

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 25 listopada 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 23 października 2020 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego Komenda Wojewódzka Policji w Rzeszowie dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 09 października 2020 roku nr DKZP.WKZ2.442.17.2020.MSZ KND/37/20/DKZP w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, telefaksów i urządzeń wielofunkcyjnych dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka
Członkowie: Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego Komenda Wojewódzka Policji w Rzeszowie zgłoszone 23 października 2020 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące informacji o wyniku kontroli doraźnej z 09 października 2020 roku nr DKZP.WKZ2.442.17.2020.MSZ KND/37/20/DKZP

nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Zamawiający Komenda Wojewódzka Policji w Rzeszowie przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, telefaksów i urządzeń wielofunkcyjnych dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie.

18 sierpnia 2020 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczął kontrolę doraźną postępowania, w wyniku której stwierdził naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Multikom” oraz Wykonawcy DMD s.c. do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane materiały równoważne wymagań określonych przez Zamawiającego, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne jego zastosowanie, skutkujące odrzuceniem ofert ww. Wykonawców.

W toku kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił następujący stan faktyczny:

Zgodnie z §3 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający szczegółowo opisał przedmiot zamówienia w Załączniku nr 1, zgodnie z którym wymagał dostarczenia wyspecyfikowanego typu kaset, wkładów, taśm oraz bębnow, dla określonych z nazwy i typu drukarek oraz telefaksów w dwóch podzadaniach obejmujących: 131 pozycji w Podzadaniu 1 i 51 pozycji w Podzadaniu 2.

W par. 3 pkt 2 SIWZ, Zamawiający wskazał, że dopuszcza składanie ofert na materiały eksploatacyjne jakościowo równoważne, spełniające równoważne parametry, podając, że przez „produkt równoważny” rozumie „produkt kompatybilny z urządzeniem, do którego jest zamówiony, o parametrach takich samych bądź lepszych (pojemność tuszu/tonera, wydajność i jakość wydruku) w stosunku do oryginału produkowanego przez producenta urządzenia”.

Stosownie do treści § 3 pkt 6 SIWZ, w celu potwierdzenia równoważności oferowanych produktów w zakresie wydajności drukowania w stronach, Zamawiający wymagał od Wykonawcy dostarczenia:

- 1) dla wszystkich oferowanych zamienników tonerów czarnych i kolorowych do drukarek laserowych potwierdzenie zgodności parametrów technicznych, w tym wydajności określonych na podstawie normy ISO 19752 (dla tonerów czarnych) i normy ISO 19798 (dla tonerów kolorowych) wystawione i podpisane przez producenta zamienników oraz certyfikat bezpieczeństwa CE — oznakowany znakiem CE, w przypadku gdy dostarczane materiały zawierają układy elektroniczne i podlegają pod dyrektywę EMC — wystawione i podpisane

przez producenta materiałów równoważnych. Oświadczenie producenta może zostać wystawione na grupę lub kilka rodzajów tonerów.

2) dla wszystkich oferowanych zamienników kartridży czarnych i kolorowych do drukarek atramentowych potwierdzenie zgodności parametrów technicznych, w tym wydajności określonych na podstawie normy ISO 24711 (dla kartridży czarnych) i normy ISO 24712 (dla kartridży kolorowych) wystawione i podpisane przez producenta zamienników oraz certyfikat bezpieczeństwa CE - oznakowany znakiem CE, w przypadku gdy dostarczane materiały zawierają układy elektroniczne i podlegają pod dyrektywę EMC - wystawione i podpisane przez producenta materiałów równoważnych Oświadczenie producenta może zostać wystawione na grupę lub kilka rodzajów tonerów.

3) dla oferowanych równoważnych bębnow potwierdzenie zgodności parametrów technicznych, oraz certyfikat bezpieczeństwa CE - oznakowany znakiem CE, w przypadku gdy dostarczane materiały zawierają układy elektroniczne i podlegają pod dyrektywę EMC - wystawione i podpisane przez producenta materiałów równoważnych Oświadczenie producenta może zostać wystawione na grupę lub kilka rodzajów tonerów.

Analogiczne zapisy zawierało w Sekcji III. 4 ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 627105-N-2019 z dnia 26 listopada 2019 r.

W myśl §10 ust. 2 SIWZ oferta musiała być sporządzona według wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ. Zamawiający dopuszczał zastosowanie innej formy graficznej oferty, jednak zastrzegł, iż cała treść zawarta we wzorze oferty stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ musi zostać przeniesiona do formularza oferty składanego przez Wykonawcę. Zgodnie z ww. wzorem Wykonawca miał w treści oferty zawrzeć następujące informacje: producenta i symbol zaoferowanych produktów, informację, czy produkt jest oryginalny, cenę jednostkową oraz wartość brutto.

Do upływu terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 5 grudnia 2019 r., godz. 10:00 wpłynęło 5 ofert, w tym oferta Wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Multikom A. P. - wartość brutto dla całego zamówienia: 320 948,87 zł (podzadanie nr 1- 152 891,59 zł; podzadanie nr 2 - 168 057,28 zł, jakość - zaoferowano produkty oryginalne), która w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert była ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający jednak odrzucił ww. ofertę wskazując w piśmie z dnia 8 stycznia 2020 r., informującym m.in. o wyborze oferty wykonawcy NEOPRINT W. B., następujące uzasadnienie faktyczne oraz prawne:

Oferta MULTIKOM została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako że treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie podzadania nr 1 w następujących

pozycjach: (1) w pozycji nr 37 — zaoferowany materiał eksploatacyjny nie spełnia parametrów wydajności w stosunku do produktu oryginalnego produkowanego przez producenta urządzenia. Wydajność zaoferowanego produktu równoważnego to 2 500 stron, a produktu oryginalnego to 2 700 stron; (2) w pozycji nr 50 - zaoferowany materiał eksploatacyjny nie spełnia parametrów wydajności w stosunku do produktu oryginalnego produkowanego przez producenta urządzenia. Wydajność zaoferowanego produktu równoważnego to 700 stron, a produktu oryginalnego to 1 400 stron; (3) w pozycjach nr 74-76 - zaoferowane materiały eksploatacyjne nie spełniają parametrów wydajności w stosunku do produktu oryginalnego produkowanego przez producenta urządzenia. Wydajność zaoferowanego produktu równoważnego to 2 500 stron, a produktu oryginalnego to 2 700 stron; (4) w pozycji nr 77 - zaoferowany materiał eksploatacyjny nie spełnia parametrów wydajności w stosunku do produktu oryginalnego produkowanego przez producenta urządzenia. Wydajność zaoferowanego produktu równoważnego to 1 200 stron, a produktu oryginalnego to 2 200 stron; (5) w pozycji nr 96 - zaoferowany materiał eksploatacyjny nie spełnia parametrów wydajności w stosunku do produktu oryginalnego produkowanego przez producenta urządzenia. Wydajność zaoferowanego produktu równoważnego to 2 500 stron, a produktu oryginalnego to 25 000 stron.

Z analizy przekazanej do kontroli dokumentacji ww. postępowania wynika, że Wykonawca Multikom załączył do oferty sporządzonej według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 SIWZ, m.in. wymagane: w § 3 pkt 5 certyfikaty ISO — 9001 oraz ISO — 14001, w 3 pkt 6 SIWZ oświadczenia producentów, a także własne oświadczenie z dnia 04.12.2019 r. treści: „Proces produkcji wkładów Multikom przebiega zgodnie z wymogami Normy ISO 9001:2015 i ISO 14001:2015. Oznacza to stosowanie systemu kontroli jakości na każdym etapie produkcji. Ponadto po zakończeniu cyklu produkcji wszystkie wyroby poddawane są dodatkowym, surowym testom wydajnościowym i jakościowym, zgodnie z wymogami normy ISO/IEC 19752 (dla tonerów monochromatycznych), ISP/IEC 19798 (dla tonerów kolorowych), a także ISO/IEC 24711 (dla kartridży czarnych) i ISO/IEC 24712 (dla kartridży kolorowych).”

Jednocześnie Wykonawca w odniesieniu do każdej pozycji asortymentu wskazanego w druku oferty na załączniku nr 2 do SIWZ, określonego z nazwy i symbolu podał — mimo braku w treści SIWZ takiego wymogu — wydajność oferowanego tonera/kartridża w przeliczeniu na strony. W przypadku pozycji:

- 1) nr 37, Fax Canon L — 280 — symbol EC.FX3R — wydajność 2500 str.,
- 2) nr 50, HP DJ 845C - symbol EHP.17AR - wydajność 430 str.,
- 3) nr 74, HP OfficeJet Pro 8000, symbol EHP.4906R — wydajność 700 str.,
- 4) nr 75, HP OfficeJet Pro 8000, symbol EHP.4907R — wydajność 700 str.,
- 5) nr 76, HP OfficeJet Pro 8000, symbol EHP.4908R — wydajność 700 str.,

6) nr 77, HP OfficeJet Pro 8000, symbol EHP.4909R — wydajność 1200 str.,

7) nr 96, Oki B401d, symbol EO.401DR — wydajność 2500 str.

W piśmie z dnia 10 stycznia 2020 r. skierowanym do Zamawiającego Wykonawca Multikom wniósł o ponowne przeanalizowanie oferty skutkujące m. in. unieważnieniem czynności odrzucenia oferty Multikom oraz wezwania wykonawcy Multikom do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 o poprawne raporty. Wykonawca wskazał w uzasadnieniu, że przedłożone przez Wykonawcę Multikom wydajności zawierają błędy spowodowane wyłącznie ich dużą ilością do wpisania, zauważając przy tym, że błędów nie ustrzegł się sam Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca stwierdził jednocześnie, że produkt został zaoferowany, jego parametry są znane i sprawdzalne, w związku z czym Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do uzupełnienia pojemności oferowanego produktu względem pojemności oryginalnego produktu.

Jednakże jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania Zamawiający odstąpił od powyższego. Także mimo stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej zawartego w orzeczeniu jakie zapadło w wyniku odwołania wniesionego następnie przez Wykonawcę Multikom, gdzie Izba stwierdziła zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp za zasadny i uznała, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny dokumentów i w sposób nieuprawniony potraktował treść Oświadczenia z 4 grudnia 2019 r., jako treść oferty wykonawcy, oraz mógł i powinien skorzystać z procedury z art. 26 ust. 4 i wyjaśnić zaistniałą okoliczność co do wydajności, a w konsekwencji powinien wezwać do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego.

Zgodnie bowiem z dokumentacją kontrolowanego postępowania, w tym protokołem postępowania, oraz wyjaśnieniami Zamawiającego skierowanymi na wezwanie Urzędu, Zamawiający nie zwracał się po wydaniu ww. wyroku do Wykonawcy MULTIKOM udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ani o uzupełnienie, na podstawie art. 26 ust. 3, w zakresie spełniania wymagań SIWZ przez produkt równoważny zaoferowany w pozycjach nr: 37, 50, 74 - 76, 77 i w końcu nr 96, którą wykonawca pominął w odwołaniu.

W dniu 17 lutego 2020 r. zamówienie zostało udzielone Wykonawcy NEOPRINT W. B..

Jak wskazał Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w myśl przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Potwierdzeniu zgodności treści oferty z treścią SIWZ służą więc wymagane dokumenty tzw. przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zatem w sytuacji, gdy dokumenty i oświadczenia, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zostały złożone przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia w odpowiedzi na wezwanie dokonane w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp lub złożone w tym trybie dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości, to wówczas po stronie Zamawiającego kształtuje się obowiązek zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który w opisanych okolicznościach zobowiązuje do wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia rzeczonych dokumentów lub do udzielenia wyjaśnień.

Organ kontroli podkreślił, że wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obowiązkowy. Oznacza to, że zamawiający nie może pominąć tej czynności w toku postępowania, jeżeli stwierdzi, że wykonawca nie złożył dokumentów lub oświadczeń objętych treścią analizowanego przepisu, bądź też złożone dokumenty lub oświadczenia są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości zamawiającego.

Kontrolujący ustalił, że Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawców MULTIKOM oraz DMD sp. z o. o. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających równoważność zaoferowanych materiałów.

Ustalił także, że w myśl Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ww. dokumenty stanowiły tzw. dokumenty przedmiotowe, wbrew stwierdzeniu Zamawiającego - nie składały się na treść oferty. Różnica pomiędzy dokumentami składającymi się na treść oferty, konkretyzującymi świadczenie wykonawcy, a dokumentami przedmiotowymi, które mają na celu jedynie potwierdzić zgodność zaoferowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego, ma istotne, a dla przedmiotowej sprawy kluczowe znaczenie, ponieważ dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mogą być uzupełniane w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przeciwieństwie do dokumentów, które tworzą merytoryczną treść oferty. Powyższe regulacje w sposób jednoznaczny przesądzają, iż możliwe jest wzywanie wykonawców, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w zakresie obejmującym dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, wskazywane w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości. W sytuacji zatem, gdy na gruncie postanowień SIWZ, określonym dokumentom można nadać charakter dokumentów przedmiotowych, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie.

W ocenie Urzędu, Zamawiający w sposób jasny wyartykułował w treści SIWZ, że w przedmiotowym postępowaniu dokumenty takie jak certyfikaty, deklaracje zgodności i oświadczenia producenta miały charakter dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i § 13 ust.1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Zamawiający w § 10 pkt 2 SIWZ wskazał, że oferta w postępowaniu musiała zostać sporządzona według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ - Wzór oferty. Natomiast zgodnie z punktem 3 tego samego paragrafu wykonawcy mieli dołączyć do oferty dokumenty wskazane w tym punkcie, w tym między innymi określone w podpunkcie 3 dokumenty potwierdzające równoważność oferowanych produktów w zakresie wydajności drukowania w stronach, gdzie w lit. b) Zamawiający podał, że „dla wszystkich oferowanych zamienników kartridży czarnych i kolorowych do drukarek atramentowych potwierdzenie zgodności parametrów technicznych, w tym wydajności określonych na podstawie normy ISO 24711 (dla kartridży czarnych) i normy ISO 24712 (dla kartridży kolorowych) wystawione i podpisane przez producenta zamienników oraz certyfikat bezpieczeństwa CE - oznakowany znakiem CE. W przypadku gdy dostarczane materiały zawierają układy elektroniczne i podlegają pod dyrektywę EMC - wystawione i podpisane przez producenta materiałów równoważnych. Oświadczenie producenta może zostać wystawione na grupę lub kilka rodzajów tonerów”. Jak zauważył organ kontroli, cel złożenia ww. dokumentów został zatem wprost określony, a było nim „potwierdzenie równoważności oferowanych produktów w zakresie wydajności w stronach”. Organ kontroli zauważył także, że Zamawiający w tym zakresie wymagał oświadczenia, że zaoferowane produkty równoważne mają parametry takie same bądź lepsze w stosunku do oryginału produkowanego przez producenta urządzenia, nie wymagał podania bezpośredniej informacji na temat ilości stron przekładającej się na wydajność produktu. Skoro zatem Zamawiający wymagał złożenia tych dokumentów w takim charakterze, to ze wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z przepisów ustawy Pzp, a zatem m. in. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie uzupełniania tych dokumentów, jak i wyjaśniania ich treści.

Organ kontroli wskazał, że Zamawiający - wobec informacji zawartych w piśmie Wykonawcy Multikom z dnia 10 stycznia 2020 r., miał wiedzę na temat błędów zawartych w złożonym przez Multikom Oświadczeniu z dnia 4 grudnia 2019 r. Wykonawca MULTIKOM w ww. piśmie wprost wskazał, że: Wpisane przez moją firmę wydajności innych (błędnych) od rzeczywistych spowodowana była wyłącznie ich dużą ilością do wpisania.

W konsekwencji organ kontroli uznał, że Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy Multikom do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających równoważność zaoferowanych materiałów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, czym naruszył ww. przepis, a w konsekwencji naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie, skutkujące odrzuceniem oferty ww. Wykonawcy, co stanowiło również naruszenie zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem kontrolującego powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem oferta złożona przez Wykonawcę Multikom była najkorzystniejsza cenowo.

Organ kontroli wskazał jednocześnie, że Zamawiający dopuścił się takiego samego naruszenia przepisów ustawy Pzp wobec oferty złożonej przez Wykonawcę DMD s.c., przy czym w tym wypadku naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Jak ustalił organ kontroli, zgodnie z treścią zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 stycznia 2020 r. oferta ww. Wykonawcy DMD s.c. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako że: treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ. W zakresie podzadania nr 1, w pozycji nr 50, zaoferowany materiał eksploatacyjny nie spełnia parametrów wydajności w stosunku do produktu u oryginalnego produkowanego przez producenta urządzenia. Wydajność zaoferowanego produktu równoważnego to 450 stron a produktu oryginalnego to 480 stron. Zgodnie z zapisami zawartymi w SIWZ „przez produkt równoważny” Zamawiający rozumie produkt kompatybilny z urządzeniem, do którego jest zamówiony, o parametrach takich samych bądź lepszych (pojemność tuszu/tonera, wydajność i jakość wydruku) w stosunku do oryginału produkowanego przez producenta urządzenia”. Natomiast dostarczone oświadczenie producenta o wydajności zaoferowanych produktów równoważnych nie potwierdza spełniania wymagań SIWZ w ww. pozycji. W toku analizy przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania organ kontroli ustalił, że Wykonawca DMD s.c. w wyniku wezwania z dnia 16 grudnia 2019 r. przedłożył m. in. wymagane w § 3 pkt 6 SIWZ oświadczenia producenta, które jednocześnie - dla produktów marki Asarto i marki Tiom - zawierały dodatkowo informację o wydajności oferowanego tonera/kartridża w przeliczeniu na strony. W przypadku pozycji nr 50 Załącznika nr 2 do SIWZ - Wzór oferty: Tusz Asarto do HP 17, 39 ml, 816c/ 840c/843c/DJ825/842c, CMY; kod katalogowy AS-H17, Marka Asarto; wydajność 450 stron.

Zamawiający nie występował do ww. Wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 o udzielenie wyjaśnień lub uzupełnienie oferty w opisanym zakresie.

Wobec powyższego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Multikom” oraz Wykonawcy DMD s.c. do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane materiały równoważne wymagań określonych przez Zamawiającego, co w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne jego zastosowanie, skutkujące odrzuceniem ofert ww. Wykonawców.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyników kontroli. Podniósł, że przyjął, że dokumenty mówiące o wydajności zamienników tonerów i kartridży stanowią treść oferty i konsekwentnie stosował to podejście podczas oceny ofert. Dlatego też Zamawiający nie zwracał się do Wykonawców: DMD s.c. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Multikom A. P. o uzupełnienie, na podstawie art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 ustawy, w zakresie spełniania wymagań SIWZ oferowanych produktów w odniesieniu do parametrów wydajności w stosunku do produktu

oryginalnego produkowanego przez producenta. Wykonawca Multikom załączył oświadczenia dotyczące wydajności zaoferowanych tonerów, w których potwierdził jaką wydajność mają zaoferowane produkty. Zaniżoną wydajność stwierdzono nie w jednej a w pięciu pozycjach.

Zamawiający dodał, że z uwagi na fakt, że zaoferowane tonery były produktem równoważnym, wytworzonym przez Multikom, Zamawiający wyszedł z założenia, że producent dokładnie zna parametry produktu jaki oferuje, dlatego też nie miał powodu mieć wątpliwości, co do prawidłowego wskazania parametrów przez producenta produktu. W ocenie Zamawiającego wątpliwości mogą się rodzić w sytuacji pierwszego wglądu w dokument i dotyczyć jego treści, niezgodności, omyłek wynikających z nieświadomości działania Wykonawców, będących wynikiem jego nieumyślnego błędu. W omawianym przypadku podanie w kilku miejscach wydajności tego samego tonera nie stanowiło wątpliwości, którą należałoby wyjaśnić.

W konkluzji Zamawiający wskazał, że założenia przyjęte przez Zamawiającego w zakresie stosowania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy PZP w tym konkretnym przypadku nie znalazły aprobaty Krajowej Izby Odwoławczej, która stwierdziła ich naruszenie, jednak w wydanym w dniu 28 stycznia 2020 r. wyroku oddaliła odwołanie wniesione przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Multikom A. P.. Ponieważ Wykonawca nie skorzystał z przysługującej mu drogi odwoławczej, Zamawiający (Komenda Wojewódzka Policji w Rzeszowie) przystąpił do realizacji wyroku Izby i zawarł umowę z Wykonawcą NEOPRINT W. B..

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego. Podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej 7 dnia 9 października 2020 r. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przede wszystkim Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie zgodził się z Zamawiającym w sprawie charakteru oświadczenia z dnia 4 grudnia 2019 r. dotyczącego wydajności oferowanych przez Wykonawcę Multikom zamienników tonerów i kartridży, oraz bębnow, a tym samym z uzasadnieniem odstąpienia od zaniechania wezwania ww. Wykonawcę Multikom oraz Wykonawcę DMD sp. z o. o. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających równoważność zaoferowanych materiałów. Dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (dokumenty przedmiotowe) ze swej natury nie stanowią treści oferty. Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 9 października 2020 r., w myśl postanowień § 3 pkt 6 oraz § 10 pkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dokumenty potwierdzające równoważność zaoferowanych produktów, w tym oświadczenie dotyczące wydajności oferowanych materiałów, miały charakter dokumentów przedmiotowych i tym samym nie stanowiły treści oferty. Zgodnie z treścią SIWZ, miały one zostać złożone przez Wykonawcę w celu potwierdzenia zgodności

zaoferowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego. Organ kontroli podkreślił, że treść postanowień SIWZ jednoznacznie wskazywała, że dokumenty te należy traktować jako dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji podlegały one uzupełnieniu w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wyjaśnienia nie prowadziłyby do zmiany zaoferowanych w formularzu oferty produktów, ich ilości czy też ceny, a ograniczałyby się wyłącznie do zweryfikowania kwestionowanych wydajności produktów zaoferowanych przez wykonawców w formularzu oferty w stosunku do wykazanych w dokumentach przedmiotowych.

W opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny dokumentów i w sposób nieuprawniony potraktował treść Oświadczenia z dnia 4 grudnia 2019 r., jako treść oferty wykonawcy, oraz mógł i powinien skorzystać z procedury z art. 26 ust. 4 i wyjaśnić zaistniałą okoliczność co do wydajności, a w konsekwencji powinien wezwać do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego.

Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający nie może również uzasadniać swojej decyzji faktem oddalenia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania złożonego przez Multikom i powoływać się na zawarte w wyroku z dnia 28 stycznia 2020 r. (sygn. akt KIO 73/20) twierdzenie, że w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie doszło do naruszenia jej przepisów, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Kontrolujący podkreślił, że w przedmiotowym odwołaniu Wykonawca Multikom pominął jedną z podstaw odrzucenia jego oferty, tj. pozycję nr 96, w konsekwencji czego Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie, jako że w tych okolicznościach dokonana ocena zarzutów nie miała wpływu na wynik postępowania. Należy jednak mieć na uwadze, że w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były wyartykułowane w odwołaniu. Ponieważ zakres rozstrzygnięcia Izby jest wyznaczony treścią odwołania - kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty - rozstrzygnięcie sprawy zawarte w wyroku zdeterminowane było przez pominięcie przez Odwołującego jednej z podstaw faktycznych odrzucenia jego oferty.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał jednak, że pomimo oddalenia przedmiotowego odwołania, aktualne pozostaje stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w orzeczeniu rozstrzygającym odwołanie firmy Multikom, w którym Izba oceniła za konieczne zastosowanie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w odniesieniu do pozycji 37, 50, 74-77, jak również wobec pominiętej w odwołaniu pozycji nr 96 Oświadczenia z dnia 4 grudnia 2019 roku. Jak bowiem wynika z dokumentacji postępowania, i co zostało także uwzględnione w treści wyroku, do odwołania została załączona karta katalogowa produktu zaoferowanego w pozycji nr 96 zawierająca informację o jego pojemności -

odmiennej od wskazanej w Oświadczeniu firmy Multikom. Zgodnie z tą kartą katalogową zaferowany w poz. 96 formularza bęben przeznaczony do drukarek m.in. OKI B401, produkowany przez Multikom, o symbolu EO.401DR, posiada wydajność 25 000 stron (a nie jak w Oświadczeniu z 4 grudnia 2019 r. - 2 500 str.). Zamawiający miał zatem informacje o nieprawidłowościach dotyczących wszystkich ww. pozycji. W tych okolicznościach faktycznych był więc zobowiązany do wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów potwierdzających równoważność produktów zaferowanych w pozycjach 37, 50, 74-77 oraz 96. Organ kontroli podkreślił, że norma przepisu art. 26 ust. 3 ustawy PZP nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia dokumentów, jeśli zachodzą przesłanki przytoczone w tym przepisie. Organ kontroli zauważył także, że Izba w przedmiotowym wyroku z dnia 28 stycznia 2020 r. wskazała, że okoliczność, że wykonawca jest jednocześnie producentem oferowanych materiałów nie zmienia i nie może zmieniać sposobu oceny informacji zawartych w Oświadczeniu z dnia 4 grudnia 2019 roku, które to oświadczenie złożone jest w tym wypadku przez producenta, a nie wykonawcę składającego ofertę. Inny sposób oceny dokumentu Oświadczenia - taki jak dokonał Zamawiający - prowadziłby do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych i nierównego traktowania wykonawców, gdzie w przypadku różnych wykonawców w różny sposób dokonywana byłaby ocena złożonych dokumentów.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał także, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy oferta danego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ, ale po wypełnieniu przez zamawiającego innych, określonych ustawą obowiązków, w szczególności w zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentów. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawców DMD s.c. i Multikom do wyjaśnienia kwestii parametrów określonych materiałów równoważnych i mimo to odrzucił ich oferty na podstawie wyżej przywołanego przepisu.

Stosownie do treści art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba zważyła co następuje:

Nie budziły zastrzeżeń Zamawiającego ustalenia faktyczne Organu Kontroli, jak również poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku o sygnaturze KIO 72/20. Zastrzeżenia Zamawiającego budził sposób oceny dokumentów mówiących o wydajności zamienników tonerów i kartridży. W ocenie Zamawiającego stanowiły treść oferty.

Należy więc przypomnieć, że w §10 ust. 2 SIWZ Zamawiający opisał, w jaki sposób powinna zostać przygotowana oferta. Ofertę stanowił wypełniony Załącznik nr 2 do SIWZ (przy czym Zamawiający dopuszczał zastosowanie innej formy graficznej oferty, jednak zastrzegł, iż cała treść zawarta we wzorze oferty stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ musi zostać przeniesiona do formularza oferty składanego przez Wykonawcę). W treści oferty miały zostać zawarte informacje dotyczące: producenta i symbolu zaoferowanych produktów, informacja, czy produkt jest oryginalny, cena jednostkowa oraz wartość brutto. Powyżej ustalona okoliczność nie była kwestionowana przez Zamawiającego, a zatem należało stwierdzić, że treść oferty stanowił wypełniony załącznik nr 2 do SIWZ.

Ponadto w niniejszym postępowaniu zapadało orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturze akt KIO 73/20, w którym Izba dokonała oceny charakteru składanych przez wykonawców w tym postępowaniu dokumentów. Izba uznała podobnie, że treść oferty stanowił wypełniony załącznik nr 2 do SIWZ. W treści uzasadnienia wyroku Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła także uwagę, że w treści tabeli (załącznik nr 2 do SIWZ) Zamawiający nie wymagał podania żadnych informacji dotyczących wydajności określonych w oparciu o wskazane normy. Jak dalej wskazała Krajowa Izba Odwoławcza: „Tym samym Zamawiający nie wymagał od wykonawcy podania jakiegokolwiek oświadczenia woli w tym zakresie w złożonej ofercie – nie oczekiwał podania takich informacji. Brak wymagania podania takich informacji w oświadczeniu wykonawcy skutkuje tym, że podane przez Odwołującego w Oświadczeniu z dnia 4 grudnia 2019 roku wydajności nie mogą być oceniane w kontekście treści oferty stanowiącej oświadczenie wykonawcy, lecz ich ocena musi być dokonywana w kontekście dokumentów jakie składane są na potwierdzenie spełnienia wymagań przez oferowane produkty, których żądania dopuszcza treść art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy.”

Dalej w treści uzasadnienia Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny dokumentów i w sposób nieuprawniony potraktował treść Oświadczenia z dnia 4 grudnia 2019 roku, treść oświadczenia producenta, jako treść oferty wykonawcy. Zamawiający w ocenie Izby, mógł skorzystać z procedury art. 26 ust. 4 i wyjaśnić zaistniała okoliczność co do wydajności, a w konsekwencji powinien był wezwać wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Tym samym doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, przy czym podkreślenia wymaga, że procedura z art. 26 ust. 3 ustawy jest obligatoryjna”.

Zatem w powyżej wskazanym orzeczeniu Izba przesądziła, że podane przez Odwołującego w Oświadczeniu z dnia 4 grudnia 2019 roku wydajności nie mogą być oceniane w kontekście

treści oferty, lecz ich ocena musi być dokonywana w kontekście dokumentów jakie składane są na potwierdzenie spełnienia wymagań przez oferowane produkty. Izba określiła także, jakie czynności powinien był wykonać Zamawiający na etapie badania i oceny ofert.

Istotne znaczenie ma okoliczność, na którą zwrócił uwagę także Kontrolujący, że w § 10 pkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał określonych dokumentów/oświadczeń – jak sam określił: „w celu potwierdzenia równoważności oferowanych produktów w zakresie wydajności drukowania w stronach”.

Oznacza to, że wymagane oświadczenia określone w 10 pkt 3 SIWZ miały zostać złożone przez Wykonawcę w celu potwierdzenia zgodności zaoferowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego. Słusznie zatem ustalił Kontrolujący, (czemu nie przeczył Zamawiający), że: „treść postanowień SIWZ jednoznacznie stanowiła, że dokumenty te należy traktować jako dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji, podlegały one uzupełnieniu w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.”

Zamawiający w treści zastrzeżeń wskazywał na treść orzeczenia Izby, zgodnie z którą: „brak wskazania przez Odwołującego w zasadzie jakiegokolwiek argumentacji w odniesieniu do pozycji 96 oferty i Oświadczenia z dnia 4 grudnia 2019 roku w ocenie Izby doprowadziło do tego, że Odwołujący nie zakwestionował w tym zakresie czynności Zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego. Tym samym nie mogło to doprowadzić do zmiany wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo zasadności podniesionych zarzutów, bowiem pozostała podstawa faktyczna odrzucenia oferty, która nie była kwestionowana”. Zdaniem Zamawiającego „z powyższych zapisów zawartych w cytowanym Wyroku Izby oraz z bezspornego faktu oddalenia odwołania przez Izbę Zamawiający wywnioskował i był przekonany, że w świetle art. 192 ust. 2 ustawy nie doszło do naruszenia jej przepisów, które miały lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i w związku z tym zamówienie zostało udzielone Wykonawcy Neoprint W. B.”.

Jednakże jak zauważył już Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, oddalenie wyroku o sygnaturze akt KIO 73/20 nastąpiło z uwagi na okoliczność, iż Wykonawca Multikom pominął w treści odwołania jedną z podstaw odrzucenia jego oferty, tj. pozycję nr 96, co w konsekwencji oznaczało, że uwzględnienie postawionych w odwołaniu zarzutów nie miało by wpływu na wynik postępowania.

Niezależnie od powyższego, w treści uzasadnienia wyroku o sygnaturze akt KIO 73/20 Izba stwierdziła wystąpienie naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, podkreślając jednocześnie, że procedura z art. 26 ust. 3 ustawy jest obligatoryjna. W konsekwencji powyższego Izba

stwierdziła, że doszło również do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

Oznacza to, że Izba oceniła, że na etapie badania i oceny ofert Zamawiający powinien zastosować art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w odniesieniu do pozycji 37, 50, 74-77.

Ponieważ jednak jedna z pozycji nie została objęta odwołaniem, a stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym, skoro Wykonawca nie podniósł argumentacji w zakresie pozycji 96, Izba nie objęła treścią wyroku tej pozycji.

Jak wskazał Kontrolujący, z dokumentacji postępowania wynikało, na co wskazano także w treści uzasadnienia wyroku o sygnaturze akt KIO 73/20, Odwołujący (firma Multikom) załączył kartę katalogową produktu zaoferowanego w pozycji nr 96. Jak dalej stwierdził organ kontrolujący: „Zgodnie z tą kartą katalogową zaoferowany w poz. 96 formularza bęben przeznaczony do drukarek m.in. OKI B401, produkowany przez Multikom, o symbolu EO.401DR, posiada wydajność 25 000 stron (a nie jak w Oświadczeniu z 4 grudnia 2019 r. - 2 500 str.). Zamawiający miał zatem informacje o nieprawidłowościach dotyczących wszystkich ww. pozycji”.

Powyższe oznacza, że Zamawiający w tych okolicznościach mógł zastosować art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro Izba stwierdziła naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w odniesieniu do pozycji 37, 50, 74-77 i jednocześnie Wykonawca przedstawił kartę katalogową dla pozycji 96, z której wynikały wartości wydajności dotyczące pozycji 96 inne niż w formularzu, Zamawiający mógł zastosować art. 26 ust 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W treści zastrzeżeń Zamawiający wskazał, że: „Na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Zamawiający wzywa do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy w sytuacjach gdy są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości. Podkreślić należy, że oferta Wykonawcy w przedmiotowym zakresie nie budziła żadnych wątpliwości Zamawiającego.” Zamawiający wskazał także, że: „W omawianym przypadku podanie w kilku miejscach wydajności tego samego tonera nie stanowiło wątpliwości, którą należałoby wyjaśnić. W ocenie Zamawiającego takie działanie było celowym oferowaniem tonerów o niskiej wydajności.”

Ponownie należy zauważyć że Izba w treści wskazanego wyroku dokonała oceny charakteru dokumentów składanych w postępowaniu i wskazała nieprawidłowości Zamawiającego przy ocenie dokumentów wykonawcy. Dodatkowe znaczenie ma okoliczność, że Zamawiający pominął fakt, że Wykonawca Multicom wskazywał, że przy wypełnianiu ponad 130 pozycjach formularza mogło dojść (i doszło) do omyłki. Zamawiający otrzymał także informację o błędzie występującym w poszczególnych pozycjach, a także w pozycji 96.

Sygn. akt: KIO/KD 52/20

A skoro norma artykułu 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy w sytuacjach gdy są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości, Zamawiający w niniejszym postępowaniu zobowiązany był zatem co najmniej wyjaśnić zaistniałą okoliczność (zgodnie z artykułem 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych) lub wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie artykułu 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym bardziej, że jak wskazano powyżej, w niniejszym postępowaniu zapadł wyrok, w którym Izba oceniła że prawidłowym działaniem Zamawiającego powinno być zastosowanie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w odniesieniu do pozycji 37, 50, 74-77.

W konsekwencji należało podzielić stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym: „odrzućcie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy oferta danego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ, ale po wypełnieniu przez zamawiającego innych, określonych ustawa obowiązków, w szczególności w zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentów. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawców DMD s.c. i Multikom do wyjaśnienia kwestii parametrów określonych materiałów równoważnych i mimo to odrzucił ich oferty na podstawie wyżej przywołanego przepisu”.

Tym samym Izba stwierdziła, że zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia nie podważają wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP, której ustalenia i wnioski należy uznać za prawidłowe.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....