

Sygn. akt: KIO 1677/12

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę Integrit spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

1. po stronie odwołującego:

- A. PC Factory S.A. w Warszawie,
- B. NTT System S.A. w Warszawie,

2. po stronie zamawiającego:

- A. Intertrading Systems Technology spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- B. Hewlett – Packard Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- C. Techelon spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- D. Intaris spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- E. DELL spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- F. LOCO A..... S....., S..... S..... spółki jawnej w Bydgoszczy,
- G. Action SA w Warszawie,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Integrit spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Integrit spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu 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 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:

Uzasadnienie

Zamawiający, Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę stacji roboczych dla resortu obrony narodowej”, z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 105-175020 w dniu 5 czerwca 2012 r. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia. Między innymi wobec postanowienia w załączniku numer i do SIWZ, część II („Wymagania techniczne”) zawierającego wymóg: „Komputer musi spełniać wymagania programu EPEAT na poziomie GOLD. Do oferty należy załączyć wydruk ze strony programu potwierdzający zgodność oferowanego sprzętu z wymogami programu dla Polski” wykonawca NTT System SA w Zakręcie złożył odwołanie, wskazując, iż działanie takie narusza zasadę uczciwej konkurencji jak również stanowi żądanie przedłożenia dokumentów, które wykracza poza zawarty w rozporządzeniu katalog dokumentów, do żądania których uprawniony jest zamawiający. Ww. naruszenie rozpatrywać należy kilku płaszczyznach:

1. zamawiający w istocie nie wskazał wymogów, których spełnienia żąda; powołał się jedynie na certyfikat wystawiany przez „prywatną” firmę, w Stanach Zjednoczonych,
2. zamawiający nie wskazując wymogów, uniemożliwił również przedłożenie jakiegokolwiek certyfikatu równoważnego, tzn. wydanego np. w Europie, który potwierdza spełnianie norm przez oferowany produkt,
3. dokument ten nie mieści się w katalogu zawartym w rozporządzeniu dotyczących dokumentów, których może żądać zamawiający (zagadnienie omówione zostanie poniżej),
4. nie wskazując wymogów, zamawiający wyklucza z przetargu całkowicie bezzasadnie te firmy, których sprzęt spełnia wymagania środowiskowa, niemniej nie został wpisany na listę EPEAT.

Zagadnienie certyfikatu EPEAT było już rozpatrywane przez Krajową Izbę Odwoławczą, której stanowisko odwołujący uczynił częścią argumentacji odwołania: „... nakazuje zamawiającemu (...) - wykreślenie warunku dotyczącego obowiązku złożenia Certyfikatu EPEAT na poziomie Bronze” Treść uzasadnienia prawnego: „Ustosunkowując się do żądania zamawiającego, dotyczącego wymogu dostarczenia certyfikatu EPEAT na poziomie

Bronze, Izba stwierdziła, że wymagany dokument nie jest dokumentem. o którym mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817). W myśl § 5 ust. 1 rozporządzenia, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: (...) Tymczasem EPEAT nie jest ani normą ani certyfikatem. EPEAT to amerykański program wspierania zakupu technologii informatycznych przyjaznych środowisku, będący projektem GEC (Green Electronics Council z siedzibą w Portland w stanie Oregon w USA) powstałym w odpowiedzi i na bazie europejskich uregulowań prawnych w dziedzinie ekologii, ochrony środowiska oraz obrotu odpadami elektronicznymi. Co prawda cytowany powyżej przepis § 5 rozporządzenia nie wyczerpuje katalogu dokumentów, jakich może żądać zamawiający w celu potwierdzenia postawionych wymagań, niemniej jednak charakter żądań musi być uzasadniony i nie może być dyskryminujący wobec niektórych wykonawców. W ocenie Izby żądanie dostarczenia dokumentu, który otrzymują firmy amerykańskie lub takie, które mają zarejestrowane oddziały w USA stanowi rażące naruszenie określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców. Niezależnie od powyższego Izba skonstatowała, że postawienie przez zamawiającego warunku dostarczenia certyfikatu EPEAT potwierdza preferowanie wykonawcy DELL. który takim certyfikatem się legitymuje” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2011 roku, w sprawie KIO 483/11). Zdaniem tego wykonawcy, ww. orzeczenie oddaje istotę wymogu postawionego przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Wymóg dotyczący certyfikatu EPEAT, zgodnie z ww. orzeczeniem, stanowi:

- 1. rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji,*
- 2. nie zawiera się w katalogu dokumentów wymienionych w rozporządzeniu,*
- 3. stanowi niedozwolone preferowanie tego z wykonawców, który taki certyfikat już posiada.*

NTT System SA podał, że analogicznie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza, w orzeczeniu z dnia 7 września 2010 roku, w sprawie KIO/1798/10: „Odwołujący wskazywał, że wymóg posiadania przez komputery certyfikatu EPEAT, który jest przyznawany przez amerykańską organizację non - profit, sugerującą jedynie rozwiązania przyjazne środowisku, niewspieraną przez żaden kraj ani organizacje rządową, nie powinien w żaden sposób być uwzględniany na wymaganiach przetargu prowadzonego w kraju członkowskim Unii Europejskiej. Wnosił on o usunięcie z SIWZ zapisów odnoszących się do certyfikatu EPEAT oraz wpisu na stronie <http://www.epeat.net>. Zapisy te uniemożliwiają, w ocenie Odwołującego, złożenie oferty producentom europejskim, gdzie taki certyfikat nie

jest wymagany. Proces uzyskania takiego certyfikatu jest długotrwały, a jego wymóg w SIWZ jest niczym nieuzasadniony i powoduje zupełną niemożność złożenia oferty przez tych producentów, pozostając w niezgodzie z ustawą Pzp. W krajach UE obowiązują wymogi Energy Star i wymaganie posiadania certyfikatu EPEAT jest nieuzasadnione". Treść uzasadnienia faktycznego zawarta w wyroku: „Biorąc powyższe pod uwagę Izba oceniła zasadność poszczególnych zarzutów w sposób następujący - zarzuty odnoszące się do: (...) certyfikatu EPEAT na poziomie GOLD - wymagane jest aby załączony dokument wskazywał dokładnie na producenta, model i typ oferowanego komputera (pkt 18) Izba uznała zarzut za słuszny; wymagany wpis dotyczący oferowanego komputera w internetowym katalogu <http://www.epeat.net> - dopuszcza się wydruk ze strony internetowej (pkt 18) Izba uznała zarzut za słuszny." NTT System SA dostrzegło, że oba ww. orzeczenia zapadły w oparciu o praktycznie identyczny stan faktyczny; przyjęto, że ani spełnianie wymogów EPEAT ani certyfikat EPEAT nie mogą zostać sformułowane przez zamawiającego pod adresem wykonawców, jako wymogi dotyczące oferowanych produktów.

Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, wobec czego przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Techelon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie nie złożył sprzeciwu, pozostałych pięciu wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie stawiło się na posiedzenie. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze (sprawa o sygn. akt KIO 1264/12); zamawiający wykreślił kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dniu 26 lipca 2012 r. zamawiający dokonał zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wprowadzając postanowienie dotyczące wymagania wpisu oferowanego w zadaniach 1, 2, 3 i 4 sprzętu do programu EPEAT na poziomie GOLD, z jednoczesnym określeniem dokumentów równoważnych w stosunku do wymaganego wydruku ze strony EPEAT.

Wobec dokonanej w dniu 26 lipca 2012 r. modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polegającej na dodaniu w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia: - w Części II „Wymagania techniczne” w wierszu „Certyfikaty i standardy” tiret 6 dla zadań nr 1, nr 2, nr 3 i nr 4 zapisu obowiązku posiadania przez zaoferowany sprzęt programu EPEAT na poziomie GOLD lub programu równoważnego, - oraz w części IV „warunków równoważności dla programu EPEAT” odwołujący w dniu 6 sierpnia 2012 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 30 ustawy z dnia 29.1.2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz art. 25 ust. 1 i 2 Pzp w związku z § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz.U. Nr 226, poz.

1817) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany wskazanych wyżej zapisów poprzez ich wyeliminowanie, obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

w uzasadnieniu odwołujący podał:

- zamawiający nie dokonał zmiany ogłoszenia w związku z zaskarżoną niniejszym odwołaniem zmianą specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została opublikowana na stronie zamawiającego 5 czerwca 2012 r. Zaskarżoną zmianą specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający ponownie wprowadził wymóg spełniania przez dostarczany sprzęt programu EPEAT. Odwołujący podał, iż jest to przywrócenie ww. wymogu; obowiązek w tym zakresie został przez zamawiającego ustanowiony już w pierwotnej wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże na skutek odwołania złożonego przez firmę NTT System SA, zamawiający obowiązek spełniania wymagań programu EPEAT wykreślił, uznając zasadność wszystkich podniesionych przez NTT System SA zarzutów. Z jednej strony, zamawiający rezygnując z tych wymagań udowodnił, iż nie mają one dla niego dużego znaczenia oraz, że ich spełnienie nie jest kluczowe dla właściwej realizacji przedmiotu zamówienia. Ich ustanowienie nie ma więc związku z przedmiotem postępowania a więc ma na celu jedynie ograniczenie przez zamawiającego konkurencji i doprowadzenie do zawarcia umowy na konkretny z góry określony model komputera lub wybór konkretnego producenta. Z drugiej strony, zamawiający przychylił się do stanowiska zaprezentowanego w odwołaniu spółki NTT System SA i uznał zasadność podniesionych tam zarzutów. Tymczasem na skutek ponownej i zaskakującej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzuty te znów stają się w pełni aktualne;
- odwołujący - Integrit sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu podzielił wszystkie podniesione przez NTT System SA w odwołaniu z 15.6.2012 r. zarzuty;
- na skutek dokonanej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych regulujących kwestie opisu przedmiotu zamówienia a w szczególności art. 30 oraz art. 29 ust. 2 Pzp;
- program EPEAT jest przyznawany przez amerykańską organizację non - profit. Nie ma on więc charakteru norm, o których mowa w art. 30 Pzp. Co za tym idzie błędem jest przy opisywaniu przedmiotu zamówienia stawianie wymogu dotyczącego dostarczanego sprzętu, by odpowiadał temu Programowi. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (vide np. orzeczenia w sprawach: KIO 483/11 z 23.3.2011r., 7.9.2010r. KIO 1798/10). Konsekwencją tego błędu jest naruszenie art. 25 ust. 1 i 2 Pzp w związku z par. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane;

- na potwierdzenie bowiem spełniania ustanowionego wymogu w zakresie Programu EPEAT zamawiający żąda przedstawienia wydruku ze strony programu potwierdzającego zgodność oferowanego sprzętu z wymogami programu dla UE. Jest to dokument nie mieszczący się w katalogu określony w § 5 wyżej powołanego Rozporządzenia, a co za tym idzie zamawiający żądając przedstawienie ww. dokumentu naruszył normę art. 25 Pzp;

- odwołujący stoi na stanowisku, iż celem umieszczenia ww. wymogu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest wyłącznie chęć ograniczenia oferowanego sprzętu do wyrobów jednego tylko producenta, a co za tym idzie zakłócenie uczciwej konkurencji. Naruszone w ten sposób zostały normy art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp. W ocenie odwołującego wprowadzenie tego wymogu jest niezwiązane z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalne do opisu tego przedmiotu;

- wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwości spełnienia warunków równoważnych dla programu EPEAT jest zabiegiem pozornym. W załączeniu odwołujący zamieścił tabelę wskazującą w sposób szczegółowy błędy zamawiającego popełnione przy formułowaniu warunków równoważności. Z uwagi na fakt, że spełnienie tych wymogów (równoważności dla programu EPEAT) może być potwierdzone jedynie poprzez długotrwałe badania autoryzowanych podmiotów, o udział w postępowaniu mogą się faktycznie ubiegać jedynie podmioty, które badania tego typu już przeprowadziły. Nie jest bowiem możliwe przeprowadzenie badań i uzyskanie ich wyników w terminie do 14 sierpnia, w sytuacji kiedy wymóg ten został ustanowiony w dniu 27.07.2012 r. Skomplikowanie i poziom szczegółowości tych badań sprawia, że ich przeprowadzenie może trwać nawet kilka miesięcy, dlatego działanie zamawiającego w tym zakresie narusza zasady uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy,

uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

W pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach wykonywanej funkcji kontroli prawidłowości czynności i zaniechań zamawiającego zgodnie z ustawą, orzekając jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych). W sprawie, której przedmiotem jest brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie bez znaczenia pozostaje także treść żądań odwołującego w zakresie postulowanej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia – one to bowiem wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do ich nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W takim wypadku zarzuty wyartykułowane przez odwołującego należy rozpatrywać łącznie ze sformułowanymi żądaniami oraz ich podstawami faktycznymi.

Następnie dostrzeżenia wymagało, że Krajowa Izba Odwoławcza, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Konsekwentnie, Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzyga o żądaniach stanowiących odzwierciedlenie zarzutów kierowanych wobec kwestionowanej czynności. Nie jest zatem dopuszczalnym wyjście poza zakres kwestionowanej czynności i postawionych wobec niej zarzutów. Na powyższe zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy.*

Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”.

Stąd zakres rozpoznania i rozstrzygnięcia determinowały wyartykułowane w odwołaniu zarzuty oraz postawione w związku z tymi zarzutami żądania.

Odnosząc się do postawionych zarzutów, uwzględniono okoliczności:

Odwołujący kwestionuje ponowne wprowadzenie przez zamawiającego wymagania dotyczącego posiadania przez oferowane w dla zadań 1, 2, 3 oraz 4 zgodności z zasadami programu EPEAT na poziomie GOLD lub programu równoważnego.

Na wstępie dostrzeżenia wymaga uwaga ogólna, iż sam fakt wprowadzenia kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia po uwzględnieniu przez zamawiającego uprzednio złożonego przez innego wykonawcę odwołania wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia po części analogiczne nie oznacza, że jest to działanie niedopuszczalne. Istotnie, w dniu 15 czerwca 2012 r. inny wykonawca, to jest NTT System SA w Zakręcie złożył odwołanie m.in. w zakresie sformułowania w załączniku numer 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, część II („Wymagania techniczne”), następującego wymogu: *„Komputer musi spełniać wymagania programu EPEAT na poziomie GOLD. Do oferty należy załączyć wydruk ze strony programu potwierdzający zgodność oferowanego sprzętu z wymogami programu dla Polski”*. Zamawiający uwzględnił zarzuty tego odwołania, wobec czego wykonawca Techelon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie nie złożył sprzeciwu, pozostałych pięciu wykonawców przystępujących po stronie zamawiającego nie stawilo się na posiedzenie; w konsekwencji w wykonaniu tego uwzględnienia zamawiający wykreślił kwestionowane postanowienie.

W dniu 26 lipca 2012 r. zamawiający wprowadził do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia, zgodnie z którymi wprowadził wymóg posiadania przez oferowany sprzęt dla zadań 1, 2, 3 i 4 wpisu w programie EPEAT na poziomie GOLD dopuszczając jednocześnie wykazanie spełnienia wymagań tego programu w zakresie

opisanym w załączniku nr 1 do modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia
Tabela nr 1 – opis wymagań od przedmiotu zamówienia.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że tak dokonana modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie oznacza przywrócenia uprzedniego brzmienia postanowienia, co do którego zamawiający uwzględnił odwołanie – kształt oraz akcent wprowadzonego postanowienia jest bowiem odmienny. O ile w wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w kształcie kwestionowanym przez NTT System SA w Zakręcie postanowienie zawierało się jedynie w postawieniu wymagania dotyczącego certyfikatów i standardów, obejmującego wyłącznie spełnienie wymagań programu EPEAT na poziomie GOLD oraz obowiązek załączenia wydruku ze strony programu potwierdzającego zgodność oferowanego sprzętu z wymogami programu dla Polski.

Wprowadzone modyfikacją z dnia 26 lipca 2012 r. zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia obejmują inny zakres: dotyczą już nie wymagania złożenia konkretnego dokumentu, ale przed wszystkim ich treścią jest wprowadzenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia w zadaniach 1, 2, 3 i 4 wynikających z programu EPEAT. Szczegółowe wymagania w tym zakresie wymienia Tabela nr 1 – opis wymagań od przedmiotu zamówienia, która w 51 elementach precyzuje cechy i właściwości sprzętu. W odniesieniu do tych wymagań, zamawiający we wstępnej, wyboldowanej części załącznika (str. 1 załącznika) podał w sposób właściwy dla opisu przedmiotu zamówienia, że *zgodnie z art. 30 ust. 5 upzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Zamawiający będzie oceniać przedłożone dokumenty równoważne mając na względzie, iż wiarygodność potwierdzenia spełnienia danego elementu wymogu znajduje oparcie w dokumentach wydanych przez akredytowane jednostki. Wykazanie, o którym mowa w art. 30 ust. 5 upzp nie oznacza uprawdopodobnienia (np. poprzez złożenie oświadczenia własnego lub od osoby trzeciej nie poparte badaniami itp.) ale udowodnienie spełnienia danego wymogu.* Konsekwentnie zamawiający, nawiązując do opisu przedmiotu zamówienia podał w tabeli w kolumnie III w odniesieniu do dopuszczenia równoważnych dokumentów wobec wymaganego wydruku z programu EPEAT, że równoważnymi dokumentami na potwierdzenie spełnienia wymagań programu EPEAT mogą być *inne dokumenty równoważne opisanym w kolumnie II (art. 30 ust. 4 upzp) potwierdzające spełnienie wymogu opisanego w kolumnie I – w tabeli 1.*

Biorąc zatem pod uwagę dokonaną w dniu 26 lipca 2012 r. modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kwestionowanym w odwołaniu, nie sposób przyjąć, by argumentacja, jaka została wyartykułowana wobec poprzedniego brzmienia specyfikacji i motywów, które zadecydowały o uwzględnieniu poprzedniego odwołania przez

zamawiającego znajdowała bezpośrednie przełożenie na gruncie obecnego kształtu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podobnie, nie sposób przyjąć, jak czyni to odwołujący w przedmiotowej sprawie, że uzasadnienia wydanych w innych sprawach orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej stanowią okoliczności przemawiające za zasadnością tego odwołania. Zarówno bowiem wcześniejsze postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przed jej zmianą z dnia 26 lipca 2012 r. jak i odpowiednie postanowienia poddane ocenie w innych postępowaniach odwoławczych (mowa tu o wskazywanych przez odwołującego wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z 23 marca 2011 r. w spr. KIO 483/11 oraz z 7 września 2010 r. w spr. KIO 1798/10, mają inne brzmienie.

O ile ich treścią jest wymaganie uczestnictwa w programie EPEAT, to w tamtych sytuacjach nie zostało ono dodatkowo opatrzone możliwością wykazania spełnienia tego wymagania w sposób alternatywny, innym równoważnym dokumentem. Nie sposób zatem przenosić wniosków, które legły u podstaw wcześniejszych orzeczeń a także wcześniejszego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów wobec innego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na grunt obecnych postanowień.

Wymagania stawiane wobec przedmiotu zamówienia w konkretnej sprawie są opracowywane na użytek konkretnego postępowania, z uwzględnieniem jego zakresu, specyfiki, założonej przez zamawiającego metodyki wykonywania zamówienia. Brak jest zatem podstaw do generalizowania w tej mierze na podstawie innych postępowań, także prowadzonych przez tego samego zamawiającego, czy dotyczących analogicznego przedmiotu zamówienia.

Istotnie, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 marca 2011 r. w spr. KIO 483/11 zawierając ocenę postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia przygotowanej dla innego postępowania, prowadzonego przez innego zamawiającego, wskazuje między innymi, że: *Ustosunkowując się do żądania zamawiającego, dotyczącego wymogu dostarczenia certyfikatu EPEAT na poziomie Bronze, Izba stwierdziła, że wymagany dokument nie jest dokumentem, o których mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). W myśl § 5 ust. 1 rozporządzenia w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:*

- 1) próbek, opisów lub fotografii;

- 2) opisu urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy, w celu potwierdzenia zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia;
- 3) zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
- 4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich;
- 5) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMEAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

Tymczasem EPEAT nie jest ani normą ani certyfikatem. EPEAT to amerykański program wspierania zakupu technologii informatycznych przyjaznych środowisku, będący projektem GEC (Green Electronics Council z siedzibą Portland w stanie Oregon w USA) powstałym w odpowiedzi i na bazie europejskich uregulowań prawnych w dziedzinie ekologii, ochrony środowiska oraz obrotu odpadami elektronicznymi. Co prawda cytowany wyżej przepis § 5 rozporządzenia nie wyczerpuje katalogu dokumentów, jakich może żądać zamawiający w celu potwierdzenia postawionych wymagań, niemniej jednak charakter żądań musi być uzasadniony i nie może być dyskryminujący wobec niektórych wykonawców. W ocenie Izby żądanie dostarczenia dokumentu, który otrzymują firmy amerykańskie lub takie, które mają zarejestrowane oddziały w USA stanowi rażące naruszenie określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców. Niezależnie od powyższego Izba skonstatowała, że postawienie przez zamawiającego warunku dostarczenia certyfikatu EPEAT potwierdza zarzuty preferowania wykonawcy DELL, który takim certyfikatem się legitymuje.

Dostrzeżenia jednak wymaga, iż orzeczenie – nawet jeśli dotyczy zbliżonego stanu faktycznego, czy po części tożsamego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia – nie jest orzeczeniem wydanym w odniesieniu do tego postępowania; zamawiający, a następnie Krajowa Izba Odwoławcza w ramach kontroli sprawowanej

w trybie środków ochrony prawnej nie są związani zawartą w nim oceną i argumentacją. Dotyczy ono zresztą postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia o innej treści, nie dopuszczającego udokumentowania spełnienia warunku innymi dokumentami niż wydruk ze strony EPEAT. Nie jest zatem dopuszczalne przyjmowanie swego rodzaju rozszerzonej skuteczności tego orzeczenia, sięgającej innych postępowań. Fakt, że zamawiający w analizowanym postępowaniu zdecydował się postawić wymaganie co do przedmiotu zamówienia, by był on zgodny z wymaganiami programu EPEAT na poziomie GOLD, nie oznacza jeszcze, że motywacja, jaka decydowała o uznaniu za niedopuszczalne postawienia takiego wymagania w innym postępowaniu (co istotne – wymagania nie dopuszczającego udokumentowania jego spełnienia w sposób równoważny) znajdowałyby zastosowanie także w tym postępowaniu, i w odniesieniu do pełnej konstrukcji postawionych wymagań. Ocena postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tamtych postępowaniach dokonywana była w kontekście tam postawionych zarzutów i inicjatywy dowodowej odwołującego w tamtym postępowaniu oraz wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej na użytek tamtego postępowania. Tylko całokształt dokumentacji postępowania może stanowić podstawę jej oceny. Nie sposób zatem traktować ustaleń oraz oceny prawnej postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w innych postępowaniach jako notoryjnych i przenosić tej oceny na inne postępowania oraz postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowane na użytek innych postępowań. Wydane orzeczenie nie ma bowiem charakteru prawotwórczego a wnioskowanie na podstawie treści uprzednio wydanych orzeczeń, w odniesieniu do innych postępowań, na gruncie innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest właściwe. Oceny kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy dokonywać na gruncie konkretnej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jej pełnego brzmienia, z uwzględnieniem całokształtu jej regulacji i w kontekście postawionych w danym postępowaniu zarzutów oraz podjętej przez odwołującego aktywności dowodowej.

Nie można także pomijać, że wskazane orzeczenia wydane zostały w przeszłości, ponad rok temu, co może czynić ustalenia faktyczne tam poczynione (w szczególności te, dotyczące dostępności programu EPEAT jedynie dla podmiotów amerykańskich) niemiarodajnymi obecnie. Nie można wyłączyć sytuacji, że te ustalenia straciły na aktualności. W analizowanej sprawie nie wykazano, by program EPEAT był reglamentowany i ograniczony jedynie do podmiotów mających siedzibę na terenie Stanów Zjednoczonych, względnie oddziałów takich podmiotów, a przeciwnie – ze złożonych przez strony dowodów, stanowisk przystępujących, którzy deklarują możliwość złożenia ofert w tym postępowaniu, a także ze złożonych przez odwołującego wydruków z korespondencji elektronicznej

prowadzonej między przedstawicielem firmy ITSUMI SA we Wrocławiu a podmiotem zarządzającym programem EPEAT wynika raczej, iż wykonawca zainteresowany uczestnictwem w programie może bez ograniczeń do niego przystąpić.

Poddając ocenie postawione wymaganie dostrzeżenia wymaga, iż – po pierwsze – nie sposób odbierać zamawiającemu uprawnienia do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający jego uzasadnionym potrzebom. Analiza szczegółowych wymagań dotyczących tego przedmiotu, które wynikać mają z faktu uczestnictwa w programie EPEAT, w istotnym z perspektywy zamawiającego zakresie opisanych w tabeli nr 1 *Opis wymagań od przedmiotu zamówienia* prowadzi do wniosku, że nie wyrażają one wymagań tego rodzaju, które są nieistotne czy nieuzasadnione z perspektywy zamawiającego. To przede wszystkim wymagania o charakterze środowiskowym; wynika to z wstępnej części opisu tabeli na str. 1 dokonanej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Także odwołujący podał, że nie kwestionuje samej zasady dopuszczalności wymagania przez zamawiającego spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia pewnych wymagań w zakresie oddziaływania na środowisko.

Wymagania opisane w tabeli nr 1 *Opis wymagań od przedmiotu zamówienia* nie zawierają elementów, które by pozwalały stawiać tezę, iż są ukształtowane w celu dyskryminującym uczestników rynku czy konkretne wyroby.

Po drugie – zamawiający stawiając wymagania co do przedmiotu zamówienia, jest uprawniony do postawienia komplementarnych do tych wymagań oczekiwań w zakresie udokumentowania spełnienia przez oferowany przedmiot tych wymagań. Kwestię wykazania w postępowaniu, że oferowane wyroby odpowiadają wymaganiom postawionym przez zamawiającego reguluje art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz § 5 ust. 1 – 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*.

Ustawodawca w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych przewidział, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, przy czym 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. Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, określa wydane na podstawie ust. 2 tego przepisu *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia*

2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2009, Nr 226, poz. 1817). W § 5 tego rozporządzenia zawarty został katalog środków, dających możliwość zbadania przez zamawiającego, czy oferowany przedmiot odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego. Przepis ten wymienia:

- próbki, opisy lub fotografie; opisy urządzeń technicznych, instrukcje obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy,

- w celu potwierdzenia zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia
- zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzające, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;

- zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich;

- zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazuje środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji,

Przepisy dopuszczają zarazem możliwość złożenia równoważnych zaświadczeń w zakresie jakości i zarządzania środowiskiem.

Wymienione w tym przepisie dokumenty, to w pierwszym rzędzie kategorie dokumentów bezpośrednio, w sposób niejako namacalny pozwalających zweryfikować zgodność oferowanego przedmiotu z wymaganiami stawianymi przez zamawiającego (próbki, opisy lub fotografie). Kolejną kategorią są dokumenty podstawowe towarzyszące przedmiotowi, jak opisy urządzeń technicznych, instrukcje obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług oraz opis zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy. Wreszcie przepis wymienia dokumenty pochodzące od podmiotów zewnętrznych wobec producenta przedmiotu, niezależnych instytucji, jak zaświadczenia zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, dopuszczając zarazem możliwość złożenia równoważnych zaświadczeń w zakresie jakości i zarządzania środowiskiem.

Odwołujący stawia zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Zarzut dotyczący naruszenia art. 30 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie. Powołany przez odwołującego przepis dotyczy opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat europejskich. W sprawie mamy do czynienia z postawieniem w sposób opisowy wymagań dotyczących tego przedmiotu oraz udokumentowania, że oferowane komputery spełniają wymagania postawione przez zamawiającego, co jest uregulowane w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz § 5 ust. 1 – 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Odwołujący w powyższej mierze argumentuje, iż program EPEAT jest przyznawany przez amerykańską organizację non – profit, nie ma on więc charakteru norm, o których mowa w art. 30 ustawy, a co za tym idzie – błędem jest przy opisywaniu przedmiotu zamówienia stawianie wymogu dotyczącego dostarczanego sprzętu, by odpowiadał temu programowi. W powyższym zakresie dostrzeżenia wymaga, że kwestionowane postanowienie odnosi się do sposobu wykazania, udokumentowania że oferowane komputery spełniają wymagania postawione przez zamawiającego, co zostało uregulowane w § 5 ust. 1 – 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Przepis § 5 ust. 1 powołanego rozporządzenia wymienia, w sposób otwarty, dokumenty jakich może wymagać zamawiający, za pomocą których wykonawcy będą wykazywać spełnienie postawionych wobec przedmiotu zamówienia wymagań. Przepis ten abstrahuje od powołanego przez odwołującego art. 30 ustawy.

Podkreślenia także wymaga, iż wbrew twierdzeniu odwołania, wskazany przepis § 5 ust. 1 § 5 ust. 1 – 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* nie zawiera zamkniętego katalogu dokumentów, jakich może żądać zamawiający. Powyższe wynika wprost z tego przepisu, potwierdza to także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: przykładowo wyrok z 16 września 2010 r. w spr. KIO/UZP 1903/10, z dnia 27 sierpnia 2010 r. w spr. KIO/UZP 1714/10, a także w przywoływanym przez odwołującego wyroku w sprawie KIO 483/11 wskazuje się, że: „Co prawda cytowany wyżej przepis § 5 *rozporządzenia* nie wyczerpuje katalogu dokumentów, jakich może żądać zamawiający w celu potwierdzenia postawionych wymagań, niemniej jednak charakter żądań musi być uzasadniony i nie może być dyskryminujący wobec niektórych wykonawców.”. Wbrew twierdzeniu odwołującego, ustawodawca nie zamknął katalogu dokumentów, za pomocą których zamawiający może żądać wykazania spełnienia przez oferowany przedmiot postawionych wymagań. Ogólne wytyczne co do samego

stawiania żądania odpowiednich dokumentów zawiera przy tym przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przewidujący, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, przy czym 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. Nie sposób zatem przyjąć by żądanie odpowiedniego dokumentu, w tym wypadku potwierdzającego spełnienie przez oferowany sprzęt wymagań środowiskowych było nadmierne lub nieuzasadnione. Zamawiający postawił zatem wymaganie złożenia wydruku ze strony EPEAT, jako oddającego postawione wobec przedmiotu zamówienia wymagania, dopuszczając jednocześnie możliwość złożenia dokumentów równoważnych w stosunku do tego wydruku.

Stąd nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja zawarta w odwołaniu, dla wykazania niedopuszczalności żądania wydruku ze strony EPEAT, zgodnie z którą wymagany na potwierdzenie spełniania wymogu w zakresie programu EPEAT wydruk ze strony programu potwierdzającego zgodność oferowanego sprzętu z wymogami programu dla UE jest dokumentem nie mieszczącym się w katalogu określony w § 5 powołanego rozporządzenia, a co za tym idzie, że zamawiający żądając przedstawienie ww. dokumentu naruszył normę art. 25 ustawy.

Niezależnie od tego, dostrzeżenia wymaga, niedoskonałość specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisanie możliwości złożenia dokumentów równoważnych w stosunku do wydruku ze strony EPEAT: zamawiający na pierwszej stronie załącznika nr 1 do modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w wyboldowanym przypisie podał, jakie cechy winny spełniać dokumenty równoważne do wydruku ze strony EPEAT, to jest, że przy ocenie będzie brać pod uwagę, czy *wiarygodności potwierdzenia spełniania danego elementu wymogu znajduje oparcie w dokumentach wydanych przez akredytowane jednostki*. Zamawiający też podał, że wykazanie, o którym mowa w art. 30 ust. 5 ustawy nie oznacza uprawdopodobnienia (np. poprzez złożenie oświadczenia własnego lub od osoby trzeciej nie popartego badaniami itp.) lecz udowodnienie spełnienia wymogu.

Po pierwsze – jeśli chodzi o możliwość złożenia dokumentów równoważnych nie wynika ona z art. 30 ust. 5 ustawy, lecz przepisów § 5 ust. 2 i 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* stosowanych odpowiednio wobec postawienia wymagania złożenia innych dokumentów niż wyspecyfikowane w § 5 ust. 1 tego rozporządzenia.

Po drugie – nie sposób oczekiwać że wykonawcy mogą złożyć jako inne, alternatywne wobec wydruku ze strony EPEAT wyłącznie dokumenty wydane przez akredytowane jednostki. W takim bowiem wypadku zamawiający stawiałby bardziej rygorystyczne wymagania dla dokumentów równoważnych niż tych, których wymaga zasadniczo, tj. dokumentów stanowiących wydruki ze strony EPEAT. Zamawiający podał też, że nie są wystarczającymi oświadczenia producentów lub pochodzące od osoby trzeciej nie poparte badaniami. Wątpliwości mogłoby zatem budzić, jakiego rodzaju dokumenty należy w tej sytuacji złożyć.

Na rozprawie postulowano celowość poprzestania na żądaniu oświadczenia producenta. Biorąc powyższe pod uwagę, podkreślenia wymaga, iż w § 5 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* zasadniczo mówi się o dokumentach różnego rodzaju, niemniej – jak wskazano wyżej – jeśli chodzi o potwierdzenie spełnienia wymagań z normami jakościowymi, środowiskowymi, przepis wymienia dokumenty pochodzące od podmiotów zewnętrznych wobec producenta przedmiotu, niezależnych instytucji. Stąd wymaganie jedynie oświadczenia producenta wydaje się być niewystarczającym, szczególnie w kontekście niekwestionowanej przez strony okoliczności, że wydruk ze strony EPEAT nie oznacza jedynie członkostwa w pewnej organizacji zrzeszającej wykonawców oferujących sprzęt informatyczny, ale wpisowi do programu towarzyszy przeprowadzenie odpowiednich badań. Stąd wymaganie dotyczące dokumentów równoważnych musi uwzględniać także ten aspekt.

Na rozprawie zamawiający podał, że wystarczającym będzie złożenie różnych, więcej niż jednego dokumentu na potwierdzenie spełnienia poszczególnych wymagań ujętych w tabeli nr 1 – *opis wymagań od przedmiotu zamówienia*.

Biorąc pod uwagę powyższe, **uznać należy, że zamawiający dopuścił możliwość złożenia dokumentów równoważnych, przy czym możliwe jest złożenie na okoliczność różnych wymagań - odpowiednich dla tych wymagań dokumentów. Dokumenty te powinny pochodzić od podmiotów zewnętrznych wobec wykonawcy, choć nieuzasadnione byłoby żądanie, by pochodziły one od akredytowanych jednostek – skoro postulat tego nie wypełnia wymagany zasadniczo dokument stanowiący wydruk ze strony EPEAT. W treści przypisu w załączniku nr 1 do modyfikacji SIWZ (str. 1 tego dokumentu) zamawiający podał, iż nie są wystarczającymi oświadczenia producentów lub pochodzące od osoby trzeciej nie poparte badaniami. Powyższe, a *contrario* oznacza, że zaświadczenia lub oświadczenia pochodzące od osoby trzeciej, jeśli będą poparte badaniami odpowiadającymi swym zakresem odpowiednim**

wymaganiom, ujętym w poszczególnych pozycjach wykazu wymagań (tabela nr 1 – opis wymagań od przedmiotu zamówienia,) powinny być uznane.

Następnie, dostrzeżenia wymaga, że trafnie dostrzegł odwołujący niedoskonałości w zakresie różnych jednostkowych wymagań opisanych w tabeli nr 1 – *opis wymagań od przedmiotu zamówienia*. Te niedoskonałości będą musiały skutkować odpowiednią oceną złożonych ofert na etapie oceny dokumentów. W odniesieniu nie do wszystkich wymagań będzie bowiem możliwe albo nawet racjonalne złożenie dokumentu potwierdzającego spełnienie postawionego wymagania. Jaskrawym przykładem może być wymaganie łatwego demontażu zewnętrznych obudów – *produkty powinny mieć obudowy łatwe do usunięcia*. Jak się wydaje, udokumentowanie tego rodzaju wymagania, dokumentem zewnętrznym, pochodzącym od innego niż producent podmiotu, nie mówiąc już o akredytowanej jednostce, wymagałoby relatywnie dużej inwencji. Inne wymaganie: posiadanie certyfikatu Energy Star zawarte jest już załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, część II *Wymagania techniczne, Certyfikaty i standardy*. Odwołujący formułując zastrzeżenia w tym zakresie nie podniósł jednak jakiegokolwiek żądania, któremu miałyby uczynić zadość wydane rozstrzygnięcie, innego aniżeli wykreślenie całego załącznika. Treść jednostkowych wymagań stanowi jednak postanowienie akcesoryjne wobec wymagania zgodności oferowanego sprzętu z programem EPEAT, co do którego zarzuty nie znalazły potwierdzenia.

Mając powyższe na względzie, podkreślenia wymaga, że istotnie, **w odniesieniu do niektórych z jednostkowych wymagań zawartych w tabeli nr 1 – opis wymagań od przedmiotu zamówienia, wymóg złożenia dokumentu równoważnego w ogóle się nie zaktualizuje, wobec innych – winien być traktowany stosownie do charakteru danego wymagania stawianego przedmiotowi zamówienia.** I tak:

- wymaganie wskazania ilości rtęci użytej w źródłach światła, co zostało sprecyzowane w odniesieniu do płaskich monitorów - jeśli w oferowanym sprzęcie (przy czym w zadaniach 1, 2, 3 i 4 przedmiot zamówienia obejmuje stacje robocze) nie występują płaskie monitory – wymaganie złożenia jakiegokolwiek dokumentu się nie aktualizuje;
- wymaganie w zakresie deklaracji poziomego użytkowego recyklingu tworzyw sztucznych – skoro zamawiający wymaga w tym zakresie deklaracji producenta – to wymóg w zakresie udokumentowania w sposób równoważny spełnienia tego wymagania nie może być bardziej restrykcyjny;
- wymaganie w zakresie deklaracji poziomu zawartości odnawialnych/pochodzenia naturalnego użytych materiałów – skoro zamawiający wymaga w tym zakresie deklaracji

producenta o odpowiednim poziomie zawartości – to wymóg w zakresie udokumentowania w sposób równoważny spełnienia tego wymagania nie może być bardziej restrykcyjny;

- waga produktu - zamawiający wymaga w tym zakresie deklaracji producenta, zatem nie sposób oczekiwać w tej mierze dokumentu pochodzącego od podmiotów zewnętrznych wobec producenta przedmiotu, niezależnych instytucji czy akredytowanej jednostki; oświadczenie producenta co do tak elementarnej i poddającej się badaniu cechy sprzętu wydaje się być wystarczającym;

- demontaż zewnętrznych obudów – produkty powinny mieć obudowy łatwe do usunięcia – nie sposób oczekiwać spełnienia tego rodzaju właściwości (co istotne – właściwości o charakterze ocennym) sprzętu dokumentem pochodzącym od podmiotów zewnętrznych wobec producenta przedmiotu, niezależnych instytucji czy akredytowanej jednostki; wystarczającym wydaje się poprzestanie na deklaracji producenta;

- znakowanie plastikowych elementów – w odniesieniu do wszystkich dużych elementów – do rozważenia pozostaje wyjaśnienie wątpliwości wyrażonych w odniesieniu do rozumienia „dużych elementów” sprzętu;

- możliwość ulepszenia za pomocą zwykłych narzędzi - do rozważenia pozostaje wyjaśnienie wątpliwości wyrażonych w odniesieniu do tłumaczenia;

- wymaganie posiadania certyfikatu Energy Star – wymóg dodatkowego udokumentowania spełnienia wymagań normy nie jest niezbędny dla przeprowadzenia postępowania (art. 25 ust. 1 ustawy), skoro zamawiający żąda go odrębnie w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, część II *Wymagania techniczne, Certyfikaty i standardy*:

- wymóg dotyczący korporacyjnego raportu zgodnego z Performance Track albo GRI – wymóg wydaje się być nie niezbędnym dla przeprowadzenia postępowania (art. 25 ust. 1 ustawy), nie sposób bowiem uchwycić związku pomiędzy raportowaniem rocznym w zakresie zrównoważonego rozwoju a przedmiotowym postępowaniem;

- wymóg dotyczący niskiego progu zawartości rtęci w źródłach światła - co zostało sprecyzowane w odniesieniu do płaskich urządzeń video - jeśli w oferowanym sprzęcie (przy czym w zadaniach 1, 2, 3 i 4 przedmiot zamówienia obejmuje stacje robocze) nie występują płaskie urządzenia video – wymaganie złożenia jakiegokolwiek dokumentu się nie aktualizuje; zamawiający nie precyzuje przy tym co to jest „niski” próg zawartości rtęci;

- eliminacja celowo dodanej rtęci w źródłach światła - co zostało sprecyzowane w odniesieniu do płaskich urządzeń video - jeśli w oferowanym sprzęcie (przy czym w zadaniach 1, 2, 3 i 4 przedmiot zamówienia obejmuje stacje robocze) nie występują

płaskie urządzenia video – wymaganie złożenia jakiegokolwiek dokumentu się nie aktualizuje;

- eliminacja celowo dodanego ołowiu w niektórych dodatkach - co zostało sprecyzowane w odniesieniu do wszystkich wyświetlaczy - jeśli w oferowanym sprzęcie (przy czym w zadaniach 1, 2, 3 i 4 przedmiot zamówienia obejmuje stacje robocze) nie występują wyświetlacze – wymaganie złożenia jakiegokolwiek dokumentu się nie aktualizuje.

Powyższe czyni celową refleksję zamawiającego w zakresie poszczególnych wymagań stawianych w tabeli nr 1 – *opis wymagań od przedmiotu zamówienia* oraz – w niektórych wypadkach – ich rewizję.

Zarzucone naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 ustawy także nie znalazło potwierdzenia: odwołujący nie wykazał, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W sprawie wykazano, że w następstwie postawienia spornego wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie zostały naruszone zasady wynikające z tego przepisu. Jak wskazuje się w orzecznictwie, *Zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodując sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.* (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 09.11.2005 r., sygn. akt: II Ca 587/05 (niepubl.)). Nie oznacza to jednak, że opis przedmiotu zamówienia musi odpowiadać wszystkim wykonawcom, i że w treści art. 29 ust. 2 ustawy mieści się obowiązek dokonania takiego opisu przedmiotu zamówienia, który odpowiada każdemu wykonawcy. Zamawiający nie jest bowiem zobligowany do takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie dogodny dla wszystkich wykonawców i dostosowany do ich możliwości oraz oferowanego asortymentu. Postawienie odpowiednich, uzasadnionych wymagań, którym uczynienie zadość jest w zasięgu każdego z wykonawców nie stanowi przejawu dyskryminacji. Oczywistym jest bowiem, że zawsze można znaleźć na rynku taki element asortymentu, który nie będzie spełniał postawionych w konkretnej sytuacji wymagań. Nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy działający w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji (tak: wyrok Sądu okręgowego w Gdańsku z dnia 23 stycznia 2009 r. w spr. XII Ga 431/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1286/11, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia

27.07.2007 roku, sygn. akt: UZP/ZO/0-879/07). Chodzi zatem o wyważenie interesu zamawiającego oraz równego i niedyskryminującego dostępu do zamówienia.

Na gruncie analizowanej sprawy postawienie wobec przedmiotu zamówienia oczekiwania, by spełniał on wymagania programu EPEAT na poziomie GOLD nie stanowi przejawu dyskryminacji, w okolicznościach, gdy zamawiający dopuścił wykazanie spełnienia tych wymagań wydrukiem ze strony internetowej organizacji zarządzającej tym programem jak i innymi, równoważnymi dokumentami.

Dodatkowo należy mieć na uwadze, że w branży informatycznej, pewną stałą praktyką czy zwyczajem jest, że standardy dotyczące sprzętu, oprogramowania nie stanowią wyrazu zinstytucjonalizowanego działania organów publicznych, ale są pochodną porozumienia przedstawicieli rynku, stowarzyszeń czy nawet działalności podmiotów prywatnych. Przykładem może być nie tylko sporny w sprawie program EPEAT, ale także inne standardy jak np. prowadzone przez Gartner Inc. w Melbourne listy.

Dlatego sama okoliczność, czy program EPEAT jest prowadzony przez podmiot na terenie Stanów Zjednoczonych nie może mieć decydującego znaczenia – istotne jest bowiem, czy uczestnictwo w nim jest limitowane, ograniczone do konkretnej grupy podmiotów a także, czy zawarte tam informacje są na tyle miarodajne, by mogły stanowić podstawę oceny przez zamawiającego co do spełnienia postawionych wymagań, w tym czy są one poparte odpowiednimi badaniami.

Odwołujący uczynił elementem swego odwołania część uzasadnienia odwołania złożonego przez NTT System SA w Zakręcie, odsyłając do zawartej tam argumentacji (*odwołujący – Integrit sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu podziela wszystkie podniesione przez NTT System SA w odwołaniu z 15.6.2012 r. zarzuty*). W odwołaniu NTT System SA odwołujący uznał za własne stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2011 r. w spr. KIO 483/11. W powyższej mierze należy wskazać, iż ciężar udowodnienia twierdzeń w postępowaniu odwoławczym przed Izbą wyznacza przepis art. 190 ust. 1 ustawy nawiązujący do przepisu art. 6 kc. Stosownie do niego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Zatem ona powinna wykazać prawdziwość twierdzenia zdolnego uzasadniać dane żądanie lub zarzut. Ciężar udowodnienia twierdzenia o istnieniu danego faktu spoczywa na stronie, która je przywołuje, a nie na tym, kto temu zaprzecza. Izba zwraca zatem uwagę, iż odwołujący powinien przeprowadzić dowody na poparcie tezy, iż żądanie przez zamawiającego w okolicznościach rozpoznawanej sprawy uczestnictwa w programie EPEAT jest reglamentowane, odnosi się do ograniczonego kręgu podmiotów, przykładowo mających

siedzibę jedynie w Stanach Zjednoczonych lub w którym uczestnictwo jest nadmiernie utrudnione. W analizowanej sprawie odwołujący tej okoliczności nie wykazał.

Oceniając prawidłowość działań zamawiającego w tym zakresie niezbędne jest uwzględnienie branży, której dotyczy przedmiot zamówienia, charakterystyki danego rynku, potrzeb zamawiającego oraz przyjętych, powszechnie akceptowanych praktyk, w aspekcie realnej możliwości spełnienia postawionych wymagań przez przeciętnego wykonawcę. Postępowanie ma charakter dyskryminacyjny tylko wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych wykonawców bez uzasadnionej przyczyny, stwarzając korzystniejszą pozycję dla poszczególnych podmiotów. Pozostaje do rozstrzygnięcia, czy postawienie przez zamawiającego wymagania zgodności oferowanego sprzętu z wymogami programu EPEAT jest na gruncie badanej sprawy zgodne z ustawą.

W sprawie ustalono, że przynajmniej kilku wykonawców jest zdolnych zaoferować sprzęt spełniający postawione wymaganie – dotyczy to co najmniej wykonawców, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w tym postępowaniu, jak i wykonawców, którzy takie przystąpienia złożyli w uprzednio prowadzonym postępowaniu w sprawie KIO 1264/12. Wykonawcy ci deklarowali w sposób zdecydowany i jednoznaczny gotowość zaoferowania sprzętu, który spełnia kwestionowane w odwołaniu wymaganie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. We wcześniejszym postępowaniu odwoławczym, gdzie wymóg dotyczący spornego wymagania był bardziej restrykcyjny, bowiem nie przewidywał złożenia dokumentów równoważnych do wydruku ze strony EPEAT, nadto dotyczył spełnienia wymagań programu dla Polski (obecne brzmienie nawiązuje do zasięgu europejskiego, zaś w wyniku odpowiedzi zamawiającego nr 1 na zadane pytanie z dnia 31 lipca 2012 r. – dla dowolnego kraju na poziomie GOLD), spornego wymagania broniło sześciu wykonawców. Wykonawca Action SA w Warszawie złożył pisemne oświadczenie, że produkowane przez ten podmiot stacje robocze spełniają wymagania stawiane treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast odwołujący złożył na potwierdzenie prezentowanego przez siebie stanowiska wydruki z korespondencji prowadzonej za pomocą poczty mailowej z osobami działającymi w imieniu organizacji zarządzającej programem EPEAT, wraz z ich tłumaczeniem, z których wynika, iż: *EPEAT to dobrowolny standard a nie wymóg prawny ani stawiany przez regulatora. EPEAT daje nabywcom możliwość zidentyfikowania oraz wyboru bardziej przyjaznych dla środowiska produktów w oparciu o publicznie opracowany międzynarodowy standard oraz daje producentom możliwość do korzystania z tego standardu w celu dostarczania informacji o standardach produktu związanych z ekologią.* Z tej korespondencji wynika również, że podmiot prowadzący program EPEAT nie reglamentuje uczestnictwa w nim w sposób nie pozwalający uzyskać wpisu: wskazano na

konieczność wypełnienia trzech elektronicznych formularzy konfiguracyjnych, poniesienia opłaty w wysokości 11.730 dolarów, podając zarazem, że proces analizy wniosków jest różny w zależności od firmy – zazwyczaj trwa od 1 do 3 miesięcy od momentu dodania produktu do rejestru. Na rozprawie strony wykazywały, że umieszczenie sprzętu w rejestrze poprzedzone jest przeprowadzeniem badań sprzętu według kryteriów programu.

Z powyższego wynika, że:

- po pierwsze – dostępność do programu dla producentów, dystrybutorów sprzętu jest w zasadzie nieograniczona. Odwołujący nie udowodnił przy tym, by postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie w sposób bezprawny prowadziły do ograniczenia uczciwej konkurencji. Testy są ogólnodostępne, co prawda odpłatne, a ich przeprowadzenie wymaga czasu, jednak odwołujący nie przedstawił dowodów na to, iż uniemożliwia mu to wzięcie udziału w postępowaniu. Sam fakt odpłatności w związku z koniecznością przeprowadzenia badań sprzętu nie stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2010 r. w spr. KIO 1795/10).

- po drugie - fakt, że na przeprowadzenie badań, uzyskanie statusu uczestnika programu jest niezbędny czas ok. 1- 3 miesięcy nie stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji a także przepisów, których naruszenie odwołujący podnosi (art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych a także przepisów 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*). Odwołujący, jakkolwiek podał w odwołaniu, że z uwagi na fakt, że spełnienie wymogów równoważności dla programu EPEAT może być potwierdzone jedynie poprzez długotrwałe badania autoryzowanych podmiotów, o udział w postępowaniu mogą się faktycznie ubiegać jedynie podmioty, które badania tego typu już przeprowadziły oraz że nie jest możliwe przeprowadzenie badań i uzyskanie ich wyników w terminie do 14 sierpnia, w sytuacji kiedy wymóg ten został ustanowiony w dniu 27.07.2012 r., ostatecznie związku ze stawianymi zarzutami nie wyartykułował w tej mierze żadnego żądania, które by oddawało jego interes w tej mierze i czyniło zadość możliwości uczestnictwa odwołującego w postępowaniu, innego aniżeli wykreślenie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w szczególności zmierzającego do przedłużenia terminu składania ofert.

Powyższe prowadzi do konstatacji, że odwołujący nie wykazał stawianych zarzutów. Zarzuty te – jak wskazuje treść odwołania – są nakierowane w pierwszym rzędzie na wykazanie okoliczności, że dokonany w kwestionowanym zakresie opis przedmiotu

zamówienia zmierza do ograniczenia przez zamawiającego oferowanego sprzętu do wyrobów jednego tylko producenta, w tym do zakłócenia uczciwej konkurencji.

Tym samym, uznano, że nie potwierdziły się zarzucane w odwołaniu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 30 ustawy z dnia 29.1.2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz art. 25 ust. 1 i 2 Pzp w związku z § 5 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.*

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia* (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: