatrzona została następującym nagłówkiem: „*Parametry techniczne oferowanego produktu (tj. potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy i/lub usługi wymagań określonych przez Zamawiającego opisu minimalnych wymagań poprzez wskazanie konkretnego parametru lub konfiguracji i/albo potwierdzenie opisu minimalnych wymagań)*”.

W odniesieniu do drukarki TYP-2 Zamawiający wymagał m.in.: w pozycji 2 tabeli: „*Prędkość druku A4 w czerni 60 str./min*” – w kolumnie trzeciej zawarto sugestię: „*podać proponowane rozwiązanie*” oraz w pozycji 5 tabeli: „*Rozdzielczość druku (mono) do 1200x1200dpi*” – w kolumnie trzeciej zawarto sugestię: „*spełnia / nie spełnia*”.

W odniesieniu do urządzenia TYP-1 Zamawiający wymagał m.in.: w pozycji 2 tabeli: „*Szybkość druku (A4 w czerni) 33 str./min*” – w kolumnie trzeciej zawarto sugestię: „*podać proponowane rozwiązanie*”, w pozycji 5 tabeli: „*Rozdzielczość druku 1200x1200dpi*” – w kolumnie trzeciej zawarto sugestię: „*podać proponowane rozwiązanie*”, zaś w pozycji 9 tabeli: „*Standardowa obsługa nośników (bez dodatkowych podajników) podajnik uniwersalny na 50 arkuszy (możliwość drukowania na kopertach) podajnik na 500 arkuszy*” – w kolumnie trzeciej zawarto sugestię: „*podać proponowane rozwiązanie*”.

W piśmie z dnia 22 września 2015 r., w odpowiedzi na odnoszące się do drukarki TYP-2 pytanie nr 3 o następującej treści: „*Zamawiający wymaga ażeby urządzenie drukowało z prędkością 60 stron/min oraz rozdzielczością druku nie mniejszą niż 1200x1200. Czy zamawiający dopuści urządzenie, które w trybie druku z rozdzielczością minimalną 1200x1200 (wymaganą) będzie drukowało z prędkością o połowę niższą tj. ok 30 stron /min.? Jeżeli tak, prosimy o zmianę parametru szybkości druku do 30 stron/min. przy rozdzielczości 1200x1200*” oraz w odpowiedzi na odnoszące się do urządzenia TYP-1 pytanie nr 4 o następującej treści: „*Zamawiający wymaga ażeby urządzenie drukowało z prędkością 33 stron/min oraz rozdzielczością druku nie mniejszą niż 1200x1200. Czy zamawiający dopuści urządzenie, które w trybie druku z rozdzielczością minimalną 1200x1200 (wymaganą) będzie drukowało z prędkością o połowę niższą tj. ok 18 stron /min.? Jeżeli tak, prosimy o zmianę parametru szybkości druku do 18 stron/min.*”

*przy rozdzielczości 1200x1200.*”, Zamawiający wyjaśnił: „*Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ*”.

W piśmie z dnia 7 października 2015 r., w odpowiedzi na odnoszące się do urządzenia TYP-1 pytanie nr 10.2 o następującej treści: „*Czy Zamawiający zaakceptuje urządzenie posiadające podajnik papieru na 250 kartek, z możliwością rozbudowy podajników na papier?*”, Zamawiający wyjaśnił: „*Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ i wymaga zaoferowania urządzenia z podajnikiem na 500 arkuszy*”, nadto na odnoszące się do tego samego urządzenia pytanie nr 13 o następującej treści: „*Czy zamawiający dopuści urządzenie z dodatkowym podajnikiem na 520 arkuszy? Opcjonalnie dodatkowy podajnik nie wpływa na zmniejszenie wydajności oraz funkcjonalności urządzenia, natomiast wzrasta łączna pojemność papieru, co wpływa na oszczędność czasu, ze względu na mniejszą częstotliwość uzupełniania papieru do drukowania*” Zamawiający wyjaśnił: „*Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zawiera «Opis wymagań minimalnych», dlatego też Zamawiający dopuści urządzenie z dodatkowym podajnikiem na 520 arkuszy pod warunkiem, iż zostaną spełnione podstawowe minimalne wymagania techniczne tj. Standardowa obsługa nośników (bez dodatkowych podajników): Podajnik uniwersalny na 50 arkuszy (możliwość drukowania na kopertach), Podajnik na 500 arkuszy*”.

Przystępujący w złożonej przez siebie ofercie jako drukarkę TYP-2 zaoferował model MS811dtn, a jako na jego producenta wskazał na Lexmark. W tabeli opisującej parametry techniczne oferowanego produktu oświadczył, że drukarka ta umożliwi druk A4 w czerni z prędkością 60 str./min, a nadto spełnia wymagania odnoszące się do rozdzielczości druku. Jako urządzenie TYP-1 zaoferował model MX410dte, a jako na jego producenta wskazał na Lexmark. W tabeli opisującej parametry techniczne oferowanego produktu oświadczył, że urządzenie to umożliwi druk A4 w czerni z prędkością 38 str./min, spełnia wymagania odnoszące się do rozdzielczości druku oraz jest wyposażone w trzy podajniki: „*uniwersalny na 50 arkuszy (możliwość drukowania na kopertach), podajnik na 550 arkuszy, podajnik na 250 arkuszy*”.

Pismem z dnia 4 listopada 2015 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do szeregu zapisów złożonej przez tego Wykonawcę oferty, m.in. w odniesieniu do urządzenia TYP-1 zażądał potwierdzenia informacji, że urządzenie to posiada w obsłudze standardowej podajnik na 500 arkuszy. Przystępujący w tym zakresie potwierdził, że urządzenie MX410dte spełnia wymagania SIWZ, w szczególności posiada w obsłudze standardowej (bez dodatkowych podajników) podajnik na 550 arkuszy. W celu udokumentowania własnego twierdzenia przedstawił Zamawiającemu, zgodnie z jego oświadczeniem, pismo pochodzące od producenta – było to pismo

sporządzone w imieniu Lexmark International Polska sp. z o.o. z dnia 5 listopada 2015 r., w którym znalazło się powołanie na postępowanie prowadzone przez Zamawiającego oraz stwierdzenie, że *„Urządzenie wielofunkcyjne Lexmark MX410dte posiada w standardzie (bez dodatkowych podajników) podajnik na 550 arkuszy”*.

Zamawiający uznając te wyjaśnienia za wystarczające uznał ofertę złożoną przez Przystępującego za najkorzystniejszą. Oferta złożona przez Odwołującego została sklasyfikowana na trzeciej pozycji, za ofertą złożoną przez Infomex sp. z o.o. na pozycji drugiej.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, twierdząc, że obie oferty znajdujące się w rankingu przed jego ofertą winny zostać przez Zamawiającego odrzucone, a to z uwagi na fakt, że ich treść nie odpowiada treści SIWZ.

W obliczu uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba postanowieniem z dnia 2 grudnia 2015 r. wydanym w sprawie KIO 2552/15 umorzyła postępowanie odwoławcze.

W dniu 7 grudnia 2015 r. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wydruk mający prezentować korespondencję prowadzoną przez niego z jednym z autoryzowanych dystrybutorów urządzeń Lexmark – firmą TechData sp. z o.o., gdzie zawarte zostało oświadczenie, zgodnie z którym modelu MX410dte (z kontekstu wynikać mogło, że do tego właśnie modelu odnosi się oświadczenie pracownika działu handlowego tej firmy) *„nie ma w listopadowym cenniku producenta”*. Złożył on również Zamawiającemu sprawozdanie z badań nr SB-01-275/15 przeprowadzone przez Instytut Zaawansowanych Technologii Wytwarzania w Krakowie, a odnoszące się do badania prędkości druku wielofunkcyjnej monochromatycznej drukarki laserowej serii Lexmark MX410de.

Po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający ponownie (pismo z dnia 16 grudnia 2015 r.) zwrócił się do Przystępującego z prośbą o złożenie wyjaśnień odnoszących się do zarzucanych przez Odwołującego w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 2552/15 ofercie złożonej przez Przystępującego niezgodności z treścią SIWZ.

W piśmie z dnia 18 grudnia 2015 r. Przystępujący podtrzymał twierdzenie, że produkt o nazwie kodowej Lexmark MX410dte istnieje i został przez niego zaoferowany, co potwierdził kolejnym oświadczeniem Lexmark International Polska sp. z o.o. z dnia 17 grudnia 2015 r. Podmiot ten wyjaśnił nadto, że *„Dostępność produktu u konkretnego dystrybutora leży w gestii firmy Lexmark. Firma TechData sp. z o.o. nie została do tej pory wskazana jako dystrybutor tego produktu.”*



Pismem z dnia 23 grudnia 2015 r. Zamawiający poinformował o uznaniu oferty złożonej przez Przystępującego za najkorzystniejszą. Oferta złożona Infomex sp. z o.o. została przez Zamawiającego odrzucona, stąd też oferta złożona przez Odwołującego została tym razem sklasyfikowana na drugiej pozycji.

W tak zaistniałym stanie faktycznym Odwołujący wniósł rozpoznawane przez Izbę odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało to, że Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty powinien, co do zasady, zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom Odwołującego. Należy jednak przy tym pamiętać, że dokonując czynności, które mają stanowić zadośćuczynienie żądaniom uznanego w całości odwołania, zamawiający musi mieć też na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia, która nie będzie obciążona żadną wadą. Dlatego też podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia powinien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom odwołującego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp. W innym przypadku może on zostać pociągnięty do odpowiedzialności, zaś obciążona wadą umowa może zostać unieważniona. Tak też, pod kątem naruszenia przepisów regulujących przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, które to przepisy i wypływające z nich normy prawne zostały przywołane w rozpoznawanym odwołaniu, Izba badała prawidłowość czynności dokonanych przez Zamawiającego po wcześniejszym uznaniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym w sprawie KIO 2552/15, które to czynności nie zostały wykonane zgodnie z żądaniami sformułowanymi w tym odwołaniu. Naruszenie przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp nie może stanowić samoistnej podstawy do wniesienia odwołania. Ewentualne stwierdzenie przez Izbę takiego naruszenia nie przesądza samo w sobie o uwzględnieniu odwołania, ale rodzi po stronie Izby obowiązek merytorycznego

rozpoznania i rozstrzygnięcia, czy nowe czynności, podjęte po uznaniu w całości zarzutów podniesionych we wcześniejszym odwołaniu, są zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp przez niewypełnienie wszystkich żądań z poprzednio wniesionego odwołania (Zamawiający miał zaniechać według niego wbrew ówczesnemu żądaniu odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego), twierdził ponadto, że Zamawiającemu zaniechał również odrzucenia tej samej oferty nawet z uwzględnieniem późniejszych, bo złożonych już po wydaniu przez Izbę postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2552/15, wyjaśnień tego wykonawcy.

Stosownie do podstawowej zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. W rozpoznawanej sprawie takim obowiązkiem dowodowym w rozpoznawanej sprawie obciążony był Odwołujący. Tym samym to on winien udowodnić, że kwestionowane przez niego czynności Zamawiającego zostały dokonane wbrew przepisom ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu. Jak to zauważyła Izba w orzeczeniu KIO 54/12: *„Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).”* W kontekście powołanych poglądów, w rozpoznawanej sprawie koniecznym było również dostrzeżenie tego, że zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp nie wymagają dowodu jedynie fakty powszechnie znane oraz fakty znane z urzędu, a także fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy,

a także to, że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Kierując się powołaną zasadą, Izba przyjęła, że to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że stawiane przez niego zarzuty winny zostać przez Izbę uwzględnione. Tym samym, w rozpoznawanej sprawie, to Odwołujący winien wykazać, że treść złożonej przez Przystępującego oferty nie odpowiada treści SIWZ. A zatem, z uwagi na normę prawną wypływającą z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, koniecznym było wykazanie przez Odwołującego rzeczywistej treści oferty złożonej przez Przystępującego, jak również odpowiedniej treści SIWZ i jej znaczenia (wykazanie faktycznie postawionych przez Zamawiającego, istotnych w kontekście stawianego zarzutu, wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia), z którą treść tejże oferty należałoby zestawić, a następnie wykazanie, że rozbieżności między tymi dwoma dokumentami, w takim wymiarze, jaki ustalił on ich zaistnienie i opisał je w odwołaniu, faktycznie miały miejsce. Pamiętać również przy tym należy o powoływanym przepisie art. 190 ust. 5 ustawy Pzp, z którego wynika, że w każdym innym przypadku niż określone w tymże przepisie koniecznym jest przedstawienie przez stronę twierdzącą dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi ona skutki prawne. Niesprostanie w rozpoznanej sprawie przez Odwołującego obowiązkowi dowodowemu pociągać musiało uznanie, że zarzuty przez niego podnoszone są niezasadne, a tym samym odwołanie, jako takie, podlega oddaleniu.

Jak to wskazała Izba w sprawie KIO 1736/14: *„Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.”*

Mając powyższe na uwadze, Izba oceniała zasadność twierdzeń formułowanych przez Odwołującego, odnosząc je w pierwszej kolejności do treści SIWZ i wymagań Zamawiającego w niej opisanych.

W ocenie Izby twierdzenia Odwołującego odnoszące się do domniemanego przez niego wymogu zapewnienia, aby każde z dwóch rodzajów sprzętu, tj. odpowiednio drukarka TYP-2 oraz urządzenie TYP-1, przy zachowaniu rozdzielczości druku 1200x1200dpi gwarantowało minimalną określoną w SIWZ szybkość druku (odpowiednio 60 i 33 strony na minutę), mogły zostać uznane za nazbyt daleko idącą interpretację postanowień SIWZ. W pierwotnej treści SIWZ każdy z tych dwóch rodzajów parametrów został ustalony odrębnie, autonomicznie od siebie. W SIWZ nie było w żadnym miejscu wprost zapisane (Odwołujący nie wskazał w toku postępowania odwoławczego na taki zapis pierwotnej treści SIWZ), aby szybkość wydruku deklarowana w ofertach składanych Zamawiającemu w odniesieniu tak do drukarki TYP-2, jak i do urządzenia TYP-1, miała odnosić się do wydruków sporządzanych z zachowaniem rozdzielczości druku 1200x1200dpi. Zasadnym zatem wydawało się uznanie argumentacji Zamawiającego, który oparł się wobec tak sformułowanych w SIWZ wymagań, na oświadczeniach wykonawców, a pośrednio na deklaracjach producentów zawartych w kartach katalogowych oferowanych mu produktów.

Tak skonstruowanych postanowień SIWZ nie zmienił również Zamawiający, wbrew temu co twierdził Odwołujący, przez udzielenie odpowiedzi na pytania, w szczególności przez odpowiedzi na pytania nr 3 i 4 zawarte w piśmie z dnia 22 września 2015 r., na które powoływał się Odwołujący. W odpowiedziach tych Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do treści sformułowanych przez wykonawcę pytań, oświadczył jedynie, że podtrzymuje dotychczasowe zapisy SIWZ. Z tak udzielonej odpowiedzi nie można było wywieść, aby Zamawiający w sposób stanowczy postawił wymóg, którego istnienie dostrzegał Odwołujący. A tylko w takim przypadku – stanowczego zakresienia określonego wymagania, z którym możliwym było skonfrontowanie treści badanej oferty – możliwym byłoby twierdzenie, że treść oferty Przystępującego temu wymogowi nie odpowiada. Mając na uwadze zaś, że Odwołujący nie kwestionował tego, że tak drukarka TYP-2, jak i urządzenie TYP-1, oferowane przez Przystępującego, spełniają dwa powołane parametry oceniane odrębnie od siebie, a twierdził jedynie, że nie gwarantują one spełnienia tych parametrów rozpatrywanych łącznie, Izba uznała, że nie potwierdziły się stawiane w tym zakresie przez Odwołującego zarzuty.

Istotną dla rozstrzygnięcia okolicznością było to, że Odwołujący nie udowodnił w toku postępowania odwoławczego, aby możliwym było utożsamianie urządzenia o symbolu MX410dte (to zostało wskazane w ofercie złożonej przez Przystępującego i do niego ten

wykonawca się odnosił w późniejszych pismach kierowanych do Zamawiającego, jak i stanowisku prezentowanym przez Izbą) z urządzeniem o symbolu MX410de, które to urządzenie Odwołujący przywoływał i do którego to urządzenia odnosiły się wszystkie złożone w języku polskim (bądź też z odpowiednim tłumaczeniem) dowody przedstawione przez Odwołującego.

Z przedstawionej przez Odwołującego deklaracji zgodności odnoszącej się m.in. do urządzeń o symbolu MX511de i MX511dte wywieść można to, że rozróżnienie wprowadzone przez producenta (Lexmark) – dystynkcja między oznaczeniem de i dte – służy m.in. wskazaniu na inny model urządzenia. Świadczyć to musiało o tym, że wobec takiego wyraźnego wydzielenia w treści powołanej deklaracji zgodności, w ocenie producenta, modele te musiały dzielić na tyle istotne różnice, że konieczne było wyraźne wyodrębnienie ich jako niezależnych modeli. Fakt ten stoi w sprzeczności z twierdzeniami Odwołującego, zgodnie z którymi uwzględnienie w oznaczeniu symbolu urządzenia dodatkowej litery „f” nie mogło przesądzać o tym, że model taki istnieje i może stanowić przedmiot oferty złożonej przez Przystępującego. Spostrzeżenie to mogło jedynie wzmocnić i czynić bardziej wiarygodnym wyraźne oświadczenie Przystępującego zawarte tak w piśmie z dnia 5 listopada 2015 r., jak i późniejszym piśmie z dnia 18 grudnia 2015 r., które odnoszą się wprost, tak jak sama oferta, do urządzenia MX410dte, jako istniejącego na rynku. Oświadczenie to zostało wprost potwierdzone przez Lexmark International Polska sp. z o.o., podmiot, co przyznał sam Odwołujący, należący do tej samej grupy kapitałowej, co producent. Zgodnie z pismem tegoż podmiotu z dnia 15 stycznia 2015 r. jest on spółką należącą do grupy Lexmark powołaną *„m.in. w celu wpięcia na terytorium Polski partnerów biznesowych i klientów Grupy Lexmark w procesie oferowania, sprzedawania i nabywania produktów i usług Grupy Lexmark”*. Wyjaśnił on też, że udzielanie odbiorcom produktów Grupy Lexmark *„wszelkich informacji i zapewnień, co do technicznych parametrów produktów i usług Grupy Lexmark, leży wprost w zakresie kompetencji i obowiązków Lexmark International Polska sp. z o.o.”*. Wiarygodność tych informacji nie została przez Odwołującego podważona. Twierdził on jedynie, że podmiot ten nie jest producentem, stąd nie może on w sposób wiążący wypowiadać się o sprzęcie oferowanym przez Przystępującego. Wobec faktu, że Odwołujący nie przedstawił Izbie żadnego dowodu, który wprost podważałby wiarygodność powołanego oświadczenia złożonego w imieniu Lexmark International Polska sp. z o.o., a tym samym również wiarygodność oferty złożonej przez Przystępującego, Izba dała wiarę temu oświadczeniu. Przedstawiony przez Odwołującego wydruk mający wskazywać na znaczenie poszczególnych symboli używanych przez producentów nie odnosił się wprost do urządzeń produkowanych przez Lexmark – nie można było zatem bez żadnych wątpliwości przyjąć, że producent ten

stosuje podobny, jak tam prezentowany klucz do oznaczania własnych produktów. Nadto, nawet gdyby Lexmark stosował taki właśnie kod przy oznaczaniu produkowanych przez siebie urządzeń, to sam ten fakt nie podważałby wiarygodności twierdzenia, że model MX410dte istnieje i że obsługuje on standardowo takie podajniki, jakie zostały wskazane w ofercie Przystępującego, a następnie jego piśmie z dnia 5 listopada i 18 grudnia 2015 r., co potwierdzone zostało również pismami Lexmark International Polska sp. z o.o. z dnia 5 listopada i 17 grudnia 2015 r. Nie oceniła też wyżej wiarygodności przedstawionej przez Odwołującego Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 2 grudnia 2015 r. wydruku korespondencji mailowej z pracownikiem działu handlowego firmy TechData sp. z o.o. W treści wiadomości przesłanej przez tego pracownika nie przywołano wprost nazwy modelu i producenta spornego urządzenia, nadto odniesiono się tam do cennika listopadowego, podczas gdy termin składania ofert upłynął zgodnie z 7.2 pisemnego protokołu postępowania w dniu 19 października 2015 r., wobec czego cennik z listopada nie mógł znaleźć tu zastosowania. Dostrzeżenia wymagało w tym kontekście przede wszystkim jednak to, że zgodnie z pismem Lexmark International Polska sp. z o.o. z dnia 17 grudnia 2015 r. firma TechData sp. z o.o. „nie została do tej pory wskazana, jako dystrybutor dla tego [MX410dte] produktu”.

Wobec powyższego, Izba przyjąć musiała, że szereg przedstawionych przez Odwołującego dowodów odnosi się do innego (MX410de) niż oferowane przez Przystępującego urządzenia (MX410dte), stąd też nie mogły one zostać uznane za przemawiające za uwzględnieniem stawianych przez Odwołującego zarzutów. Podkreślenia przy tym wymaga raz jeszcze to, że to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że stawiane przez niego zarzuty zasługują na uwzględnienie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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:** .....