

Sygn. akt: KIO 1152/11

WYROK
z dnia 13 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2011 r. przez wykonawcę: **„EDIKO” Sp. z o.o., ul. Nakielska 3, 01-106 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostkę Wojskową 4226 z siedzibą w Warszawie, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Arcus S.A. ul. Miła 2, 00-180 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **INTARIS Sp. z o.o., ul. Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **TECHELON Sp. z o.o., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **„EDIKO” Sp. z o.o., ul. Nakielska 3, 01-106 Warszawa,** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **„EDIKO” Sp. z o.o., ul. Nakielska 3, 01-106 Warszawa**, 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:

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

Zamawiający, Jednostka Wojskowa 4226 z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej Pzp, w przedmiocie: „dostawa urządzeń biurowych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S/98-160433 w dniu 21 maja 2011 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 23 maja 2011 r.

Wykonawca „EDIKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł w dniu 2 czerwca 2011 r. odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu, że postanowienia siwz naruszają przepisy art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp. Odwołujący wniósł o:

1. zmianę opisu przedmiotu zamówienia:

- a. w części zamówienia nr 1 - Załącznik nr 1 do siwz pkt. III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia w pkt. 1.3. DRUKARKA DL4;
- b. w części zamówienia nr 1 - Załącznik nr 1 do siwz pkt. III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia w pkt. 1.4. DRUKARKA DL5;
- c. w części zamówienia nr 1 - Załącznik nr 1 do siwz pkt. III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia w pkt. 1.5 DRUKARKA (LASEROWA KOLOROWA A4 - DLCt);
- d. w części zamówienia nr 2 - Załącznik nr 1 do siwz pkt. III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia na str.8 w pkt.2 DRUKARKI DL3,

- poprzez wprowadzenie zasady jednolitego, równego udziału w postępowaniu producentów urządzeń kartridżowych i producentów urządzeń rozdzielnych, tak jak zostało to opisane w pkt. 1.2 DRUKARKA DL1 Załącznika Nr 1 do siwz pkt. III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia,

2. zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zrównanie wymagań co do ilości materiałów eksploatacyjnych dla urządzeń wyposażonych w zintegrowany toner z bębniem z wymaganiami dla urządzeń, wyposażonych w rozdzielne toner i bęben, tj.:

- a. w części zamówienia nr 1 - Załącznik nr 1 do siwz pkt III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia w pkt. 1.3. DRUKARKA DL4 - w ppkt. 20 oraz w ppkt. 21 - poprzez określenie takiej samej ilości materiałów eksploatacyjnych bez względu na technologię (kartridż lub rozdzielne toner i bęben),

- b. w części zamówienia nr 1 - Załącznik nr 1 do siwz pkt III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia w pkt. 1.4. DRUKARKA DL5 - w ppkt. 20 oraz w ppkt. 21 - poprzez określenie takiej samej ilości materiałów eksploatacyjnych bez względu na technologię (kartridż lub rozdzielne toner i bęben),
 - c. w części zamówienia nr 1 - Załącznik nr 1 do siwz pkt III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia w pkt. 1.5 DRUKARKA (LASEROWA KOLOROWA A4 - DLcT) w ppkt. 19 - poprzez określenie takiej samej ilości materiałów eksploatacyjnych bez względu na technologię (kartridż lub rozdzielne toner i bęben),
 - d. w części zamówienia nr 2 - Załącznik nr 1 do siwz pkt. III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia w pkt. 2 DRUKARKI DL3 w ppkt. 20 i 21 - poprzez określenie takiej samej ilości materiałów eksploatacyjnych bez względu na technologię (kartridż lub rozdzielne toner i bęben),
3. zmianę opisu przedmiotu zamówienia w zakresie drukarek wyposażonych w rozdzielne materiały eksploatacyjne, poprzez zrównanie wymagań co do ilości dostarczanego tonera z ilością dostarczanego bębna, tj.:
- a. w części zamówienia nr 1 - Załącznik nr 1 do siwz pkt. III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia w pkt. 1.3. DRUKARKA DL4 - w pkt. 20 oraz w pkt. 21 - poprzez określenie takiej samej ilości materiałów eksploatacyjnych bez względu na technologię (kartridż lub rozdzielne toner i bęben),
 - b. w części zamówienia nr 1 - Załącznik nr 1 do siwz pkt. III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia w pkt. 1.4. DRUKARKA DL5 - w pkt. 20 oraz w pkt. 21 - poprzez określenie takiej samej ilości materiałów eksploatacyjnych bez względu na technologię (kartridż lub rozdzielne toner i bęben),
 - c. w części zamówienia nr 1 - Załącznik nr 1 do siwz pkt. III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia w pkt. 1.5 DRUKARKA (LASEROWA KOLOROWA A4 - DLcT) w pkt. 19 - poprzez określenie takiej samej ilości materiałów eksploatacyjnych bez względu na technologię (kartridż lub rozdzielne toner i bęben),
 - d. w części zamówienia nr 2 - Załącznik nr 1 do siwz pkt. III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia na str. 8 w pkt. 2 DRUKARKI DL3 w pkt. 20 i 21 - poprzez określenie takiej samej ilości materiałów eksploatacyjnych bez względu na technologię (kartridż lub rozdzielne toner i bęben),
4. przeprowadzenie dowodu z siwz oraz specyfikacji technicznych drukarek KYOCERA FS-4020dn; FS-9530dn; FS-5350dn oraz FS-2020dn na okoliczność faworyzowania przez zamawiającego tego producenta,
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu, co następuje:

W części zamówienia nr 1 Załącznik nr 1 do siwz pkt. III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia w pkt. 1.3. DRUKARKA DL4, zamawiający określił dla zamawianej drukarki DL4 w ppkt. 20 ilość wszystkich tonerów w komplecie z drukarką, która zapewni wydrukowanie 70 000 stron czarno - białych A4 przy 5% zaczernieniu strony. Dla tej samej drukarki DL4 zamawiający określił ilość wszystkich bębnow w komplecie z drukarką, która zapewni wydrukowanie 300 000 stron czarno -białych A4 przy 5% zaczernieniu. Taki zapis uniemożliwia udział w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego producentom urządzeń kartridżowych (bęben i toner zintegrowane), dopuszczając do niego wyłącznie producentów urządzeń rozdzielnych (bęben i toner rozdzielne) i żądając dodatkowych materiałów eksploatacyjnych potrzebnych do wydrukowania 70 000 kopii stron czarno-białych oraz i bębnow potrzebnych do wydrukowania aż 300 000 kopii stron czarno-białych.

Poprzez te zapisy zamawiający faworyzuje jeden model drukarki KYOCERA FS-4020dn, która jako jedyna na rynku posiada bęben na 300 000 tysięcy wydruków w standardzie. Ponadto, celowym działaniem zamawiającego było niedopuszczenie producentów urządzeń kartridżowych (bęben i toner zintegrowane), bowiem wyżej wymienieni dostarczyliby wraz z drukarką tylko taką liczbę kartridży, która zapewniłaby wydruk tylko 70 000 kopii stron czarno-białych, co spełniłoby wymagania zamawiającego i pozwoliłoby konkurować cenowo z ww modelem drukarki KYOCERA FS-4020dn. Inny producent niż producent drukarki KYOCERA FS-4020dn musiałby dokonać w sprzęcie istotnych modyfikacji (dołożenie dodatkowych bębnow), co znacznie podniosłoby cenę oferty jego urządzenia wraz z materiałami eksploatacyjnymi zapewniającymi wydrukowanie ilości kopii wskazanych przez zamawiającego w siwz dla drukarki DL4.

Niezależnie od naruszenia, przez taki opis przedmiotu zamówienia dla drukarki DL4, zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, powstaje pytanie o zasadność ekonomiczną żądania zamawiającego, wskazującego na rozbieżność pomiędzy ilością wszystkich tonerów w komplecie z drukarką, jaka zapewni wydrukowanie 70 000 storn czarnobiałych A4 przy zaczernieniu 5% a ilością wszystkich bębnow w komplecie z drukarką jaka zapewni wydrukowanie 300 000 stron czarnobiałych A4 przy 5% zaczernieniu. Drukarka nie drukuje na samych bębnach, więc takie żądanie nie jest uzasadnione finansowo, a to oznacza, że pociąga za sobą większe wydatki środków publicznych. Ponadto, powstaje pytanie o zasadność merytoryczną i faktyczną żądania zamawiającego - nie ma bowiem żadnego obiektywnego uzasadnienia do żądania bębna lub bębnow do wydruku 300 000, a nie np. na 365 000 stron czarnobiałych A4 przy 5% zaczernieniu strony. Wobec powyższego, oczywistym jest faworyzowanie przez zamawiającego producenta drukarek marki KYOCERA, a w szczególności jednego modelu, tj. drukarki KYOCERA FS-4020dn.

W części zamówienia nr 1 - Załącznik nr 1 do siwz pkt. III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia w pkt. 1.4. DRUKARKA DL5 zamawiający w ppkt. 20 określił ilość wszystkich tonerów w komplecie z drukarką, która zapewni wydrukowanie 100 000 stron czarno - białych A4 CMYK po 5% zaczernieniu strony, zaś w pkt.21 - ilość wszystkich bębnow w komplecie z drukarką, która zapewni wydrukowanie 500 000 stron czarno - białych A4 przy 5 % zaczernieniu strony.

Powyższy zapis siwz wskazuje, że zamawiający dla drukarki DL5 nie dopuszcza producentów urządzeń kartridżowych (bęben i toner zintegrowane), a jedynie producentów urządzeń rozdzielnych (bęben i toner rozdzielne) i żąda dodatkowych materiałów eksploatacyjnych potrzebnych do wydrukowania 100 000 kopii stron czarno-białych oraz bębnow potrzebnych do wydrukowania aż 500 000 kopii stron czarnobiałych. Te zapisy wskazują, że zamawiający faworyzuje tylko jednego producenta drukarek, jakim jest firma KYOCERA - model drukarki KYOCERA FS-9530dn, która właśnie, jako jedyna na rynku posiada bęben na 500 000 tysięcy wydruków w standardzie. Ponadto, celowym działaniem zamawiającego było nie dopuszczenie producentów urządzeń kartridżowych (bęben i toner zintegrowane), bowiem wyżej wymienieni dostarczyliby wraz z drukarką tylko taką liczbę kartridży, która zapewniłaby wydruk tylko 100 000 kopii stron czarno-białych, co spełniłoby wymagania zamawiającego i pozwoliłoby konkurować cenowo z ww. modelem drukarki KYOCERA FS-9530dn. Inny producent chcąc spełnić rozbieżne wymagania zamawiającego w zakresie ilości tonerów i ilości bębnow dla takiej drukarki musiałby dołożyć kilka lub kilkanaście dodatkowych bębnow, co znacznie podnosi oczywiście cenę jego oferty za takie urządzenie wraz materiałami eksploatacyjnymi do wydrukowania ilości stron wskazanych przez zamawiającego. Drukarka nie drukuje na samych bębnach, więc takie żądanie nie jest uzasadnione finansowo, pociąga za sobą większe wydatki środków publicznych. Ponadto, powstaje pytanie o zasadność merytoryczną i faktyczną żądania zamawiającego - niewiadomym jest, dlaczego zamawiający żąda bębna lub bębnow na 500 000, a nie np. na 565 000 stron czarno - białych A4 przy 5% zaczernieniu strony. Niezasadne ograniczenie oferty także w tym zakresie stanowi faworyzowanie producenta drukarek marki KYOCERA, a w szczególności jednego modelu, tj. drukarki KYOCERA FS-9530dn.

W części zamówienia nr 1 - Załącznik nr 1 do siwz pkt. III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia w pkt. 1.5 DRUKARKA (LASEROWA KOLOROWA A4 - DLcT) w ppkt. 19 zamawiający określił ilość wszystkich tonerów w komplecie z drukarką, która zapewni wydrukowanie 5000 stron kolorowych A4 CMYK po 5 % pokrycia każdej składowej CMYK, zaś w tym samym ppkt. L9 wskazuje, że żąda ilości wszystkich bębnow w komplecie z drukarką, która zapewni wydrukowanie 200 000 stron kolorowych A4 CMYK po 5 % pokrycia każdej składowej CMYK - określenie takiej samej ilości materiałów eksploatacyjnych bez względu na technologię (kartridż lub rozdzielne toner i bęben).

Takie zapisy w siwz wskazują, że zamawiający nie dopuszcza dla tego rodzaju drukarki producentów urządzeń kartridżowych (bęben i toner zintegrowane), a tylko producentów urządzeń rozdzielnych (bęben i toner rozdzielne) i żąda dodatkowych materiałów eksploatacyjnych potrzebnych do wydrukowania 5 000 kopii stron kolorowych oraz i bębnow potrzebnych do wydrukowania aż 200 000 kopii stron czarno-białych. W ten sposób żądania zamawiającego oraz zapisy siwz faworyzują jednego producenta, tj. firmę KYOCERA i jeden model drukarki, tj. drukarkę KYOCERA FS- FS-5350dn, która właśnie jako jedyna na rynku posiada bęben na 200 000 tysięcy wydruków w standardzie.

Ponadto, celowym działaniem zamawiającego było nie dopuszczenie producentów urządzeń kartridżowych (bęben i toner zintegrowane), bowiem wyżej wymienieni dostarczyliby wraz z drukarką tylko taką liczbę kartridży, która zapewniłaby wydruk tylko 5 000 kopii stron kolorowych, co spełniłoby wymagania zamawiającego i pozwoliłoby konkurować cenowo z ww. modelem drukarki KYOCERA FS-5350dn. Inny producent niż KYOCERA, chcąc spełnić rozbieżne wymagania zamawiającego w zakresie ilości tonerów i ilości bębnow dla takiej drukarki, musiałby dostarczyć bębnow potrzebnych do wydrukowania 5 000 kopii stron czarnobiałych, co znacznie podnosi cenę jego oferty za takie urządzenie wraz z materiałami eksploatacyjnymi do wydrukowania ilości stron wskazanych przez zamawiającego. Drukarka nie drukuje na samych bębnach, więc takie żądanie nie jest uzasadnione finansowo, pociąga za sobą większe wydatki środków publicznych.

Ponadto, powstaje pytanie o zasadność merytoryczną i faktyczną takiego żądania zamawiającego. Także i w tym miejscu trudno odgadnąć, dlaczego zamawiający zażądał bębna lub bębnow na 200 000, a nie np. na 265 000 stron czarno - białych A4 przy 5% zaczernieniu strony. Brak transparentnych przesłanek wprowadzenia tego rodzaju ograniczenia oferty świadczy o faworyzowaniu przez zamawiającego producenta drukarek marki KYOCERA, a w szczególności jednego modelu, tj. drukarki KYOCERA FS-5350dn.

W części zamówienia nr 2 - Załącznik nr 1 do siwz pkt. III Szczegółowe wymagania dla poszczególnych części zamówienia na str. 8 w pkt.2 DRUKARKI DL3 parametry minimalne z wyjątkiem tych, przy których wskazano max -zamawiający w ppkt. 20 żąda ilości wszystkich tonerów w komplecie z drukarką, która zapewni wydrukowanie 40 000 stron czarno - białych A4 przy 5 % zaczernieniu strony, zaś w ppkt. 21 żąda ilości wszystkich bębnow w komplecie z drukarką, która zapewni wydrukowanie 300 000 stron czarno - białych A4, przy 5% zaczernieniu strony. Tak określone żądania i zapisy siwz wskazują, że zamawiający nie dopuszcza producentów urządzeń kartridżowych (bęben i toner zintegrowane), a tylko producentów urządzeń rozdzielnych (bęben i toner rozdzielne) i żąda dodatkowych materiałów eksploatacyjnych potrzebnych do wydrukowania 40 000 kopii stron czarno-białych oraz i bębnow potrzebnych do wydrukowania aż 300 000 kopii stron czarno-białych. Zapisy siwz faworyzują jednego producenta drukarek, tj. firmę KYOCERA oraz tylko

jeden model takiej drukarki, tj. drukarkę KYOCERA FS-2020dn, która właśnie jako jedyna na rynku posiada bęben na 300 000 tysięcy wydruków w standardzie.

Ponadto, celowym działaniem zamawiającego jest niedopuszczenie producentów urządzeń kartridżowych (bęben i toner zintegrowane), bowiem wyżej wymienieni dostarczyliby wraz z drukarką tylko taką liczbę kartridży, która zapewniłaby wydruk tylko 40 000 kopii stron czarno-białych, co spełniłoby wymagania zamawiającego i pozwoliłoby konkurować cenowo z ww. modelem drukarki KYOCERA FS-2020dn. Inny producent musiałby dołożyć kilka lub kilkanaście dodatkowych bębnow, co znacznie podnosi cenę jego oferty na takie urządzenia.

Powstaje także pytanie o zasadność merytoryczną i faktyczną takiego żądania. Nie jest wiadome jakie przesłanki sprawiły, że zamawiający zażądał bębna lub bębnow na 300 000, a nie np. na 365 000 stron czarno - białych A4 przy 5% zaczernieniu strony, co świadczy o faworyzowaniu producenta drukarek marki KYOCERA, a w szczególności jednego modelu, tj. drukarki KYOCERA FS-2020dn.

W kontekście powyższych, niczym nie uzasadnionych ograniczeń stawianych w siwz odwołujący zwrócił uwagę, iż jakiegokolwiek ograniczenie konkurencji musi opierać się na realnych proporcjonalnych powodach, które stopień tego ograniczenia będą sankcjonować i uzasadniać. W przedmiotowym przypadku brak takich powodów. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 618/11)

Omówione postanowienia siwz wskazują, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku Nr 1 dla siwz dla drukarek DL4; DL5, DLCt i DL3 w sposób umożliwiający udział w postępowaniu tylko jednego producenta - KYOCERA. Treść siwz powoduje wrażenie, że w wyżej wskazanym zakresie stanowi transkrypcję specyfikacji technicznych drukarek KYOCERA.

Odwołujący zauważył, że oferty innych producentów, którzy chcieliby ubiegać się o zamówienie, będą wymagały wyższej ceny (z uwagi na konieczność dostosowania sprzętu seryjnej produkcji do wymogów zamawiającego), a więc niekonkurencyjną wobec oferty opartej na wskazanych przez zamawiającego produktach firmy KYOCERA mimo, że jakość produktów innych niż firma KYOCERA jest dokładnie taka sama. W niniejszym postępowaniu, uprzywilejowanie producenta drukarek KYOCERA osiągnęło stopień odbierający pozostałym producentom jakąkolwiek szansę na udział w postępowaniu.

W dniu 3 czerwca 2011 r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Arcus S.A. z siedzibą w Warszawie, wskazując, iż uwzględnienie odwołania powoduje, że przystępujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości złożenia oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W dniu 3 czerwca do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca INTARIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie także po stronie zamawiającego. Przystępujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia został przygotowany przez zamawiającego w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dniu 3 czerwca do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca TECHELON Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 13 czerwca 2011 r., w toku posiedzenia, zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wyjaśnił, iż przedmiotowe zamówienie uwzględnia obiektywne potrzeby i interesy zamawiającego. W wyniku analizy rynku drukarek laserowych zamawiający doszedł do wniosku, że technologia rozdzielności bębna i tonera stanowi dla niego najlepsze rozwiązanie pod względem finansowym. Wyczerpanie się zapasów tonera jest łatwe do przewidzenia, natomiast określenie stopnia zużycia bębna elektrofotograficznego jest bardziej skomplikowane oraz ma zupełnie inną specyfikę. Zużycie tonera wynika ze stopnia pokrycia drukowanych stron, a zużycie bębna wynika z liczby drukowanych stron, bez względu na stopień zaciemnienia. W przypadku kartridża zużycie tonera następuje szybciej niż bębna. Zużycie tonera w efekcie powoduje zużycie całego kartridża i konieczność jego wymiany, podczas gdy sam bęben nie będzie jeszcze zużyty. Technologia rozdzielności bębna względem tonera jest więc dużo bardziej korzystna dla zamawiającego z punktu widzenia finansowego.

Zamawiający wskazał, że zakup drukarek jest realizowany na potrzeby wielu różnorodnych jednostek podległych Ministrowi Obrony Narodowej, dlatego zamówienie obejmuje zakup materiałów eksploatacyjnych w postaci bębnow i tonerów na najbliższy okres, uwzględniając zachowanie 36 miesięcznej gwarancji na ww. urządzenia. Łączny zakup materiałów eksploatacyjnych powoduje obniżenie ich ceny i w efekcie oszczędności wydatków. Przedmiot zamówienia uwzględnia specyficzne cechy środowiska, w którym drukarki będą eksploatowane. W wielu miejscach realizowane są wydruki specyficzne, pisma resortowe na niestandardowym papierze o znacznej gramaturze lub na papierze ekologicznym, który ma inną fakturę i gramaturę (urządzenia DL4, DL3 oraz DL3). Dla wydruków o niestandardowym formacie, wysokonakładowych jest dedykowana drukarka DL5. Powyższe urządzenia będą ponadto pracować często w warunkach mobilnych, gdzie zakup i uzupełnienie materiałów eksploatacyjnych może być niemożliwe. Urządzenia będą eksploatowane nie tylko w Polsce lecz także w jednostkach wojskowych na misjach zagranicznych, gdzie trudno będzie zapewnić materiały eksploatacyjne do dostarczonych tam urządzeń.

Zamawiający podkreślił, że nie faworyzuje w postępowaniu jednego producenta, a jak wskazał sam odwołujący, są inni producenci i dostawcy drukarek spełniających wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Na rynku znajdują się urządzenia innych producentów, w tym np. Olivetti, Utax, Lexmark.

Zamawiający podniósł, że nieuprawnione jest twierdzenie, iż oferta wykonawcy, który musiałby dołożyć dodatkowe bębny byłaby droższa. Zdaniem zamawiającego, w postępowaniu przetargowym ceny urządzeń, a w szczególności materiałów eksploatacyjnych są znacznie niższe od cen rynkowych.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący wypełnia przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania. Odwołujący zajmuje się sprzedażą m.in. drukarek laserowych, a tym samym jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, jednak kwestionowane w odwołaniu postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiają mu wzięcie udziału w postępowaniu i złożenie oferty. Odwołujący może zatem ponieść szkodę, gdyż z uwagi na kwestionowane brzmienie opisu przedmiotu zamówienia traci możliwość uczestniczenia w postępowaniu w powyższym zakresie oraz ewentualnego uzyskania zamówienia.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Nie potwierdził się, w ocenie Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp w wyniku dokonania w siwz opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję. Przepis powyższy stanowi wyraz jednej z naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ust. 1 Pzp. W myśl art. 29 ust. 2 Pzp, zamawiający nie może w szczególności, poprzez

opisanie szczegółowych parametrów technicznych przedmiotu zamówienia, wskazywać na konkretny produkt, oferowany przez konkretnego wykonawcę.

Wskazać należy, że szczegółowe opisanie przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem i jednocześnie uprawnieniem zamawiającego, który zachowując zasady określone w przepisach ustawy Pzp, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego obiektywne i uzasadnione potrzeby. Za utrwalony w orzecznictwie KIO należy uznać pogląd, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym. Tym samym za oczywisty należy uznać fakt, iż niektórym wykonawcom łatwiej jest spełnić wymagania zamawiającego niż innym, a część wykonawców w ogóle nie może wziąć udziału w postępowaniu. Fakt ten nie zawsze jest zatem wyrazem naruszenia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji.

Izba uznała za wiarygodną i spójną argumentację zamawiającego, iż z uwagi na przewidywane korzyści ekonomiczne oraz eksploatacyjne drukarek i materiałów eksploatacyjnych do drukarek o technologii rozdzielnej bębna wobec tonera, zamawiający mógł dokonać opisu przedmiotu zamówienia, wskazując na określone w tym zakresie oczekiwania. Podkreślić należy, że stosowanie przepisów ustawy Pzp prowadzące do narzucenia zamawiającemu zakupów, które nie odpowiadają jego potrzebom i ograniczają jego swobodę w podejmowaniu decyzji, związanych z prowadzoną działalnością, nie da się pogodzić z celem tej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania przez zamawiających racjonalnych i celowych zakupów.

Nieuprawnione i bezpodstawne są twierdzenia odwołującego w przedmiocie potrzeb zamawiającego, w szczególności zarzut, że zamierza zakupić bębny do drukarek o zbyt dużej żywotności w stosunku do ilości kupowanych tonerów oraz do jego rzeczywistych potrzeb. To zamawiający dysponuje dostateczną wiedzą w zakresie eksploatacji urządzeń drukujących w jego jednostkach i potrzeb z tym związanych, które zaspokoić ma przedmiot zamówienia, o opisanych przez zamawiającego wymaganiach.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż określona przez zamawiającego w siwz żywotność bębna wskazuje na konkretne modele drukarek Kyocera. Zauważyć należy, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zawarł jednoznaczny wymóg i wskazanie zarazem, że zawarte tam parametry techniczno-użytkowe stanowią wymagania minimalne lub też maksymalne. Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia pkt 1.3 ppkt 21, zamawiający umożliwił zaoferowanie większej (odpowiedniej) ilości bębnow w komplecie z drukarką, która zapewni wydrukowanie 300 000 stron w przypadku drukarki DL4. Taki sam zapis został powtórzony przy opisie pozostałych drukarek (pkt 1.4, pkt 1.5, pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia – Załącznik nr 1 do siwz).

Odwołujący nie wykazał, iż rzeczywiście jest tylko jeden podmiot – firma Kyocera, której produkty spełniają wymagania określone w siwz. Przeciwnie do swojego twierdzenia wielokrotnie wskazywał w odwołaniu i również na rozprawie, że: „Inny producent niż KYOCERA chcąc spełnić rozbieżne wymagania zamawiającego w zakresie ilości tonerów i ilości bębnow dla takiej drukarki musiałby dostarczyć bębnow potrzebnych do wydrukowania tylko 5 000 kopii stron czarno-białych, co znacznie podnosi oczywiście cenę jego oferty za takie urządzenie wraz materiałami eksploatacyjnymi do wydrukowania ilości stron wskazanych przez zamawiającego.” Odwołujący nie zaprzeczył przy tym, iż jest wielu dystrybutorów drukarek spełniających wymogi zamawiającego. Stwierdził, że modele drukarek OLIVETTI i UTAX są dostępne na rynku. Faktycznie są to modele firmy Kyocera lecz sprzedawane pod inną marką i przez innego dystrybutora w Polsce. Ponadto wskazywał, że „pozostali producenci drukarek w standardzie mają bęben o mniejszej pojemności, a zatem, aby sprostać wymaganiom zamawiającego, muszą dostarczyć większą ilość bębnow”.

Podkreślić należy, że jeżeli jest co najmniej dwóch wykonawców, którzy są w stanie zaoferować urządzenia spełniające parametry techniczne wskazane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, to nie ma podstaw by powoływać się na naruszenie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez ograniczenie dostępu do zamówienia innym wykonawcom.

W sprawie będącej przedmiotem postępowania została ustalona okoliczność, że na rynku drukarek jest co najmniej jeszcze jeden producent, który posiada w ofercie drukarki o parametrach technicznych, określonych w specyfikacji. Producent drukarek Konica Minolta w oświadczeniu z dnia 1 czerwca 2011 r. potwierdził, że posiada w swojej ofercie drukarki laserowe, zgodne z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto, w świetle wydruków ze stron internetowych producenta Lexmark, Olivetti oraz wyszukiwarki „Infomarkt”, przystępujący Arcus S.A. wykazał, że dla drukarek DL3, DL4, DL5 i DLCt istnieją produkowane odpowiedniki innych marek, których dystrybucją zajmują się inne podmioty niż dystrybutorzy marki KYOCERA. Z powyższych informacji wynika, że są dostępne urządzenia porównywalne do drukarki DL4 innych marek, w tym drukarka Lexmark W850DN. Powyższe dowodzi, że modele drukarek marki KYOCERA nie są jedynymi urządzeniami występującymi na rynku, spełniającymi wymagania siwz. Wskazać należy, że przygotowanie oferty przez wykonawców może wymagać od niektórych z nich dostosowania oferowanych produktów do wymagań zamawiającego w tym postępowaniu, co nie oznacza jednak ograniczenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do kwestii zasadności wyłączenia przez zamawiającego z przedmiotu zamówienia drukarek zintegrowanych o technologii kartridży, Izba wzięła pod uwagę

wyjaśnienia zamawiającego, z których wynika, że wprowadzając ww. wymaganie miał na względzie niższe koszty eksploatacji drukarek w technologii rozdzielnego bębna i tonera, biorąc pod uwagę różnorodność i specyfikę warunków eksploatacji zamawianych drukarek. Z wyjaśnień zamawiającego wynika, że drukarki będą eksploatowane nie tylko w kraju, ale również w polskich jednostkach wojskowych na misjach zagranicznych, gdzie trudność będzie sprawiło zaopatrzenie tych urządzeń w materiały eksploatacyjne. Z tego względu przedmiotem zamówienia są drukarki wraz z kompletem materiałów eksploatacyjnych.

Według ustaleń dokonanych przez zamawiającego w wyniku analizy rynku drukarek laserowych, urządzenia zintegrowane są tańsze w zakupie od urządzeń niezintegrowanych, lecz są za to droższe w eksploatacji. Zużycie tonera drukarki w obydwu technologiach (zintegrowanej i nie zintegrowanej) powoduje różne koszty, z uwagi na konieczność wymiany w systemie nie zintegrowanym samego tonera, a w systemie zintegrowanym - całego kartridża, niezależnie od stopnia zużycia bębna.

Wobec czego zapis siwz, który uniemożliwia zaoferowanie w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego urządzeń kartridżowych (bęben i toner zintegrowane), dopuszczając urządzenia rozdzielne (bęben i toner rozdzielne) oraz wymóg zaoferowania dodatkowych materiałów eksploatacyjnych, w tym tonerów potrzebnych do wydrukowania określonych ilości kopii stron czarno-białych i bębnow potrzebnych do wydrukowania o wiele większej liczby kopii stron czarno-białych, nie stanowi naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp. Jak wynika z ustalonego stanu rzeczy, zamawiający postawił wymogi dotyczące liczby wydruków bębna i tonera w sposób racjonalny oraz z uwzględnieniem własnych uzasadnionych i obiektywnych potrzeb, a także z uwzględnieniem zasad i kosztów eksploatacji ww. urządzeń.

Nie sposób w tych okolicznościach przyjąć, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku Nr 1 dla siwz dla drukarek DL4; DL5, DLCt i DL3 w sposób umożliwiający udział w postępowaniu tylko jednego producenta - firmy KYOCERA. Treść siwz potwierdza, że zamawiający umożliwił wykonawcom zaoferowanie urządzeń również innych producentów, określając wymagania jako minimalne lub maksymalne, przy czym zapewnienie wykonania określonej ilości kopii przy 5 % zaczernieniu jest możliwe, poprzez zaoferowanie dowolnej ilości bębnow, co przeczy twierdzeniu odwołującego, iż siwz stanowi de facto powielenie specyfikacji technicznych drukarek KYOCERA FS-4020dn; FS-9530dn; FS-5350dn oraz FS-2020dn. Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że nie jest zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp.

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba oddaliła odwołanie, orzekając, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: