

Sygn. akt KIO 534/22

WYROK

z dnia 21 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2022 r. przez wykonawcę **Immitis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Blue Brain Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Egida IT Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **EUVIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 1, 2.2, 2.3 oraz 2.4 odwołania wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanych zarzutów.**
2. **Oddała odwołanie w pozostałym zakresie.**
3. **Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Immitis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy i:**
 - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Immitis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy tytułem** wpisu
od odwołania,
 - 3.2. **zasądza od wykonawcy Immitis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz zamawiającego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Zakup i dostawa urządzeń wielofunkcyjnych wraz z usługą serwisową na potrzeby Terenowych Jednostek Organizacyjnych będących w strukturze Zakładu Ubezpieczeń Społecznych* w podziale na 4 części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lutego 2022 r. pod numerem 2022/S 032-081508.

W dniu 25 lutego 2022 r. wykonawca Immitis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp polegające na określeniu warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy z naruszeniem zasady proporcjonalności, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ponad uzasadnioną miarę ograniczający konkurencję w postępowaniu;

2. art. 99 ust. 1- 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady proporcjonalności i w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, a ponadto przez określenie wymogów w odniesieniu do zamawianych urządzeń nieproporcjonalnych do wartości i celów zamówienia, nieznajdujący uzasadnienia w realnych potrzebach Zamawiającego, zwłaszcza w świetle innych wymagań SWZ, określenie wymogów co do parametrów zamawianych urządzeń rozpatrywanych jako całość w sposób dyskryminujący, sztucznie zawężający konkurencję; a w efekcie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, którego całokształt powoduje ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom zainteresowanym postępowaniem i zdolnym do zaoferowania sprzętu odpowiadającego uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, powodując ich nierówne traktowanie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień specyfikacji warunków zamówienia w sposób określony w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Blue Brain Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy: Egida IT Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, EUVIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach oraz SUNTAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, oświadczając że uwzględni zarzut z pkt 2.2, 2.3 oraz 2.4 z odwołania, równocześnie wnosząc o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie. Przystępujący po stronie Zamawiającego złożyli pisma procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Odwołujący pismem z dnia 18 marca 2022 r. oświadczył, że cofa odwołanie w części obejmującej zarzuty uznane przez Zamawiającego oraz zarzuty skierowane wobec postanowień SWZ opisanych w pkt 1 odwołania, dotyczące warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 4.1.1.4. SWZ.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanego zarzutu zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi do specyfikacji warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołania, pismach procesowych przystępujących, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 marca 2022 r. wraz z dowodami przedłożonymi na rozprawie.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Ponadto, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 1, 2.2, 2.3 oraz 2.4 odwołania podlega umorzeniu, wobec wycofania przed posiedzeniem przez Odwołującego wyżej wskazanych zarzutów.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie w pozostałym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że niezasadny jest zarzut dotyczący pamięci oferowanego urządzenia. Zamawiający wymagał w pkt 9 Załącznika nr 12 do SWZ - Specyfikacja Techniczna Oferowanego Produktu, aby pamięć minimalna wynosiła 512 MB. Odwołujący podnosił, że postawiony wymóg nie znajduje uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego i jako taki jest nadmiarowy, służąc wyłącznie ograniczeniu konkurencji w postępowaniu. Odwołujący wskazywał, że przedmiotowy parametr w praktyce użytkowania przekłada się na szybkość pracy urządzenia. W odniesieniu do tych elementów Zamawiający postawił jednak odrębne wymogi (pkt 5 i 12 OPZ). Dodatkowe ograniczenie, wynikające ze wskazania wymaganej pamięci urządzenia, nie przynosi w efekcie żadnej dodatkowej korzyści Zamawiającemu.

Odwołujący twierdził też, że pamięć o pojemności 256 MB pozwoli na swobodne i efektywne korzystanie z urządzenia w sposób założony przez Zamawiającego i przy zachowaniu pozostałych określonych przez niego parametrów minimalnych. Tym bardziej, że Zamawiający oczekuje dostarczenia urządzenia wykonującego wydruki monochromatyczne, a więc wymagające z założenia dużo mniejszej pamięci operacyjnej, nawet przy wydruku wielu stron pełnoformatowych grafik. Stawianie dodatkowych wymogów co do wielkości pamięci RAM stanowi ingerencję Zamawiającego w technologię producenta, a w konsekwencji prowadzi do konieczności oferowania urządzeń, których parametry użytkowe przekraczać będą jego potrzeby i nieefektywnego dysponowania mieniem publicznym.

Izba uznała, że z powyższym stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Zgodnie z art. 99 ust. 1-2 i 4 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz

proporcjonalne do jego wartości i celów. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Stosownie do art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny. Jak stanowi art. 17 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Izba wskazuje, że zachowanie uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności zapewnienia przez Zamawiającego takich warunków postępowania i opisu przedmiotu zamówienia, aby każdy podmiot dystrybuujący urządzenia wielofunkcyjne miał możliwość złożenia oferty. Oczywistym jest, że każde z wymagań zamawiającego może w większym lub mniejszym stopniu ograniczyć konkurencję; jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest jedynie zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania. Pogląd ten został ukształtowany w orzecznictwie Izby na gruncie art. 29 ust. 1 i 2 dawnej ustawy Pzp i zachowuje aktualność pod rządami art. 99 ustawy Pzp (vide przykładowo wyroki w sprawach sygn. akt KIO 802/20, KIO 1592/20, KIO 1873/20, KIO 2041/20, KIO 71/21, KIO 350/21).

W okolicznościach niniejszej sprawy za wykazane i udowodnione Izba uznała, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że kwestionowany parametr zawierają urządzenia co najmniej trzech różnych producentów, spełniające także wszystkie pozostałe wymagania SWZ. Odwołujący nie wykazał zaś w jaki sposób Zamawiający naruszył w zakresie wymagania minimalnej pamięci RAM art. 99 ust. 1-2 i 4 w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp i w jaki sposób zawęży to konkurencję w postępowaniu. Co znamienne, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło aż trzech wykonawców, wnosząc o utrzymanie dotychczasowych parametrów. Dodatkowo, zarówno Zamawiający, jak i przystępujący po jego stronie, wykazali, że obecnym standardem rynkowym w urządzeniach wielofunkcyjnych w klasie określonej przez Zamawiającego jest pamięć ram 512 MB, a nie 256 MB, jakby życzył sobie Odwołujący.

Izba oceniła również dowody złożone przez strony oraz przystępujących i uznała, że Zamawiający wykazał, że kwestionowany parametr znajduje uzasadnienie. Przedmiotem zamówienia nie jest dostawa wyłącznie drukarek, lecz urządzeń wielofunkcyjnych, które prócz drukowania, spełniają szereg innych funkcji, w tym skanowanie w trybie sieciowym oraz lokalnym. Zamawiający wymaga minimalnej prędkości zarówno w odniesieniu do druku, jak i do skanowania. Podano również wymaganą średniomiesięczną minimalną obciążalność urządzenia, co oznacza że zamawiany produkt będzie intensywnie eksploatowany.

Izba uznała także za wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego, że urządzenia będą wykorzystywane m.in. przy bezpośredniej obsłudze interesanta, gdzie sprawność i szybkość obsługi stanowią jeden z podstawowych parametrów mających wpływ na jakość i zadowolenie klienta. Ponadto, cykl życia urządzenia wielofunkcyjnego określony został na minimum siedem lat (co oznacza, że urządzenia nabyte w 2022 r. będą użytkowane do 2030 r.).

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej zakupu urządzeń monochromatycznych, co ma uzasadniać obniżenie wielkości pamięci wewnętrznej urządzenia, należy ponownie podnieść, że przedmiotem zamówienia są urządzenia obsługujące poza procesem wydruku także skanowanie dokumentów. Zgodnie z pkt 11 SWZ Zamawiający wymaga, aby urządzenie skanowało dokumenty zarówno monochromatycznie, jak i w kolorze. Jak powszechnie wiadomo, skany kolorowe dokumentów zwiększają wielkość samych plików w stosunku do czarno-białych, co niewątpliwie wpływa na wymagania dotyczące koniecznej wielkości pamięci operacyjnej urządzeń dla zapewnienia sprawności ich eksploatacji.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp. Reasumując, Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: