

Sygn. akt: KIO 1340/13

WYROK

z dnia 18 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2013r. przez **odwołującego**: A..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM A..... P..... ul. Fabryczna 15; 85-741 Bydgoszcz w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: 11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy ul. Gdańska 147; 85-915 Bydgoszcz

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w następującym zakresie:
 - 1.1. skreślenie zapisów odnoszących się do wymogu, iż „Materiały eksploatacyjne muszą być wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy”;
 - 1.2. skreślenie w załączniku nr 5 do SIWZ „Formularz oferty” w pkt 10 zapisu „wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem dostawy”
 - 1.3. dopisania po sformułowaniach, że „dostarczone materiały eksploatacyjne nie mogą powodować utraty gwarancji sprzętu drukującego, kopiującego” następującego zapisu ”pod warunkiem umożliwienia wykonawcy wglądu w dokumenty gwarancyjne sprzętu drukującego lub kopiującego”;

1.4. skreślenie w § 6 ust.4 projektu umowy zdania: "Ponadto w powyższej sytuacji Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20 % łącznej ceny umownej brutto, o której mowa w § 1 ust.3 niniejszej umowy."

2. kosztami postępowania obciąża 11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy ul. Gdańska 147; 85-915 Bydgoszcz

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez A..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM A..... P..... ul. Fabryczna 15; 85-741 Bydgoszcz tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od 11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy ul. Gdańska 147; 85-915 Bydgoszcz na rzecz A..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM A..... P..... ul. Fabryczna 15; 85-741 Bydgoszcz kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 Bydgoszczy

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25.05.2013r. pod poz. 2013/S 100 – 171 258 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zarzuca naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. Nr 2010 Nr 113 poz. 756 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”: art.7 ust.1 i 3 w związku z art. 29 poprzez określenie zbyt krótkiego terminu produkcji oferowanych materiałów eksploatacyjnych i opisanie przedmiotu zamówienia poprzez dobór takich parametrów, które uniemożliwiają złożenie oferty odwołującemu oraz innym wykonawcom ofert to jest w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawcy; art.353 oraz art.5 k.c. w zw. z art. 14 i 139 ust.1 ustawy w wyniku rażąco wysokiej kary umownej.

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w tym wzoru umowy.

W uzasadnieniu odwołujący przedstawił następujące żądania co do zmiany SIWZ.

- I. Zarzuty dotyczące daty produkcji oraz warunków gwarancyjnych materiałów eksploatacyjnych.
 1. Zgodnie z częścią III pkt 4 SIWZ materiały eksploatacyjne muszą być wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Odwołujący żąda wykreślenia w SIWZ oraz projekcie umowy zapisu dotyczącego daty produkcji i zastąpienie go okresem przydatności do użytku lub wydłużonym okresem gwarancji.
 2. Odwołujący zarzucił naruszenie art.7 ust.1 w związku z art.29 ustawy w zapisie dotyczącym utraty gwarancji sprzętu drukującego, kopiującego. Przy opracowaniu oferty istotna jest wiedza, które urządzenia są na gwarancji. Odwołujący żąda opisanie warunków gwarancyjnych posiadanego sprzętu ze wskazaniem urządzeń będących na gwarancji lub wykreślenie tych zapisów.
- II. Zarzuty dotyczące kar umownych.

1. Odwołujący wskazał na § 6 ust.4 projektu umowy, który wnosi o wykreślenie lub zwiększenie procentowej ilości wadliwych materiałów eksploatacyjnych powodujące zerwanie umowy.

Pismami z dnia 10 i 15 czerwca 2013r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa materiału eksploatacyjnego do posiadanego przez zamawiającego sprzętu drukarek i kserokopiarek („Przedmiotem zamówienia są: Sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących, kopiujących i wielofunkcyjnych wymienionych w załącznikach nr 1-3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia”).

Odwołujący złożył odwołanie jako potencjalny oferent, który już świadczył tego rodzaju usługi na rzecz zamawiającego.

Odwołujący zakwestionował szereg postanowień SIWZ.

Izba ustaliła

Co do żądania skreślenia postanowień, że „Materiały eksploatacyjne muszą być wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy”

Na podstawie dowodów przeprowadzonych z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia doręczonego przez zamawiającego do akt sprawy Izba ustaliła jak poniżej.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zawiera postanowienia zgodnie z którymi wymaga się od potencjalnych wykonawców: „Materiały eksploatacyjne muszą być wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy”. Przeciw takim postanowieniom sprzeciwił się odwołujący podnosząc, że taki wymóg jest nieuprawniony w związku z tym, że przydatność do użytku materiałów eksploatacyjnych do sprzętu laserowego nie jest liczona od daty produkcji a z kolei w przypadku materiałów do sprzętu atramentowego zarówno na opakowaniach jak i na materiałach podaje się termin przydatności do użytku.

Na poparcie swoich twierdzeń zamawiający przedstawił w poczet dowodów następujące dokumenty wystawione przez Hewlett-Packard Polska ul. Szturmowa 2A; 02-678 Warszawa w imieniu, którego pisma podpisali Pani A..... R..... Partner Account Manager oraz

Pan P..... S..... Kierownik do spraw dystrybucji: pismo z dnia 06.10.2011r. w sprawie dostaw materiałów eksploatacyjnych HP z którego wynika, (...) że gwarancja na kasety z czarnym lub kolorowym tonerem HP oraz bębny światłoczułe do kolorowych drukarek laserowych HP trwa do momentu wyczerpania się zapasu oryginalnego tonera we wkładzie użytkownika lub, jeżeli ma to zastosowanie – do chwili, kiedy panel kontrolny drukarki wyświetla informację o jego „niskim poziomie”. Natomiast, wszystkie opakowania wkładów atramentowych HP wprowadzane na rynek od marca 2008 roku posiadają taką samą datę na opakowaniu, jak i na wkładzie drukującym, która oznacza termin końca gwarancji na dany produkt. Zgodnie z powyższym, gwarantujemy poprawność działania materiałów eksploatacyjnych w całym okresie obowiązywania gwarancji HP na te produkty. Widnieje podpis P-i. A..... R.....”, pismo z dnia 10.10.2011r. z którego wynika, że na polskim i światowym rynku produkty: C4194A, C3909A, C4193A, C4193A C92274A z datą produkcji po 1 stycznia 2011r. są obecnie nieosiągalne, ze względu na posiadane zapasy towaru z lat ubiegłych, spełniające wymogi jakościowe. Dla wymienionych produktów firmy HP nie ustanawia się okresów ważności.(...) Jednocześnie informujemy, że gwarancja na kasety z czarnym lub kolorowym tonerem HP oraz bębny światłoczułe do kolorowych drukarek laserowych HP trwa do momentu wyczerpania się zapasu oryginalnego tonera we wkładzie użytkownika lub, jeżeli ma to zastosowanie – do chwili, kiedy panel kontrolny drukarki wyświetla informację o jego „niskim poziomie”. W praktyce nie spotykamy się z zagadnieniem dotyczącym określenia, jakości naszych produktów poprzez datę ich wyprodukowania. Ponownie podkreślamy, że pozostaje to bez znaczenia, dla jakości naszych produktów . Zgodnie z powyższym gwarantujemy poprawność działania materiałów eksploatacyjnych w całym okresie obowiązywania gwarancji HP na te produkty. Widnieje podpis P-n P..... S.....”. Kolejne pismo z dnia 12.10.2011r. zawiera tę samą, treść jak pismo z dnia 06.10.2011r. Kolejne pismo z dnia 06 czerwca 2013r. z którego wynika, że firma HP wycofała z produkcji oryginalne materiały eksploatacyjne.(...)”Produkty te nie zostały zastąpione nowymi(...)” na stanach magazynowych naszych dystrybutorów znajdują się wkłady laserowe (...) „z datami produkcji 2010r. lub wcześniejszymi. Fakt ten wynika z przyjętego cyklu produkcyjnego dla tych produktów i posiadanych zapasów z lat ubiegłych. Jednocześnie podkreślamy, że pozostaje to bez znaczenia dla jakości i niezawodności wkładów laserowych. Widnieje podpis P-ni A..... R.....

Izba zważyła

Co do żądania skreślenia postanowień, że „Materiały eksploatacyjne muszą być wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy”

Na podstawie dokonanych ustaleń, w oparciu o przeprowadzone dowody z dokumentów jak powyżej, Izba uwzględniła żądania odwołującego w zakresie skreślenia w SIWZ postanowień zawierających przedmiotowy wymóg.

Bowiem odwołujący wykazał, jak zresztą wskazuje dostępna wiedza życiowa, że przydatność do użytku materiałów eksploatacyjnych czy to do drukarek laserowych czy to do drukarek atramentowych nie jest ustalana przez wskazanie daty produkcji a tylko poprzez wskazanie terminu przydatności, jak to ma miejsce np. w przypadku drukarek atramentowych. Natomiast w stosunku do drukarek laserowych poprzez wskazanie stopnia ich zużycia. Ponadto jak wynika z oświadczeń przedstawicieli producenta HP przydatność jest oznaczona przez wskazanie okresu gwarancyjnego. Z kolei z postanowień SIWZ wynika, że zamawiający oczekuje co najmniej terminu 12 miesięcznego gwarancji od terminu dostawy, na materiały stanowiące przedmiot zamówienia (ustęp 6 Część III SIWZ).

Natomiast zamawiający do tak przedstawionych dowodów powołał się tylko na okoliczność, że oświadczenia te były składane do innych postępowań to jest w innych jednostkach zamawiającego. Natomiast nie odniósł się do okoliczności, że oświadczenie firmy HP z bieżącego roku to jest 2013r. nie wskazywało żadnego z postępowań a miało charakter ogólny.

W ocenie Izby, na podstawie tak dokonanych ustaleń, wymóg produkcji materiałów eksploatacyjnych z daty nie wcześniejszej niż 12 miesięcy od daty podpisania umowy nie ma znaczenia dla poprawności świadczenia dostaw.

W związku z powyższym Izba nakazała jego skreślenie, uznając taki zapis za naruszający zasady uczciwej konkurencji, a nie mający żadnego znaczenia dla poprawności świadczenia dostaw.

Izba również nakazała skreślenie terminu sześciomiesięcznego w Formularzu oferty, który jak przyznał na rozprawie zamawiający jest wskazany omyłkowo, ponieważ powinien wskazywać termin 12 miesięczny.

Izba ustaliła

Co do żądania prawa wglądu w dokumentację gwarancyjną sprzętu zaopatrywanego w materiały eksploatacyjne.

Na podstawie dowodów przeprowadzonych z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia doręczonego przez zamawiającego do akt sprawy Izba ustaliła jak poniżej.

W części III Opis przedmiotu zamówienia postanowienia odnoszące się do możliwości utraty gwarancji przez zamawiającego na posiadany sprzęt w sytuacji dostarczenia nieodpowiedniego rodzaju materiałów eksploatacyjnych. Tymi nieodpowiednimi materiałami

eksploatacyjnymi są materiały równoważne. Chroniąc się przed utratą gwarancji zamawiający zawarł w SIWZ następujący zapis: Część III opis przedmiotu zamówienia. 2. Materiały użyte do wykonania przedmiotu zamówienia winny być fabrycznie nowe, pochodzić z bieżącej produkcji oraz winny spełniać następujące wymagania: d) nie mogą powodować utraty gwarancji sprzętu drukującego, kopiującego.

W związku z istniejącym zapisem w SIWZ odwołujący domagał się skreślenia tego wymogu lub umożliwienie wglądu w posiadane dokumenty gwarancyjne sprzętu zamawiającego. Natomiast zamawiający uważał, że wykonawca może sam na stronach internetowych producentów czy sprzedawców dokonać ustaleń co do obowiązujących warunków gwarancji. Chodziło o zapisy, które mogły powodować utratę gwarancji w przypadku, gdy wykonawca dostarcza materiały eksploatacyjne równoważne czyli tzw. zamienniki a nie oryginalne materiały odnoszące się do danego sprzętu.

Sama umowa (projekt umowy) jest tak sformułowana, że wykonawca odpowiada finansowo za wszelkie uszkodzenia sprzętu z powodu zastosowania materiałów eksploatacyjnych w formie zamienników, na podstawie ekspertyz zleczanych przez zamawiającego, łącznie z pokryciem kosztów tychże ekspertyz.

W tym stanie rzeczy wykonawca w obronie swoich interesów domagał się w złożonym odwołaniu umożliwienia dostępu do dokumentów gwarancyjnych w celu np.: ustalenia czy dokument gwarancyjny nie przewiduje utraty uprawnień z powodu samego faktu zastosowania materiałów eksploatacyjnych w formie zamiennika ,a nie oryginalnego materiału eksploatacyjnego zalecanego np.; przez producenta. Przy czym odwołujący alternatywnie domagał się wykreślenia powyżej zacytowanego postanowienia SIWZ (Materiały użyte do wykonania przedmiotu zamówienia winny być fabrycznie nowe, pochodzić z bieżącej produkcji oraz winny spełniać następujące wymagania: d) nie mogą powodować utraty gwarancji sprzętu drukującego, kopiującego). Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przedłożył w poczet dowodów następujące dokumenty: pismo z dnia 26.10.2006r. pochodzące od firmy Samsung, z którego wynika utrata gwarancji w wypadku, gdy drukarka bądź urządzenie wielofunkcyjne zostanie uszkodzone przez korzystanie z nieoryginalnego zasobnika z tonerem, pismo z dnia 10 marca 2008r. Lexmark w sprawie materiałów eksploatacyjnych , gdzie firma odpowiada, że stosowanie alternatywnych materiałów innych producentów może prowadzić do utraty gwarancji na drukarkę oraz pismo z dnia 16.07.2007r. Arcus zawierające oświadczenie, że nie ma obecnie na rynku producenta materiałów eksploatacyjnych, który mógłby wykazać się naszą autoryzacją, dopuszczającą stosowanie icj w produktach KYOCERA.

Izba zważyła

Co do żądania prawa wglądu w dokumentację gwarancyjną sprzętu zaopatrywanego w materiały eksploatacyjne.

Na podstawie dokonanych powyżej ustaleń, Izba uwzględniła żądanie odwołującego co do umożliwienia każdemu potencjalnemu wykonawcy wglądu do dokumentów gwarancyjnych sprzętu, ponieważ odwołujący udowodnił, że stosowanie materiałów eksploatacyjnych nieoryginalnych czyli tzw. zamienników może spowodować nawet z samych powodów formalnych utratę gwarancji sprzętu, a co rodzi po stronie wykonawcy obciążenia finansowe. Co prawda przedłożone pisma pochodzą sprzed kilku lat (począwszy od 2006r. do 2008r.) i w zakresie dopuszczalności zamienników (części nieoryginalnych) wiele się zmieniło w obrocie gospodarczym na korzyść co do zasady dopuszczalności zamienników w częściach zamiennych czy też materiałach eksploatacyjnych.

Niemniej postanowienia SIWZ to jest w szczególności Część III ust. 2 lit d) stwarzają zagrożenie po stronie wykonawców w przypadku postanowień dokumentów gwarancyjnych zakazujących materiałów nieoryginalnych.

Na takie zagrożenie wskazują również następujące postanowienia wzoru umowy: § 4 ust.8 i 9 w przypadku awarii sprzętu drukującego lub kopiującego, którego przyczyną były materiały eksploatacyjne dostarczone przez Wykonawcę, poniesie on koszty związane z naprawą oraz wszelkie koszty wynikające w związku z brakiem możliwości korzystania ze sprzętu oraz koszty ekspertyzy, jeżeli wynika z niej, że uszkodzenie sprzętu spowodowane było użytkowaniem materiałów dostarczonych przez wykonawcę. Także § 7 ust.1 punkt 5) w związku z § 6 ust.4 wzoru umowy przewiduje sankcję w przypadku wadliwych materiałów eksploatacyjnych do odstąpienia od umowy włącznie.

W związku z powyższym Izba uznała za usprawiedliwione żądanie odwołującego uprawnienia do wglądu w dokumentację gwarancyjną sprzętu będącego na stanie zamawiającego, nakazując uzupełnienie lit.d ustępu 2 Części III SIWZ w celu uniknięcia przez wykonawcę zarzutu wadliwości materiałów eksploatacyjnych.

Izba ustaliła

Co do żądania skreślenia kar umownych jako zawyżonych oraz skreślenia § 6 ust.4 wzoru umowy wysokości materiałów wadliwych uprawniających zamawiającego do odstąpienia od umowy.

Zgodnie z obowiązującym wzorem umowy i przywołanym jego § 6 ust.4 zamawiający ma prawo odstąpienia od umowy w sytuacji, gdy stwierdzi wadliwość dostarczanych materiałów

eksploatacyjnych powyżej 1 % ogólnej liczby przedmiotu zamówienia. Odwołujący wnosił o skreślenie tegoż paragrafu lub o podwyższenie pułapu wadliwości materiałów eksploatacyjnych z 1 procenta do od 2,5 do 5 procenta ogólnej liczby przedmiotu zamówienia. Odwołujący kwestionował również nadmierną wysokość kary umownej przewidzianej w tym paragrafie to jest na poziomie 20 procent wartości umowy. Z kolei zamawiający powoływał się na konieczność świadczenia dostawy bez wad z uwagi na środowisko i cel, któremu ma służyć ta dostawa. Również powoływał się na okoliczność, że na takim samym poziomie karami będzie obciążony zamawiający w przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę.

Izba zważyła

Co do żądania skreślenia kar umownych jako zawyżonych oraz skreślenia § 6 ust.4 wzoru umowy wysokości materiałów wadliwych uprawniających zamawiającego do odstąpienia od umowy.

Izba biorąc pod uwagę prawo zamawiającego do żądania dostaw bez wad nie uwzględniła żądania odwołującego do podwyższenia procentowego udziału liczby dostaw w stosunku do całości zamówienia. Natomiast uwzględniając zapisy SIWZ w tym wzoru umowy nakazała skreślenie zapisu w tymże paragrafie o naliczaniu kar umownych w przypadku odstąpienia od umowy a opisanym w tymże paragrafie 6 ust.4. Bowiem zamawiający ma zagwarantowane prawo dochodzenia kary umownej na poziomie 20 procent wartości zamówienia w sytuacji odstąpienia od umowy zapisanym w § 6 ust.1 lit. a zgodnie z którym „Wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w następujących przypadkach i wysokości: a) 20 % wartości umowy brutto, gdy Zamawiający odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca”. Tym samym pozostawienie zapisu o karze umownej w §6 ust.4 wzoru umowy stanowiło by powtarzanie zapisu istniejącego w §6 ust.1 lit. a) cytowanym powyżej.

Natomiast Izba również nie uwzględniła żądania odwołującego co do obniżenia poziomu kar umownych, ponieważ analogiczny zapis o prawie do 20 % kary umownej zapisany jest po stronie zamawiającego na rzecz potencjalnego wykonawcy (§ 6 ust.2 lit. a) zamawiający zapłaci Wykonawcy karę w następujących okolicznościach i wysokości: a) 20% wartości umowy brutto, gdy Wykonawca odstąpił od umowy z przyczyn, za które odpowiada Zamawiający).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji wyroku, stwierdzając, iż naruszenie wskazanych przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania to jest co do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy opisie

przedmiotu zamówienia oraz postanowień umownych. Powyższe nastąpiło w oparciu o art.192 ust.2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 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 rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00 złotych.

Przewodniczący: