

Sygn. akt: KIO 1727/15

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2015 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2015 roku przez wykonawcę **TA-Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie, iż Zamawiający dopuszcza materiały eksploatacyjne o charakterze równoważnym oraz materiały eksploatacyjne innych producentów niż producent oferowanego urządzenia z zachowaniem zasad wynikających z art. 29 ustawy Pzp;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie**, i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TA-Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od **Sądu Apelacyjnego w Krakowie reprezentowanego przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucję Gospodarki Budżetowej z siedzibą w Krakowie** na rzecz wykonawcy **TA-Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 998 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy dziewięciuset dziewięćdziesięciu ośmiu złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 13 sierpnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”, odwołanie złożył wykonawca TA-Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Dostawa drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych oraz faksów na rzecz Sądów Powszechnych”, znak sprawy: ZP-10/2015, dalej „postępowanie” prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego przez Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez: Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30/06/2015 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 225034-2015. Odwołanie wniesiono wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poprzez dodanie do zapisów SIWZ dnia 06.08.2015 r. w odpowiedzi na pytania wykonawców zastrzeżenia, iż oferowane przez wykonawców w ramach przedmiotowego postępowania tonery muszą być oryginalne, wyprodukowane przez producenta oferowanego urządzenia przez, co Zamawiający w niedopuszczalny sposób ograniczył możliwość złożenia oferty opartej na materiałach eksploatacyjny refabrykowanych (zamiennikach) i materiałach eksploatacyjnych innych producentów niż producenta oferowanego urządzenia.
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ w następującym zakresie: zmianę zapisów SIWZ poprzez wskazanie, iż Zamawiający dopuszcza materiały refabrykowane (zamienne) oraz materiały - tonery innych producentów niż producent oferowanego urządzenia.

W zakresie zachowania terminu na wniesienie odwołania, Odwołujący zaznaczył, że dnia 06.08.2015 r. w odpowiedzi za zapytania wykonawców Zamawiający udzielił odpowiedzi modyfikując w spornym zakresie zapisy SIWZ. Tym samym ostatni dzień terminu na wniesienie odwołania przypadał na dzień 17 sierpnia 2015r. Zatem odwołanie jest wniesione

z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący wskazał także, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu podniesiono, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy 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. W myśl art. 7 ustawy, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakiemu zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego (tak Zespół Arbitrów w orzeczeniu z dnia 24 sierpnia 2007r., sygn. akt UZP/ZO/0-1040/07 oraz UZP/ZO/0-1045/07). Powyższą argumentację dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym: wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2009r., sygn. akt KIO/UZP 1734/09; wyrok KIO z dnia 18 listopada 2008r., sygn. akt KIO/UZP 1240/08.

Odwołujący przywołał również orzeczenie z dnia 23 kwietnia 2009r. Głównej Komisji Orzekającej BDF1/4900/22/21/09/726, w którym czytamy: „Prawo zamówień publicznych, zawierając w art. 7 ust. 1 obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zakazuje dokonywania jego opisu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, nie zaś naruszający zasady uczciwej konkurencji”.

Przedmiotem postępowania jest dostawa urządzeń drukujących (drukarek, faksów i urządzeń wielofunkcyjnych) dla sądów powszechnych, w ilościach i o konfiguracji

wskazanej w załączniku nr 5 do SIWZ w podziale na 11 części. Dnia 06.08.2015 r. Zamawiający w odpowiedzi na następujące pytanie: „Czy Zamawiający wymaga dołączenia dodatkowych materiałów eksploatacyjnych wymienionych w specyfikacji czy tylko wymaga, aby maszyny obsługiwały dane wydajności tonerów na przyszłość?” udzielił odpowiedzi - wprowadzając tym samym do SIWZ następujące zapisy: „Zamawiający dokonał modyfikacji w powyższym zakresie dnia 21.07.2015r. Zamawiający wymaga dołączenia dodatkowych materiałów eksploatacyjnych. Ponadto zamawiający zaznacza, że tonery te muszą być pełnowartościowe, oryginalne, fabrycznie nowe, wyprodukowane przez producenta oferowanego sprzętu”.

Oznacza to, że Zamawiający postawił tym samym nowe wymagania dotyczące wprost producenta oferowanych materiałów eksploatacyjnych, a mianowicie, że musi to być podmiot tożsamy z producentem oferowanego urządzenia. Pojawił się również wymóg, iż oferowane tonery muszą być oryginalne. Ten wymóg spowodował ograniczenie możliwości złożenia oferty w zakresie części 2 i 8 do jednego producenta urządzeń - firmy Lexmark (zarzut ograniczenia konkurencji był podnoszony i uznany przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie KIO 1475/15).

Zasady opisywania przez zamawiającego przedmiotu zamówienia publicznego normuje art. 29 i art. 30 ustawy Pzp. Stosownie do art. 29 ust. 1 ustawy 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 sporządzanie oferty. W świetle art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazane jest opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dodatkowo przepis art. 29 ust 3 ustawy Pzp, co do zasady zakazuje wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia w opisie przedmiotu zamówienia. Ponadto, stosownie do art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.

Zdaniem Odwołującego poprzez ograniczenie możliwości dostarczania materiałów eksploatacyjnych pochodzących od producenta oferowanego urządzenia, materiałów oryginalnych - dochodzi do nieuprawnionego zawężenia grupy wykonawców mogących oferować swoje produkty. Przyjąć bowiem należy, że posłużenie się sformułowaniem „oryginalne” jest jednoznaczne ze wskazaniem konkretnego znaku towarowego lub pochodzenia materiałów eksploatacyjnych od producenta urządzenia, do którego będą one używane. Stanowi to naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób, który umożliwia złożenie oferty tylko na jeden, konkretny,

wybrany produkt. Zamawiający ma bowiem obowiązek dopuścić możliwość składania ofert równoważnych, a więc ofert na produkty nowe stanowiące zamienniki produktów „oryginalnych”.

Opisanie przedmiotu zamówienia na materiały eksploatacyjne zgodnie z ustawą zapewnia więc dopuszczenie składania ofert, których przedmiotem są materiały eksploatacyjne wyprodukowane zarówno przez producenta urządzenia, jak i przez wytwórców alternatywnych. Przy czym przez wytwórców alternatywnych materiałów eksploatacyjnych należy rozumieć krajowych i zagranicznych producentów nowych materiałów eksploatacyjnych do drukarek i urządzeń drukujących, którzy nie są jednocześnie ich producentami. Takie stanowisko wielokrotnie zajmował Urząd Zamówień Publicznych, w tym również w odpowiedziach na interpelacje poselskie. Zdaniem UZP praktyka taka ogranicza dostęp do rynku materiałów eksploatacyjnych do drukarek i urządzeń drukujących producentom materiałów zamiennych, stanowiąc naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Koniecznie podkreślić w tym miejscu należy, iż żądanie oryginalnych materiałów eksploatacyjnych nie znajduje również uzasadnienia ze względu na uprawnienia wynikające z gwarancji. Wykorzystanie bowiem części eksploatacyjnych innego producenta nie może i nie narusza umów gwarancyjnych sprzętu. Powyższe wynika z dyrektyw UE nr 93/13 CCE z dnia 5.04.1993 r. Producenci nie mogą w gwarancji zamieszczać zapisów, które wyłączają jego odpowiedzialność za sprawność sprzętu w wypadku stosowania zamienników. Podobne jest stanowisko doktryny wyrażone w komentarzach do art. 578 ustawy Kodeks cywilny.

W przywołanym stanie faktycznym Odwołujący posiłkował się także rekomendacjami MSWiA w sprawie: Zasad formułowania wymagań zamawiającego dla wybranych parametrów technicznych sprzętu komputerowego, gdzie jako niedopuszczalne uznano wymaganie, aby jednostka centralna komputera, płyta główna komputera, monitor, klawiatura, mysz lub jakiegokolwiek inne niezależnie pracujące peryferia pochodziły od producenta jednostki centralnej komputera i były oznaczone jego logiem lub też żeby były wyprodukowane i zaprojektowane przez producenta jednostki centralnej komputera.

Na koniec Odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 29 ust 2 ustawy Pzp nie wymaga faktycznego wykazania przez wykonawcę takiego naruszenia, ale uznaje się za wystarczające samo uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji. Jeżeli zamawiający nie dowiedzie, że stawiany przez niego wymóg - odnoszący się do parametrów technicznych czy konstrukcji przedmiotu zamówienia - jest uzasadniony potrzebami zamawiającego i stanowi realizację celu założonego do osiągnięcia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przyjąć należy, iż wymóg taki jest sprzeczny z dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający musi uzasadnić stawiane wymagania w specyfikacji lub na ingerencję wykonawcy w wyjaśnieniach bądź rozstrzygnięciu środka ochrony prawnej. Takich cech przedmiotu zamówienia jak wydajność, niezawodność czy

niski poziom kosztów eksploatacji nie można osiągać przez stawianie wymogów technologicznych czy konstrukcyjnych przedmiotu zamówienia. ale należy stawiać wprost wykonawcom wymagania spełniania przez oferowane przedmioty określonych cech lub nawet stawiania kryteriów przewidując odpowiedni przydział punktów w trakcie oceny ofert dla zaoferowanych przedmiotów zależnie od stopnia spełnienia pożądaných przez zamawiającego cech przez oferowany przedmiot.

Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający specyfice zamówienia, jak również w sposób uzasadniony jego obiektywnymi potrzebami. Dyskryminacja wykonawców następuje również w sytuacji, gdy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone w SIWZ są na tyle rygorystyczne, że nie sposób dopatrzeć się uzasadnienia dla nich w potrzebach Zamawiającego, przy czym, ograniczony zostaje krąg potencjalnych wykonawców mogących zrealizować zamówienie, czy poprzez zapis w pośredni ogranicza się krąg potencjalnych wykonawców.

Podsumowując, Odwołujący podkreślił, że przedstawiona argumentacja potwierdza zasadność i konieczność wniesienia odwołania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający lzby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i złożenie oferty, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia.

Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjąć należy, iż każdy wykonawca

deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego, w dniu 17 sierpnia 2015 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie.

Do postępowania odwoławczego, w dniu 17 sierpnia 2015 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze.

Zamawiający na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, że Odwołujący prawidłowo przedstawił w odwołaniu stan faktyczny, w tym prawidłowo przytoczono brzmienie zapisów SIWZ mających znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu, a także zapisy zadawanych przez wykonawców pytań i udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, jak też zapisy opisu przedmiotu zamówienia, które stanowią wymagania dla wykonawcy zainteresowanego postępowaniem.

Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W ramach rozważań natury ogólnej, pamiętać trzeba, że opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje wyłącznie Zamawiający - stosownie do swoich potrzeb. Może tego dokonać przez opisanie parametrów technicznych przedmiotu zamówienia. Taki opis obowiązuje w sposób równy i obiektywny wszystkich wykonawców, którzy są zainteresowani udziałem w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, nie wszyscy wykonawcy działający w danym segmencie rynku muszą mieć zagwarantowany dostęp do zamówienia, jeżeli nie dysponują produktem o wymaganych właściwościach. Pełną aktualność zachowują również tezy zawarte w wyroku z 05 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 961/09), w którym uznano, że jeżeli wymogi stawiane przez Zamawiającego są uzasadnione jego rzeczywistymi potrzebami, to nie ma znaczenia, że ograniczony krąg dostawców, a w skrajnych przypadkach - nawet tylko jeden dostawca, może zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z opisem w specyfikacji. W orzeczeniu z 10 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 807/09) Izba uznała natomiast, że jeżeli potrzeba Zamawiającego jest zobiektywizowana, może on tak opisać przedmiot zamówienia, że jest w stanie spełnić wymagania tylko jeden wykonawca. W takim bowiem wypadku celem

nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez Zamawiającego świadczenia odpowiadającego potrzebom zamawiającego. Jednakże specyfikę i konieczność określenia tych potrzeb na pewnym poziomie należy wykazać.

Dochowanie zasady uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności nabycia przez Zamawiającego produktów, które nie odpowiadają jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności, czy też wymaganych parametrów technicznych (tak wyrok KIO z dnia 12 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1155/08). Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w specyfikacji 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 (tak wyrok KIO z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1024/08).

Dostrzeżenia jednak wymaga, iż to na Zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia braku naruszenia przepisów w opisie przedmiotu zamówienia, co wynika z ugruntowanej linii orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (tak wyrok KIO z 18 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1240/08). Odwołujący natomiast ma obowiązek uprawdopodobnić, że wymagania Zamawiającego odnoszące się do przedmiotu zamówienia mogą utrudnić uczciwą konkurencję. To na Zamawiającym ciąży obowiązek dowiedzenia, że albo nie utrudnił on uczciwej konkurencji, albo ograniczenia wprowadzone przez Zamawiającego w ramach postawionych wymagań mają uzasadnienie w obiektywnych potrzebach (tak wyrok KIO z 02 sierpnia 2008 r., sygn. akt UZP/ZO/0-943/07). Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga faktycznego wykazania przez Odwołującego, lecz uznaje za wystarczające samo uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji. Jeżeli Zamawiający skutecznie nie udowodni, iż stawiany przez niego wymóg odnoszący się do parametrów technicznych przedmiotu zamówienia jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego i stanowi realizację celu założonego do osiągnięcia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przyjąć należy, iż jest on sprzeczny z wymogami art. 29 ust. 2 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie sprostał udowodnieniu, że poczyniony opis przedmiotu zamówienia w zakresie wymogów określonych dla materiałów eksploatacyjnych do kupowanych urządzeń uzasadniony jest jego obiektywnymi potrzebami. W toku rozprawy zarówno Zamawiający, jak też przystępujący po jego stronie Wykonawca argumentowali, że wymogi te są wynikiem

przyjętych rozwiązań w zakresie możliwości korzystania z uprawnień gwarancyjnych. Powoływano się na ustalone w postępowaniu postanowienia wzoru umowy odnośnie gwarancji, których Odwołujący nie skarżył. Jak wynika też ze złożonych przez Przystępującego SUNTAR oświadczeń producentów sprzętu Konika Minolta, Lexmark Inetrnational Polska, Brother Polska, OKI System Polska oraz Xerox, producenci ci w przypadku zastosowania zamiennych materiałów eksploatacyjnych (nieoryginalnych, regenerowanych, wyprodukowanych przez inną firmę) i uszkodzenia urządzenia danego producenta spowodowanego przez ten materiał eksploatacyjny nie będą realizowali napraw gwarancyjnych urządzenia.

Tymczasem, jak słusznie zauważył na rozprawie Odwołujący, zgodnie z § 5 wzoru umowy, to nie producent sprzętu będzie gwarantem ale wykonawca, który zostanie wybrany w postępowaniu do realizacji przedmiotowej dostawy. To ten wykonawca udzieli Zamawiającemu gwarancji na określony przez siebie czas i to on odpowiadał będzie jako gwarant za bezusterkowe działanie urządzeń oraz za naprawy urządzenia w przypadku awarii. Wykonawca przyjmując na siebie zobowiązania umowne decyduje się do wykonywania w szczególności następujących usług gwarancyjnych:

- 1) napraw usterek, wad i uszkodzeń urządzeń spowodowanych wadami technicznymi, technologicznymi i materiałowymi, przy wykorzystaniu nowych, nieregenerowanych, nieużywanych części podzespołów, realizowanych u producenta lub w autoryzowanym serwisie producenta i potwierdzonych oświadczeniem autoryzowanego serwisu producenta;
- 2) testowania poprawności pracy urządzeń po wykonaniu naprawy;
- 3) telefonicznej pomocy przy rozwiązywaniu problemów dotyczących urządzeń świadczonej przez wyszkolony personel.

Umowa określa również zasady, według których Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania usług gwarancyjnych wskazując, że usługi gwarancyjne będą świadczone przez producenta sprzętu posiadającego certyfikat ISO co najmniej 9001:2000 lub równoważny na świadczenie usług serwisowych lub podmiot posiadający autoryzację producenta sprzętu oraz posiadający certyfikat ISO co najmniej 9001:2000 lub równoważny na świadczenie usług serwisowych, w miejscu użytkowania urządzeń, jeśli jednak naprawa urządzeń w tym miejscu okaże się niemożliwa, naprawa może zostać wykonana w innym miejscu. Umowa określa więc metodę i miejsce wykonywania napraw, nie wskazuje natomiast, że postanowienia umów gwarancyjnych producenta sprzętu będą nadrzędne w stosunku do gwarancji udzielonej przez wybranego Wykonawcę. Co prawda to producent urządzenia ma dokonywać napraw gwarancyjnych, ale zakres gwarancyjny napraw leży po stronie wykonawcy, ponieważ zgodnie z § 3 ust. 2 wzoru umowy, to on składał będzie oświadczenie, że napraw dokona producent lub jego autoryzowany przedstawiciel. Za

przedmiot umowy (urządzenie) odpowiadał będzie jednak wykonawca, a nie producent. Tak więc, o uznaniu za prawidłowe postanowień opisu przedmiotu zamówienia w zakresie materiałów eksploatacyjnych nie mogły zdecydować złożone przez Zamawiającego oświadczenia producentów sprzętu, ponieważ to nie postanowienia tych umów gwarancyjnych będą w postępowaniu decydujące. Okoliczność, że producent zastrzega prawo niewykonywania uprawnień gwarancyjnych w przypadku zastosowania materiałów eksploatacyjnych o nieodpowiedniej jakości, w przypadku gdy to nie ten podmiot udziela gwarancji, była zatem dla tak ustalonego opisu przedmiotu zamówienia irrelevantna. Nawet jeżeli producent będzie zwolniony z odpowiedzialności, to taką odpowiedzialność za przedmiot dostawy w zakresie gwarancji ponosił będzie wykonawca, który dokonując wyceny przedmiotu zamówienia, może odpowiednio skalkulować i uwzględnić w cenie ryzyko ponoszenia kosztów w przypadku używania określonego rodzaju materiałów eksploatacyjnych przez Zamawiającego znając zapisy umów gwarancyjnych producentów urządzeń. Na marginesie Izba wskazuje, co zauważył też w odwołaniu Odwołujący, tego rodzaju praktyki producentów są niedozwolone w obrocie konsumenckim postanowieniami dyrektywy UE nr 93/13 CCE z dnia 5.04.1993 r. oraz na podstawie innych aktów prawa unijnego, które za nadużywanie pozycji dominującej traktuje tzw. umowę wiążaną.

Ponadto, zupełnie niezrozumiała wydaje się argumentacja Zamawiającego, że postępowanie dotyczy dostawy urządzeń wraz z materiałami eksploatacyjnymi o charakterze startowym, nie jest to stricte postępowanie na dostawę materiałów eksploatacyjnych, a procedura oceny materiałów o charakterze równoważnym jest skomplikowana i czasochłonna, stąd decyzja o konieczności dostawy materiałów oryginalnych, pochodzących od producenta urządzenia. Jeżeli bowiem, jak należy przypuszczać, Zamawiający w późniejszym procesie eksploatacji urządzeń dopuści ich użytkowanie przy użyciu materiałów równoważnych, a zakładać należy, że może to nastąpić także w czasie obowiązywania gwarancji, to rozróżnienie na obowiązek dostarczenia oryginalnych materiałów wraz z urządzeniem a możliwość używania materiałów zamiennych w późniejszym okresie jest zupełnie nieadekwatne i nie znajduje uzasadnienia dla poczynionego opisu przedmiotu zamówienia. Takiego uzasadnienia nie podał również Zamawiający. Zauważyć należy także, że wykonawca zadający pytanie odnosił się do dodatkowych materiałów eksploatacyjnych i tak sformułował odpowiedź Zamawiający, wskazując, że wymaga załączenia „dodatkowych materiałów”.

O ile też większego znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu nie miała złożona przez Odwołującego tabela z wyszczególnionymi parametrami urządzeń, w tym z określeniem wydajności tonera startowego, o tyle już specyficzne rozumienie przez Zamawiającego

pojęcia zestaw startowy może mieć dla przedmiotowej sprawy znaczenie. Być może wymagania Zamawiającego byłyby uzasadnione, gdyby żądał zestawu startowego w rozumieniu producentów urządzeń, co w przypadku tonerów i tego rodzaju materiałów eksploatacyjnych oznacza, że urządzenie jest wyposażone w toner producenta o mniejszej wydajności. Tymczasem Zamawiający żąda dostarczenia wraz z urządzeniem produktu pełnowartościowego w zakresie wydajności wydruku. Wysoce wątpliwym wydaje się, ażeby producenci sprzętu taki zestaw decydowany dla Zamawiającego wyprodukowali, nawet biorąc pod uwagę skalę zamówienia. Skoro więc wykonawca, aby zrealizować wymogi Zamawiającego w zakresie materiałów eksploatacyjnych, do urządzenia będzie musiał po prostu „dołożyć” odpowiedni toner, nic nie stoi na przeszkodzie, by produkt ten mógł być produktem równoważnym.

Konkludując, Izba stoi na stanowisku, że żądanie przez Zamawiającego oryginalnych materiałów eksploatacyjnych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia funkcjonującym w przedmiotowym postępowaniu, jest niedopuszczalne, gdyż ma charakter dyskryminacyjny i narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dla żądania dostarczenia oryginalnych i pochodzących od producenta urządzenia materiałów eksploatacyjnych nie była uzasadnieniem gwarancja udzielona na sprzęt, w którym będą one używane. Praktyka taka ogranicza dostęp do rynku materiałów eksploatacyjnych urządzeń drukujących przez ich producentów, stanowi więc naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Obowiązek opisu przedmiotu zamówienia z zachowaniem reguł wynikających z art. 29 ust. 1 do 3 ustawy Pzp jest odzwierciedleniem postanowień traktatowych i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, z którego to od lat wynika, że naruszeniem przepisów jest wskazanie konkretnego znaku towarowego bez towarzyszącego sformułowania "lub równoważne". W ocenie Trybunału brak sformułowania i dopuszczenia równoważności narusza również zasadę swobodnego przepływu towarów określoną w Traktacie Rzymskim (tak wyrok z dnia 28 października 1999 r. sygn. C-328/96).

Konsekwencją uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 29 ustawy Pzp było również uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust. 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: