

WYROK

z dnia 28 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 24 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2019 r. przez wykonawcę **Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu**

przy udziale wykonawcy **Canon Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu numer 1 pkt 1 odwołania dotyczącego rozdzielczości druku, uwzględnionego przez Zamawiającego.

2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) poprzez:

- usunięcie z treści pkt 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku czarno białego (maszyna nr 1) parametru dotyczącego minimalizacji obróbki termicznej papieru, niska temperatura utrwalania rzędu 100°C (możliwość dalszej obróbki mechanicznej wykonanych wydruków tj. bigowanie, kopertowanie, lakierowanie, foliowanie),

- usunięcie z treści pkt 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku czarno białego (maszyna nr 2) parametru dotyczącego minimalizacji obróbki termicznej papieru, niska temperatura utrwalania rzędu 100°C (możliwość dalszej obróbki mechanicznej wykonanych wydruków tj. bigowanie, kopertowanie, lakierowanie, foliowanie).

- podział zamówienia na trzy części - w ten sposób, iż każde z trzech urządzeń

stanowiłby odrębną część zamówienia oraz nakazuje dopuszczenie składania ofert częściowych. Jednocześnie, Izba nakazuje stosowne dostosowania, jeśli jest to konieczne w treści ogłoszenia o zamówieniu i w innych miejscach SIWZ.

3. Pozostałe zarzuty odwołania oddala.

4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

c) zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego się kwotę **18 600 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Toruniu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986; ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Najem wielofunkcyjnego systemu wysokonakładowego druku cyfrowego kolorowego i dwóch systemów wysokonakładowego druku cyfrowego czarno-białego wraz z kompleksowym serwisem, sukcesywną dostawą tonerów i oprogramowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 kwietnia 2019 r., pod numerem: Dz. U. 2019/S 084-199020.

W dniu 10 maja 2019 r. wykonawca - Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie:

1. pkt 2 Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) w zakresie urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku kolorowego, tj. parametru dotyczącego rozdzielczości druku - przynajmniej 2400 X 2400 dpi.

2. pkt 2 Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) w zakresie urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku czarno białego (maszyna nr 1) tj. możliwości zadruku na mediach w formatach niestandardowych z zakresu 208 x 208 mm - 350 x 500 mm oraz parametru dotyczącego minimalizacji obróbki termicznej papieru, niska temperatura utrwalania rzędu 100°C (możliwość dalszej obróbki mechanicznej wykonanych wydruków tj. bigowanie, kopertowanie, lakierowanie, foliowanie);

3. pkt 2 Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) w zakresie urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku czarno białego (maszyna nr 2), tj. parametru dotyczącego minimalizacji obróbki termicznej papieru, niska temperatura utrwalania rzędu 100°C (możliwość dalszej obróbki mechanicznej wykonanych wydruków tj. bigowanie, kopertowanie, lakierowanie, foliowanie);

Odwołujący zarzucił naruszenie:

4. art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny i niezasadniony potrzebami Zamawiającego, poprzez postawienie wymagania:

- w stosunku do urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku kolorowego, tj. parametru dotyczącego rozdzielczości druku - przynajmniej 2400 X 2400 dpi,

- w stosunku do urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku czarno białego (maszyna nr 1) tj. możliwości zadruku na mediach w formatach niestandardowych tylko z zakresu 208 x 208 mm - 350 x 500 mm oraz parametru dotyczącego „minimalizacji obróbki termicznej papieru, niska temperatura utrwalania rzędu 100°C (możliwość dalszej obróbki mechanicznej wykonanych wydruków tj. bigowanie, kopertowanie, lakierowanie, foliowanie) oraz
- w stosunku do urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku czarno białego (maszyna nr 2), tj. parametru dotyczącego minimalizacji obróbki termicznej papieru, niska temperatura utrwalania rzędu 100°C (możliwość dalszej obróbki mechanicznej wykonanych wydruków tj. bigowanie, kopertowanie, lakierowanie, foliowanie); podczas gdy postawienie łącznie takich wymagań oznacza dopuszczenie do udziału w postępowaniu tylko jednego producenta, bowiem nie istnieją żadne inne urządzenia spełniające łącznie wszystkie parametry określone przez Zamawiającego oprócz maszyn producenta Canon, a dodatkowo postawione wymagania są nieproporcjonalne i nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. modyfikacji treści pkt 2 Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) w zakresie urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku kolorowego poprzez zmniejszenie wymogów dotyczących rozdzielczości druku - do maksymalnie 1200x1200 dpi.
2. usunięcie z treści pkt 2 OPZ w zakresie urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku czarno białego (maszyna nr 1) parametru dotyczącego możliwości zadruku na mediach w formatach niestandardowych tylko z zakresu 208 x 208 mm - 350 x 500 mm oraz parametru dotyczącego „minimalizacji obróbki termicznej papieru, niska temperatura utrwalania rzędu 100°C (możliwość dalszej obróbki mechanicznej wykonanych wydruków tj. bigowanie, kopertowanie, lakierowanie, foliowanie),
3. usunięcie z treści pkt 2 OPZ w zakresie urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku czarno białego (maszyna nr 2) parametru dotyczącego minimalizacji obróbki termicznej papieru, niska temperatura utrwalania rzędu 100 °C (możliwość dalszej obróbki mechanicznej wykonanych wydruków tj. bigowanie, kopertowanie, lakierowanie, foliowanie).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także brak podziału postępowania na części:

1. rozdziału III pkt 5 SIWZ i Sekcji II pkt 11.1.6. Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie niedopuszczenia przez Zamawiającego składania ofert częściowych
2. braku podziału zamówienia na trzy części, tj. braku wyodrębnienia każdego z rodzaju urządzeń wielofunkcyjnych objętym przedmiotem postępowania do oddzielnej części zamówienia oraz dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych, tj.:
 - a. pkt 2 OPZ w zakresie urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku kolorowego

b. pkt 2 OPZ w zakresie urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku czarno białego (maszyna nr 1)

c. pkt 2 OPZ w zakresie urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku czarno białego (maszyna nr 2),

W tym zakresie Odwołujący zarzucił naruszenie:

3. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36aa ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia polegające na niedopuszczeniu możliwości składania ofert częściowych, co w konsekwencji skutkować będzie nieudzieleniem zamówienia w częściach, a tym samym bezzasadnym ograniczeniem liczby podmiotów uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu;

4. art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez zaniechanie podziału zamówienia na części i tym samym ograniczenie liczby wykonawców uprawnionych do ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

5. modyfikacji treści SIWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu poprzez podział zamówienia na trzy części, tj. wyodrębnienie każdego z modeli urządzeń wielofunkcyjnych objętych przedmiotem postępowania do oddzielnej części zamówienia oraz dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych,

W związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego rozdzielczości druku, Izba odstąpiła od przytoczenia uzasadnienia powyższego zarzutu.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie może w sposób dowolny kreować postanowień SIWZ, lecz wymagania muszą wynikać z jego uzasadnionych potrzeb. Zdaniem Odwołującego wszystkie wyżej wskazane parametry urządzeń zostały zawężone w sposób nieuzasadniony ograniczając konkurencję do jednego tylko producenta. Odwołujący wskazał, że przepisy Pzp nakładają na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieograniczający zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a przy tym w sposób proporcjonalny i zgodny ze swoimi uzasadnionymi potrzebami.

Odwołujący podkreślił, że z określonych parametrów wynika nie tylko klasa urządzeń, ale także fakt, że tylko urządzenia jednego producenta - firmy Canon spełniają łącznie wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego. Z wiedzy i doświadczenia Odwołującego wynika, że parametry wszystkich urządzeń objętych przedmiotem zamówienia

zostały opisane na podstawie katalogu funkcjonalności posiadanych przez urządzenia wyżej wskazanego producenta. Dla przykładu Odwołujący wskazuje na model urządzenia Canon Océ VarioPrint 6180Titan. Postawienie takich wymagań oznacza dopuszczenie do udziału w postępowaniu tylko jednego producenta, bowiem nie istnieją żadne inne urządzenia spełniające łącznie wszystkie parametry określone przez Zamawiającego oprócz maszyn producenta Canon. Stanowi to naruszenie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Takie ukształtowanie OPZ w sposób jednoznaczny wskazuje na faworyzowanie tylko jednego producenta urządzeń, a tym samym uniemożliwia zaoferowanie w niniejszym postępowaniu urządzeń innych producentów, tj. z tej samej klasy i gwarantujących jakość wydruku na takim samym, a nawet wyższym poziomie. Zamawiający zatem bezpodstawnie dopuścił jedynie urządzenia oferowane przez firmę Canon pomimo tego, że inne urządzenia z tej samej klasy spełnią jego potrzeby. Zdaniem Odwołującego wymagania dotyczące zaskarżonych parametrów powinny zostać zmodyfikowane zgodnie z żądaniem Odwołującego, a w przypadku maszyny nr 1 i maszyny nr 2 usunięte z treści OPZ, aby umożliwić złożenie ofert przez innych wykonawców, a nie jedynie przez wykonawców oferujących urządzenia producenta Canon.

Odwołujący stwierdził ponadto, że w świetle Rozdziału III pkt 5 SIWZ i Sekcji II pkt 11.1.6. Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych. Zarzut ten jest ściśle związany z wyżej opisanym wadliwym sformułowaniem opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia stanowi jedną całość, na którą składają się trzy modele urządzeń o różnych parametrach szczegółowo opisane w OPZ. W związku z powyższym fakt braku podziału na części w połączeniu z opisem przedmiotu zamówienia wskazującym tylko na jednego producenta powoduje naruszenie zasad konkurencyjności i uniemożliwia złożenie ofert przez wykonawców chcących zaoferować urządzenia innych producentów. Zamawiający zatem powinien dopuścić możliwość składania ofert częściowych w niniejszym postępowaniu, aby umożliwić złożenie konkurencyjnych ofert przez wykonawców, którzy nie oferują urządzeń firmy Canon.

Ukształtowanie treści SIWZ obowiązującej w niniejszym postępowaniu poprzez niczym nieuzasadnione zaniechanie podziału zamówienia na części - wbrew praktyce i racjonalności ekonomicznej - zupełnie ogranicza konkurencję. Zamawiający w ten sposób ograniczył dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy nie są w stanie złożyć oferty na całe zamówienie, jeżeli nie zaoferują urządzeń producenta Canon. Natomiast po zmianie parametrów w zakresie określonym przez Odwołującego i podziale zamówienia na części są w stanie złożyć oferty na części zamówienia i zaoferować Zamawiającemu korzystniejsze ceny. W praktyce bowiem na rynku istnieje tylko jeden producent - firma Canon, która może złożyć ważną ofertę obejmującą wszystkie urządzenia objęte przedmiotem zamówienia. Brak podziału na części skutkuje tym,

że żaden podmiot poza wyżej wskazanym producentem nie może złożyć w przedmiotowym postępowaniu oferty na urządzenia, pomimo, że jest w stanie dostarczyć np. urządzenia wielofunkcyjne do cyfrowego druku kolorowego.

Obowiązek podziału zamówienia na części wynika zarówno z opinii Urzędu Zamówień Publicznych, orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej jak i zasad przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zasad sporządzania opisu przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu brak podziału zamówienia na części w ogóle uniemożliwił dostęp do zamówienia podmiotom, które chcą zaoferować urządzenia innego producenta niż firma Canon. Zdaniem Odwołującego doszło zatem do naruszenia zasady konkurencji poprzez ograniczenie tym podmiotom możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Ponadto, w opinii Odwołującego nie ma racjonalnej podstawy dla przyjęcia twierdzenia, że uzyskanie całości zamówienia tylko przez jednego wykonawcę zapewni prawidłową realizację zamówienia. Zdaniem Odwołującego zarówno zasady zachowania uczciwej konkurencji jak i gospodarność środkami publicznymi uzasadniają podział zamówienia na części, a jednocześnie uzasadnione potrzeby Zamawiającego będą zrealizowane w co najmniej taki samym stopniu przy podziale zamówienia na części jak i przy udzieleniu zamówienia jednemu podmiotowi i uniemożliwieniu realizacji zamówienia przez innych wykonawców. Nie ma zatem żadnych względów technicznych i ekonomicznych uzasadniających niepodzielną realizację zamówienia na części.

Zwrócił uwagę na to, że Zamawiający nie ma żadnych korzyści z tego, że otrzyma pełne zamówienie od jednego wykonawcy a brak podziału zamówienia na części, w połączeniu z wadliwym sporządzeniem przedmiotu zamówienia, powoduje że postępowanie jest niekonkurencyjne, a tym samym została naruszona naczelną zasadą zamówień publicznych obligująca Zamawiającego do przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Takie działanie będzie skutkowało niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych poprzez otrzymanie jednej, droższej oferty, zamiast kilku o konkurencyjnych cenach. Zamawiający nie posiada żadnego interesu w zawarciu umowy z jednym wykonawcą i zapłaceniu wyższej ceny.

Powyższe wskazuje zatem, że treść SIWZ, w tym ogłoszenia o zamówieniu oraz OPZ jest aktualnie niezgodna z przepisami Pzp. Zamawiający powinien zatem dokonać zmiany treści tych dokumentów zgodnie z żądaniami przedstawionymi przez Odwołującego oraz umożliwić składanie ofert częściowych w celu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przy jednoczesnym zapewnieniu sobie uzyskania wysokiej klasy i jakości urządzeń.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uwzględnił odwołanie w części dotyczącej wymaganej przez niego rozdzielczości druku urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku kolorowego, w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że jego intencją jest nabycie maszyn drukarskich spełniających wysokie wymagania jakościowe, energooszczędnych i nie generujących dodatkowych nakładów pracy, czy nadmiernych kosztów eksploatacji.

Odnosząc się do wymogu dotyczącego możliwości zadruku na mediach w formatach niestandardowych z zakresu 208 x 208 mm - 350 x 500 mm (pkt 2 OPZ), wskazał, iż wymóg ten ma dla Zamawiającego kluczowe znaczenie. Wyjaśnił, że w Polsce przyjęto przez dziesięciolecia za format akademicki książek wymiar: 165 x 235 mm. Wymiar taki obecnie jest stosowany przez konkurencyjne dla Zamawiającego drukarnie posiadające maszyny offsetowe. Z uwagi na to, iż Zamawiający dotąd nie posiadał maszyn umożliwiających zadruk w takim formacie, od 11 lat produkował książki w formacie mniejszym — formacie B tj. 158 x 226 mm. Z uwagi na ten fakt, drukarnia Zamawiającego nie może konkurować w wielu projektach z drukarniami stosującymi maszyny offsetowe. Dodatkowo, drukowanie w mniejszym formacie B wpływa na zwiększenie się liczby stron w każdej z książek o kilka procent co wpływa na zwiększenie zużycia papieru i co za tym idzie wzrost kosztu wytworzenia. Więcej stron do wydrukowania, poza samym kosztem papieru, przekłada się także na zwiększenie się o kilka procent liczby wydruków. To również jest wzrost kosztów wytworzenia. Z wyliczeń Zamawiającego wynika, że zmiana formatu na mniejszy, to strata dla Zamawiającego rzędu 9% kosztów druku (papieru i zadruku) rocznie. Poza zmianą formatu książek, z mniejszym od standardowego formatem papieru, wiąże się jeszcze jeden kluczowy element, mianowicie jego przygotowanie. Zamawiający wykorzystuje do drukowania format B (70% produkcji odbywa się w tym formacie), co skutkuje koniecznością jego docięcia przed załadowaniem papieru do maszyny. Powstałe odrzuty w wysokości 15% papieru, stanowią stratę finansową. Format 350 x 500 mm, wpisany do OPZ likwiduje odrzuty, gdyż papier w formacie B1 (700 x 1000 mm) jest krojony wyłącznie na dwa, co zaoszczędza czas trzyosobowej załogi, wysiłek fizyczny i nie powoduje strat w odpadach papieru. Dla zobrazowania: drukarnia Zamawiającego docina rocznie ok. 14,5 tony papieru formatu B1 z czego 2,1 t papieru to strata.

Zmniejszenie formatu książek, zwiększenie ich objętości (więcej stron w książce), odpady przy docinaniu papieru generuje dla Zamawiającego ok. 24% strat rocznie w związku z stosowaniem mniejszego formatu.

Zamawiający podtrzymał także wymóg dotyczący minimalizacji obróbki termicznej papieru - niska temperatura utrwalania rzędu 100 °C (możliwość dalszej obróbki mechanicznej wykonanych wydruków tj. bigowanie, kopertowanie, lakierowanie, foliowanie). Wyjaśnił, że wysoka temperatura utrwalania stosowana obecnie przez Zamawiającego z powodu nie

posiadania maszyn wykorzystujących technologię utrwalania w temperaturze 100 °C jest jedną z istotnych wad arkuszowego druku cyfrowego. Każdy arkusz papieru, który przechodzi dwukrotnie przez piec jest utrwalany dzięki obecnie stosowanej technice temperaturą powyżej 200 °C. Powoduje to kurczenie się papieru o 1% oraz występowanie efektu falowania wydruku. Konieczne jest stosowanie najlepiej kilkudniowego studzenia wydruków celem powrotu do właściwego rozmiaru. Problem falowania jest widoczny nawet w produkcie finalnym. Studzenie papieru, powoduje wydłużenie procesu druku książki o 30-50%, co tworzy problem handlowy, gdyż wydawnictwo Zamawiającego, prowadzi aktywną politykę dystrybucyjną opartą na druku na żądanie, gdzie każdy dzień dłużej, oczekiwania na dostarczenie zamówienia jest negatywnie odbierane przez klienta. Opóźnia się cykl wydawniczy, co negatywnie odbierają pracownicy naukowo-dydaktyczni Zamawiającego. Powstają problemy natury logistycznej, gdyż Zamawiający nie dysponuje powierzchniami magazynowymi umożliwiającymi leżakowanie setek książek naraz. Dodatkowo, falowanie wpływa na estetykę książki, a co za tym idzie postrzeganie marki. Niższa temperatura utrwalania pozwoli Zamawiającemu całkowicie wyeliminować powyższe problemy,

Zamawiający stwierdził ponadto, że Odwołujący żąda dostosowania wymagań Zamawiającego do oferty produktowej firmy Konica Minolta i żąda obniżenia wymogów, zaakceptowania rozwiązań starszej generacji, energochłonnych i kosztotwórczych. Tymczasem, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia tak, aby spełniał on uzasadnione potrzeby zamawiającego. Z okoliczności, iż Odwołujący nie posiada w swojej standardowej ofercie maszyn drukarskich, które spełniałyby potrzeby Zamawiającego nie można wywodzić zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał, że „obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne” (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14). Zamawiający wskazał także, że „w orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną nim ofertę, może nie być pochyty za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych.”

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku podziału zamówienia na części Zamawiający wskazał, że dokonał analizy możliwości podziału zamówienia na części i odstąpił od dokonania podziału z następujących powodów:

1. Nadmierne koszty wykonania zamówienia.

Zamówienie obejmuje swym zakresem serwisowanie maszyn drukarskich, tj. w szczególności dokonywanie przez serwisanta, w siedzibie Zamawiającego, przeglądów technicznych i wymiany tonerów. W następstwie podziału zamówienia na części mogłoby dojść do sytuacji, w której do każdej maszyny przyjeżdżałby serwisant innego wykonawcy. Taka okoliczność oznaczałaby, iż każdy wykonawca musiałby w kalkulować w cenę oferty serwis świadczony do jednej maszyny. W przypadku braku podziału na części cena ofertowa będzie zawierać koszty serwisowania świadczone przez jednego serwisanta na rzecz trzech maszyn równocześnie. Koszty osobowe świadczenia usług serwisowych będą zatem trzykrotnie niższe.

2. Korzyści wynikające z łącznego limitu na trzy maszyny.

W przypadku jednej umowy na trzy maszyny rozliczenie wynagrodzenia odbywa się w granicach jednej, łącznej wartości umowy, co daje Zamawiającemu większą elastyczność wykorzystania maszyn - możliwość przesuwania produkcji na inną maszynę, bez obawy o przekroczenie limitu na jednej maszynie.

3. Efekt skali zamówienia.

Według wstępnego rozeznania cenowego cena ofertowa za trzy maszyny będzie niższa od ceny trzech ofert na jedną maszynę każda.

4. Możliwość wykonania zamówienia przez wykonawcę z segmentu małych lub średnich przedsiębiorstw. Wielkość zamówienia jest adekwatna do możliwości małych i średnich

Zamawiający zauważył, iż żaden przepis Pzp nie nakłada *expressis verbis* na Zamawiającego obowiązku podzielenia zamówienia na części. Obowiązku tego nie można wyprowadzać z art. 36aa ust. 1 Pzp ani nie powinno się szukać jego źródeł w innych przepisach, w tym w art. 7 ust. 1 Pzp. Skoro ustawodawca zdecydował o swobodzie zamawiającego co do podziału zamówienia na części, to wykładając w ten sposób przepis art. 36aa ust. 1 Pzp, nie powinno się jednocześnie doszukiwać obowiązku podziału w treści art. 7 ust. 1 Pzp. Przeczyłoby to bowiem nie tylko samej wykładni art. 36aa ust. 1 Pzp, ale także *ratio legis* wprowadzonych zmian, gdzie wyraźnie zaakcentowano, że ustawodawca polski nie zdecydował się na wprowadzenie obowiązku dzielenia zamówienia. W konsekwencji nie powinno się doszukiwać ograniczenia tej swobody w treści art. 7 ust. 1 Pzp. W tym przypadku swoboda zamieniana byłaby bowiem z powrotem na obowiązek, tyle że wynikający z art. 7 ust. 1 Pzp.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący kwestionuje brak podziału zamówienia na części nie ze względu na uczynienie zamówienia łatwiej dostępnym dla małych lub średnich przedsiębiorstw, co legło u podstaw dyrektywy klasycznej, ale w celu uczynienia zamówienia dostępnym dla Odwołującego.

Zamawiający równocześnie podkreśla, że w niniejszym postępowaniu nie jest i nie było jego zamiarem ograniczenie konkurencji, czy nierówne traktowanie wykonawców. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego opisane w SIWZ i mogą go zaoferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji. Zważywszy, że jeden z podniesionych przez Odwołującego zarzutów zasługuje jednak na uwzględnienie, Zamawiający kierując się poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i ochrony konkurencji zdecydował się na modyfikację SIWZ poprzez zmianę tych postanowień, które mogłyby utrudnić choćby potencjalnie - konkurencję, a które pozwolą w dalszym ciągu na osiągnięcie dostaw spełniających oczekiwania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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. Izba wskazuje, że Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Specyfikacja, jak twierdził Odwołujący, zawiera postanowienia naruszające przepisy Pzp, w konsekwencji czego zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do ofert innych wykonawców. Wobec powyższego działanie Zamawiającego narusza interes Odwołującego, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym wynagrodzenia.

Izba dopuściła do udziału wykonawcę Canon Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba oddaliła na posiedzeniu niejawnym opozycję Odwołującego. W ocenie Izby, wykonawca

zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, który na etapie poprzedzającym złożenie oferty dąży, z wykorzystaniem kroków prawnych przewidzianych w ustawie, do stworzenia warunków dla niego jak najbardziej korzystnych, a przez to zwiększających szansę na uzyskanie zamówienia, wnosząc przystąpienie po stronie Zamawiającego, działa we własnym interesie.

W pierwszej kolejności, mając na uwadze uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp w odniesieniu do postawionego wymagania w stosunku do urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku kolorowego, tj. parametru dotyczącego rozdzielczości druku – przynajmniej 2400x2400 oraz z uwagi na brak sprzeciwu Przystępującego, Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w powyższym zakresie podlega umorzeniu.

Wyjaśnić należy, że Izba rozpoznając odwołanie dokonuje oceny w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, czy postanowienia zawarte przez Zamawiającego w treści SIWZ, nie naruszają przepisów Pzp. Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp - przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Izba w pełni podziela stanowisko przywołane w wyrokach Sądów Okręgowych i Sądu Apelacyjnego oraz w wyrokach i uchwałach Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którymi: "Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy zamawiający opisze przedmiot zamówienia przez zbytnie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego" (KIO 765/14 z 5 maja 2014r.).

Podobne stanowisko zaprezentowane zostało w uchwale z dnia 10 sierpnia 2016 r. o sygn. KIO/KD 48/16. "Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego

producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia."

Podobny pogląd Izba wyraziła również w uchwale z 7 sierpnia 2017 Sygn. akt KIO/KD 40/17 "Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazuje na to ponownie w ustawie w odniesieniu stricte do opisu przedmiotu zamówienia generalnej zasady zawartej wcześniej w art. 7 ust. 1 Pzp, a obowiązującej w odniesieniu do wszystkich czynności podjętych przez zamawiającego w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, od jego przygotowania i wszczęcia począwszy, a na zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego skończywszy. Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Na wagę opisu przedmiotu zamówienia dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wskazuje nie tylko ponownie reguły zawartej w art. 7 ust. 1 Pzp, ale również to, że naruszeniem normy art. 29 ust. 2 Pzp nie jest rzeczywiste, lecz już potencjalne ograniczenie konkurencji w postępowaniu. W świetle przywołanych przepisów swoboda zamawiającego w określaniu cech robót budowlanych, dostaw lub usług, które chce zakupić, jest ograniczona koniecznością zachowania zasad ustalonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Opis przedmiotu zamówienia ograniczający możliwość złożenia ofert przez wykonawców, który nie jest podyktowany racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego narusza prawo. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest zatem nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący wprost na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który utrudnia dostęp do zamówienia jedynie kilku wybranym wykonawcom działającym w danym obszarze rynku. Z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp należy wywieść zatem zasadę neutralności opisu przedmiotu zamówienia, który powinien być opisany w taki sposób, że charakterystyka wymagań zamawiającego jest tak samo czytelna i zrozumiała dla wszystkich wykonawców i nie pozycjonuje ich szans na uzyskanie zamówienia".

Z przywołanych stanowisk wynika jednoznacznie, iż Zamawiający ma prawo do określenia swoich uzasadnionych, obiektywnych i racjonalnych potrzeb i nabycia przedmiotu zamówienia spełniającego te potrzeby, jednakże nie wolno mu tego czynić poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, utrudniając uczciwą konkurencję i zamykając możliwość ubiegania się o zamówienie pozostałym wykonawcom. Zatem istotnymi a zarazem kluczowymi elementami w ocenie czy nastąpiło utrudnienie uczciwej konkurencji jest łączne

spełnienie przesłanek w zakresie eliminacji konkurencji oraz braku uzasadnionej potrzeby Zamawiającego w zakresie jakości, funkcjonalności lub parametrów technicznych urządzeń.

Izba wyraża stanowisko, iż opis przedmiotu zamówienia nie musi być sformułowany w taki sposób, aby umożliwiać ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu wykonawcy, jednakże nie oznacza to, iż Zamawiający prowadząc postępowanie w trybie konkurencyjnym, poprzez zapisy SIWZ doprowadza do całkowitego wyeliminowania konkurencji w postępowaniu.

Jednakże w niniejszej sprawie Izba uznała, że Zamawiający odnośnie postanowienia SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w stosunku do urządzeń wielofunkcyjnych do cyfrowego druku czarno-białego (maszyna nr 1) tj. możliwość zadruku na mediach w formatach niestandardowych tylko z zakresu 208x208 mm do 350-500 mm wykazał, iż powyższy wymóg jest uzasadniony jego potrzebami. Podkreślić należy, że skonkretyzowane, obiektywne potrzeby Zamawiającego mogą usprawiedliwić utrudnienie uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający może wprowadzić wymogi, ograniczając krąg potencjalnych podmiotów, jednakże zawężenie to następuje nie w celu preferowania określonego wykonawcy i naruszenia zasad konkurencji, ale w celu uzyskania produktu najbardziej odpowiadającego jego potrzebom. Zamawiający wykazał istnienie uzasadnionych potrzeb w preferowaniu powyższego rozwiązania technicznego, dla którego przedstawił stosowne uzasadnienie w odpowiedzi na odwołanie oraz w trakcie rozprawy. Zamawiający wskazał bowiem, że powyższe rozwiązanie wpłynie zarówno na czasochłonność pracy, a ponadto znaczne oszczędności oraz umożliwi Zamawiającemu konkurowanie z innymi drukarniami.

Podkreślić należy, że jeśli potrzeba Zamawiającego jest zobiektywizowana, rzeczywista oraz faktyczna, zarówno w zakresie oczekiwanych funkcjonalności czy też wyszczególnionych parametrów, może on opisać przedmiot zamówienia tak, że tylko ograniczony krąg wykonawców jest w stanie zadość mu uczynić. Celem zamówień publicznych nie powinno być przecież nabycie najtańszego przedmiotu o niskiej jakości. Nie można zasady uczciwej konkurencji pojmować tak, że zamawiający winien zaakceptować każde świadczenie, nawet niezgodne z jego potrzebami, jedynie dlatego, że może je zrealizować większy krąg podmiotów. Taki tok rozumowania sprowadziłby zamówienia publiczne do roli instrumentu pozyskiwania dóbr o przeciętnej, niczym niewyróżniającej się jakości, a nadto o cechach nieuwzględniających usprawiedliwionych potrzeb zamawiających (vide: wyrok KIO z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 445/17).

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut odwołania w tym zakresie.

Na uwzględnienie zasługiwał natomiast zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp odnośnie parametru dotyczącego „minimalizacji obróbki termicznej

papieru, niska temperatura utrwalania rzędu 100 °C (możliwość dalszej obróbki mechanicznej wykonanych wydruków tj. bigowanie, kopertowanie, lakierowanie, foliowanie)” – w zakresie maszyny nr 1 i nr 2. Zamawiający wyjaśniał, iż powyższy parametr techniczny urządzenia ma na celu eliminowanie zjawiska falowania papieru przy druku. Odwołujący wyjaśniał w trakcie rozprawy, iż powyższy efekt jest możliwy do uzyskania nie tylko poprzez obniżenie temperatury przy druku poniżej 100 °C, ale także poprzez zastosowanie modułu nawilżającego papier lub zespołu prostowania papieru, które to rozwiązania są stosowane przez innych producentów urządzeń drukujących, tj. Konica Minolta i RICOH. Zamawiający nie wykazał natomiast, iż zastosowanie powyższych rozwiązań nie spełni jego oczekiwań odnośnie ograniczenia zjawiska falowania papieru. Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający wskazując i opisując konkretnie parametr techniczny mający za zadanie ograniczenie zjawiska falowania papieru naruszył przepis art. 29 ust. 2 Pzp poprzez wskazanie konkretnej technologii stosowanej tylko przez jednego producenta.

Izba uwzględniła również zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36aa ust. 1 Pzp.

Podkreślić należy, że niewątpliwie kwestia podziału zamówienia na części wymaga każdorazowo indywidualnej analizy potrzeb Zamawiającego i celowości podziału. Taki podział nie może odbywać się kosztem efektywności, czyli efektów jakie można zapewnić udzielnie zamówienia jednemu wykonawcy wybranemu w trybie ustawy Pzp. Jednocześnie niewątpliwie konieczność zapewnienia dostępu do rynku zamówień publicznych małym i średnim przedsiębiorcom nie może być powodem dokonania podziału w sytuacji, gdy taki podział nie jest uzasadniony rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego.

Obecne ukształtowanie treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu zarówno poprzez objęcie przedmiotem zamówienia trzech różnych modeli urządzeń o różnych parametrach technicznych bez możliwości składania ofert częściowych uniemożliwia Odwołującemu, ale i innym wykonawcom, złożenie ofert w postępowaniu. Tego rodzaju zapisy eliminują wszystkich wykonawców z wyjątkiem podmiotu oferującego produkt firmy Canon, który jako jedyny może spełnić wszystkie wymagania w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu należy wskazać, iż wydzielenie do osobnych części dostaw dotyczących poszczególnych urządzeń leży głównie w interesie Zamawiającego, gdyż racjonalnym wydaje się dopuszczenie jak największej liczby Wykonawców do złożenia ofert w postępowaniu, co w konsekwencji prowadzi do uzyskania konkurencyjnej ceny produktów i obniżenia wysokości wydatkowanych środków publicznych, niż przygotowanie specyfikacji w ten sposób, że w postępowaniu może zostać zaoferowane urządzenie tylko jednego producenta. Zamawiający pomimo wskazywania na konkretne powody zaniechania podziału zamówienia na części nie wykazał w jakim zakresie powyższe wpłynie na cenę ofert. W ocenie składu wielce

prawdopodobne jest, że w przypadku zwiększenia konkurencyjności postępowania zaoferowane przez wykonawców ceny urządzeń będą niższe, a tym samym może okazać się, że cena takiego urządzenia wraz z serwisem może być zbliżona lub nawet niższa niż w sytuacji, gdy tylko jeden producent dyktuje ceny urządzeń. Powyższe uzasadnienie odnosi się również do wskazywanego przez Zamawiającego efektu skali, zgodnie z którym cena za trzy urządzenia będzie niższa niż cena trzech ofert na jedną maszynę każda.

Pomimo niewątpliwych korzyści ekonomicznych z dzielenia zamówienia na części i dopuszczenia do udziału w postępowaniu dużej liczby wykonawców, należy wskazać, iż takie działanie w zakresie opisu i podziału przedmiotu zamówienia to przede wszystkim obowiązek Zamawiającego, od którego Zamawiający może odstąpić w uzasadnionych przypadkach.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 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. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący: