

WYROK

z dnia 22 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **16 sierpnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **1 sierpnia 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawcę: SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu informatycznego oraz oprogramowania* (nr postępowania 17/4/423/17)

prowadzonym przez zamawiającego **Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. INTARIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

B. Egida IT Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Resortowemu Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie dokonania następujących zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- 1.1. drukarki typów A3 DL1, A4 DLCt oraz A4 DLt – dopuszczenie technologii druku LED [zarzut I.2.];**
- 1.2. drukarki typów A3 DL1, A4 DLCt oraz A4 DLt – skreślenie wymagania, aby *zapełnienie tacy odbiorczej odbywało się przez ciągłe (bez zatrzymań drukowanie aż do osiągnięcia minimalnej pojemności* [zarzuty I.4., I.7., I.10.];**
- 1.3. drukarka typu A3 DL1 – określenie wchodzących w zakres dostawy materiałów eksploatacyjnych w sposób niedyskryminacyjny dla funkcjonujących na rynku rozwiązań technicznych odnośnie wydajności**

i rozdzielności bębnow i tonerów, z uwzględnieniem rzeczywistego kosztu wydruku jednej strony dla zakładanego wolumenu wydruku [zarzut I.5];

- 1.4. **prawo opcji – określenie, że stanowić będzie nie więcej niż 20% liczby drukarek danego typu objętych przedmiotem tego zamówienia.**
2. **Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.**
3. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od **zamawiającego Resortowego Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie** na rzecz **odwołującego SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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:

Uzasadnienie

Zamawiający Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa sprzętu informatycznego oraz oprogramowania* (nr postępowania 17/4/423/17).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S_139 pod poz. 285011 22 lipca 2017 r.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

1 sierpnia 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} w zakresie objętym zarzutami sprecyzowanymi w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

- I. Art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 5 – przez określenie w przedmiocie zamówienia prawa opcji w sposób stanowiący obejście przepisów ustawy pzp, tj. przez określenie, że część podstawowa (gwarantowana) zamówienia jest trzykrotnie mniejsza (dotyczy drukarki A3 DLI oraz drukarki A4 DLt) oraz mniejsza o ponad 31% (dotyczy drukarki A4 DLct) niż zakres zamówienia objęty prawem opcji, co stanowi rażące naruszenie zasady przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia i uczciwej konkurencji.
- II. Art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 34 ust. 5 – przez określenie w przedmiocie zamówienia prawa opcji w sposób niepełny, tj. bez wskazania warunków, w których Zamawiający z niego skorzysta, co uniemożliwia najkorzystniejszą dla Zamawiającego wycenę oferty oraz powoduje rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji.
- III. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 – przez wskazanie w Rozdziale 6 pkt 6.13. SIWZ, że w przypadku, gdy wykonawca dla danej części zamówienia będzie polegał na zasobach określonych w art. 22a ustawy pzp, warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej opisany w ust. 6.2 pkt 3) SIWZ nie podlega sumowaniu, tj. spełnienie tego warunku musi wykazać przynajmniej jeden podmiot – zgodnie z wymaganiami opisanymi w ust. 6.2 pkt 3) SIWZ dla wybranej

części, co stanowi naruszenie przepisów ustawy pzp polegające na wyłączeniu postanowieniami SIWZ powszechnie obowiązującej normy prawnej pozwalającej wykonawcy polegać na zasobach podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a wobec tego nie może stanowić wiążącego postanowienia SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Zmiany postanowień SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.
2. Niezwłocznego przekazania tej zmiany SIWZ wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, oraz zamieszczenia tej zmiany na stronie internetowej, na której jest udostępniana SIWZ.
3. Przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie.
4. Przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy pzp.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt I. listy zarzutów}

Zarzuty dotyczą treści załącznika nr 1 do SIWZ odnoszącego się do części nr 2 – dostawy drukarek w zakresie następujących parametrów:

{1.}

Wymagania dotyczące wszystkich drukarek – pkt 1 (str. 45 SIWZ): *Zamawiający wymaga dostarczenia sprzętu realizującego tylko i wyłącznie funkcję drukowania, pozyskiwanie urządzeń wielofunkcyjnych w oparciu o specyfikacje drukarek jest niedopuszczalne.*

Odwołujący zarzucił, że powyższe zastrzeżenie ma na celu wyłącznie ograniczenie konkurencji, tj. wykluczenie możliwości zaoferowania Zamawiającemu urządzeń wielofunkcyjnych na wypadek gdyby okazało się, że jakieś urządzenie wielofunkcyjne spełnia pozostałe wymagania dla drukarek zamawianych w ramach części nr 2

Odwołujący stwierdził, że według jego najlepszej wiedzy takie wymaganie nie występuje w innych postępowaniach na dostawy sprzętu drukującego. Co więcej, nie ma

żadnego racjonalnego uzasadnienia. Gdyby Zamawiający w ramach części nr 2 otrzymał ofertę na urządzenia wielofunkcyjne w tej samej cenie i na tych samych warunkach co na drukarki (albo nawet korzystniejszą), byłoby to wyłącznie z korzyścią dla Zamawiającego, gdyż urządzenia wielofunkcyjne realizują funkcję drukowania nie gorzej niż zwykłe drukarki.

Odwołujący dodał, jeżeli Zamawiający nie będzie chciał korzystać z dodatkowych funkcji urządzeń wielofunkcyjnych, nie będzie musiał tego robić.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ponieważ zasadniczym kryterium oceny ofert jest cena, wykonawcy będą chcieli zaoferować Zamawiającemu jak najniższe ceny, nawet w przypadku oferowania urządzeń wielofunkcyjnych.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ polegającą na wykreśleniu zaskarżonego postanowienia w całości.

{2.}

Parametr minimalny określony dla drukarek: A3 DL1 (drukarka laserowa kolorowa A3 (str. 46 SIWZ), A4 DLcT (drukarka laserowa kolorowa A4) (str. 47 SIWZ) oraz A4 DLt (drukarka laserowa monochromatyczna A4)z(str. 48 SIWZ) – laserowa technologia drukowania

Odwołujący zarzucił, że wykluczenie przez Zamawiającego drukarek laserowych wykorzystujących technologię LED nie ma żadnego uzasadnienia, gdyż zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego technologia laserowa i technologia LED są równoważne, a z pewnością technologii LED nie można uznać za technologię gorszą. Stąd zarówno drukarki laserowe, jak i drukarki LED zaliczane są do tej samej grupy urządzeń, czyli wykorzystujących technologię laserową,

Odwołujący podkreślił, że w obu przypadkach:

- drukarka umieszcza na papierze, folii czy nalepkach (materiałach, które wytrzymają wysoką temperaturę) małe cząsteczki tonera, które następnie są rozgrzewane i wtapiane do użytego materiału;
- światło poddawane jest obróbce optycznej (w drukarkach laserowych promień światła przechodzi przez soczewki i odbijając się od wirujących zwierciadeł wielobocznych kierowany jest na bęben światłoczuły, a w drukarkach laserowych LED światło przechodząc przez ogniskujące soczewki bezpośrednio kierowane jest na bęben światłoczuły);
- źródłem światła są elementy półprzewodnikowe, diody laserowe – elektroluminescencyjne (LED) są wykonane w postaci złącza p-n z materiału, którym jest arsenek galu (GaAs), przy czym zarówno pojedyncza dioda laserowa, jak i diody LED wchodzące w skład listwy LED emitują taką samą falę elektromagnetyczną w zakresie widzialnym od 400 nm do 660 nm

(jedyną różnicą jest moc emitowanego światła, znacznie mniejsza dla pojedynczej diody będącej składnikiem listwy LED).

Na marginesie Odwołujący zauważył, że zastosowana w drukarkach LED technologia LED posiada szereg zalet w stosunku do drukarek laserowych wykorzystujących diodę laserową, z których najważniejsze to:

- niewiele elementów ruchomych, prosta konstrukcja, a przez to większa niezawodność;
- obraz jest ostry i równomiernie naświetlony na całej szerokości;
- mniejsze rozmiary.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę zaskarżonych postanowień w taki sposób, aby dopuszczona była również technologia druku LED.

{3.}

Parametr minimalny dla drukarki A3 DL1 (str. 46 SIWZ): *taca odbiorcza z czujnikiem przepelnienia umiejscowiona na górze drukarki na min. 500 arkuszy A4 80 g/m2;*"

Odwołujący założył, że powyższe wymaganie jest powiązane z innym parametrem dotyczącym drukarki A3 DL1: *2 podajniki w formie kasety zamkniętej na min. 500 arkuszy A4 80 g/m2*

W ocenie Odwołującego nie ma uzasadnienia wymagania, aby wyłącznie jedna taca odbiorcza drukarki musiała pozwolić na przyjęcie min. 500 arkuszy A4 80 g/m2, gdyż na rynku powszechnie spotykane są rozwiązania polegające na zastosowaniu dwóch tac odbiorczych drukarki, których łączna pojemność pozwala na przyjęcie odpowiedniej liczby arkuszy. Takie rozwiązanie nie jest w niczym gorsze od rozwiązania z jedną tacą, a znacząco zwiększa konkurencję w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia przez dodanie: *... albo dwie tace odbiorcze z czujnikiem przepelnienia umiejscowione na górze drukarki na łącznie min. 500 arkuszy A4 80 g/m2.*

{4.}

Parametr minimalny dla drukarki A3 DL1 (str. 46 SIWZ): *zapełnienie tacy odbiorczej powinno odbywać się poprzez ciągłe {bez zatrzymań} drukowanie aż do osiągnięcia minimalnej pojemności.*

W ocenie Odwołującego powyższe wymaganie nie ma żadnego obiektywnego uzasadnienia i służy jedynie ograniczeniu uczciwej konkurencji. Odwołujący oświadczył, że chce zaoferować Zamawiającemu urządzenie, które w trakcie zapełniania tacy odbiorczej

robi krótkie przerwy w celu autokalibracji, przy czym nie wymaga to udziału użytkownika. Takie rozwiązanie nie jest w niczym gorsze od rozwiązania wymaganego przez Zamawiającego a znacząco zwiększa konkurencję w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia przez dodanie zdania: *Zamawiający dopuszcza również wypełnienie tacy odbiorczej w jednym zadaniu z krótkimi przerwami w druku celem przeprowadzenia autokalibracji (bez udziału użytkownika).*

{5.}

Parametry minimalne dla drukarki A3 DL1 (str. 46 SIWZ):

– *ilość wszystkich bębnow w komplecie z drukarką, która zapewni wydrukowanie minimum 500 000 stron kolorowych A4 CMYK (po 5% pokrycia każdej składowej CMYK) – należy wyszczególnić wszystkie materiały eksploatacyjne potrzebne do wydrukowania minimum 500 000 stron kolorowych A4 CMYK (po 5% pokrycia każdej składowej CMYK) podając numer partii materiału eksploatacyjnego wraz z jego wydajnością oraz ilość potrzebną do wydrukowania 500 000 stron;*

– *ilość wszystkich tonerów w komplecie z drukarką, która zapewni wydrukowanie minimum 50 000 stron kolorowych A4 CMYK (po 5% pokrycia każdej składowej CMYK) – należy wyszczególnić wszystkie materiały eksploatacyjne potrzebne do wydrukowania minimum 50 000 stron kolorowych A4 CMYK (po 5% pokrycia każdej składowej CMYK) podając numer partii materiału eksploatacyjnego wraz z jego wydajnością oraz ilość potrzebną do wydrukowania 50 000 stron.*

Odwołujący zarzucił, że wymóg dotyczący wydajności bębnow (500 tys. stron) jest nieproporcjonalny do wymogu dotyczącego wydajności tonerów (50 tys.stron, czyli 10 razy mniej). Odwołujący dodał, że może jeszcze zrozumieć, gdy Zamawiający, chcąc odpowiednio zabezpieczyć swój interes, określa wydajność bębnow na dwu albo trzykrotnie większą liczbę stron niż wydajność tonerów, gdyż taki jest też rynkowy standard w tym zakresie.

Odwołujący zarzucił, że wymóg dotyczący wydajności bębnow służy wyłącznie ograniczeniu uczciwej konkurencji – pozbawieniu możliwości uzyskania zamówienia tych wykonawców, którzy będą musieli zaoferować wraz z drukarką dodatkowe materiały eksploatacyjne (dodatkowe bębny), przez co ich oferta przestanie być konkurencyjna, gdyż zakup dodatkowych bębnow istotnie podwyższy cenę oferty.

Odwołujący podkreślił, że w przypadku innej drukarki – A4 DLc Zamawiający wymaga tonerów na 7500 stron i bębnow na 20000 stron, uwzględniając standardy rynkowe w tym zakresie.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia dotyczącego bębnow w następujący sposób: *ilość wszystkich bębnow w komplecie z drukarką, która zapewni wydrukowanie minimum 115 000 stron kolorowych A4 CMYK (po 5% pokrycia każdej składowej CMYK) – należy wyszczególnić wszystkie materiały eksploatacyjne potrzebne do wydrukowania minimum 115 000 stron kolorowych A4 CMYK (po 5% pokrycia każdej składowej CMYK) podając numer partii materiału eksploatacyjnego wraz z jego wydajnością oraz ilość potrzebną do wydrukowania 115 000 stron.*

{6.}

Odwołujący zarzucił, że jedynymi drukarkami spełniającymi wszystkie wymagania SIWZ dotyczące drukarki A3 DL1 są drukarki produkcji Kyocera Document Solutions Inc., a każda inna drukarka innych producentów nie spełnia przynajmniej jednego spośród wymagań SIWZ.

{7.}

Parametr minimalny dla drukarki A4 DL1 (str. 47 SIWZ):

Podajniki (wbudowane) – 1 podajnik w formie kasety zamkniętej na minimum 500 arkuszy A4 80 g/m²; 1 podajnik ręczny (wielofunkcyjny) na minimum 50 arkuszy A4 80 g/m².

Taca odbiorcza z czujnikiem przepełnienia umiejscowiona na górze drukarki – Na minimum 250 arkuszy A4 80 g/m²; zapełnienie tacy odbiorczej powinno odbywać się poprzez ciągłe (bez zatrzymań) drukowanie aż do osiągnięcia minimalnej pojemności.

Odwołujący zarzucił, że takie zróżnicowanie pojemności podajnika i tacy odbiorczej jest nieuzasadnione, gdyż pojemność podajnika i tak nie może być w pełni wykorzystana. Stąd w najlepszym przypadku drukarka i tak przerwie drukowanie po zapełnieniu tacy odbiorczej (250 arkuszy), czyli już w połowie pojemności podajnika, a kontynuowanie drukowania będzie wymagało ingerencji użytkownika, tj. zabrania zadrukowanych arkuszy z tacy odbiorczej.

Odwołujący podniósł, że obniżenie wymagań przełoży się również na większą konkurencyjność w postępowaniu i niższe ceny oferowanych Zamawiającemu urządzeń.

Odwołujący wniósł o taką zmianę zaskarżonego postanowienia, aby zarówno pojemność podajnika automatycznego, jak i tacy odbiorczej została obniżona o połowę do odpowiednio 250 i 125 arkuszy.

Odnośnie wymaganego sposobu zapełnienia tacy odbiorczej zarzut, żądanie i argumentacja są identyczne jak dla drukarki A3 DL1.

{8.}

Parametr minimalny dla drukarki A4 DLcT (str. 47 SIWZ): *Gramatura papieru – 60-220 g/m².*

Odwołujący zarzucił, że określenie obsługiwanej przez drukarkę gramatury papieru w takim przedziale nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia i służy wyłącznie ograniczeniu uczciwej konkurencji, gdyż oprócz urządzenia produkcji Kyocera Document Solutions Inc. żadne inne urządzenie spełniające pozostałe wymagania SIWZ nie spełnia tego parametru.

Zdaniem Odwołującego bezzasadność tego wymagania uwidoczniła fakt, że dla podajników i tacy odbiorczej Zamawiający wskazał na papier o gramaturze wyłącznie 80 g/m², czyli standardową gramaturę papieru używanego w warunkach biurowych. Prawdopodobieństwo, że Zamawiający będzie używać papieru o wyższej gramaturze, zwłaszcza tak wysokiej jak 220 g/m², jest niezwykle niskie, wręcz żadne.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w taki sposób, aby obniżyć górną granicę zakresu do 176 g/m².

{9}

Odwołujący zarzucił, że jedynymi drukarkami spełniającymi wszystkie wymagania SIWZ dotyczące drukarki A4 DLcT są drukarki produkcji Kyocera Document Solutions Inc., gdyż każda inna drukarka innego producenta nie spełnia przynajmniej jednego spośród wymagań SIWZ.

{10.}

Parametr minimalny dla drukarki A4 DLt (str. 48 SIWZ): (...) *zapełnienie tacy odbiorczej powinno odbywać się poprzez ciągłe (bez zatrzymań) drukowanie aż do osiągnięcia minimalnej pojemności.*

Odnosnie wymaganego sposobu zapełnienia tacy odbiorczej zarzut, żądanie i argumentacja są identyczne jak dla drukarek A3 DL1 i A4DLcT.

{11.}

Parametr minimalny dla drukarki A4 DLt (str. 49 SIWZ): *Gramatura papieru – 60-220 g/m²*

Zarzut i argumentacja są identyczne jak dla drukarki A4DLcT, z tym że w tym przypadku Odwołujący wniósł o obniżenie górnej granicy do 163 g/m², ewentualnie do 200 g/m².

Ponadto Odwołujący wyjaśnił, że gramaturę 200 g/m² ma typowy karton, zatem obsługa tak wysokiej gramatury papieru w normalnych warunkach biurowych jest całkowicie wystarczająca.

{12.}

Odwołujący zarzucił, że jedynymi drukarkami spełniającymi wszystkie wymagania SIWZ dotyczące drukarki A4 DLt są drukarki produkcji Kyocera Document Solutions Inc., gdyż każda inna drukarka innego producenta nie spełnia przynajmniej jednego spośród wymagań SIWZ.

{13.}

Odwołujący ponadto zwrócił uwagę, że wszystkie drukarki zamawiane w ramach części nr 2 są typowymi drukarkami biurowymi, przeznaczonymi do wykorzystania w normalnej pracy biurowej. W rozdziale 4 pkt 4.3 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że całość dostarczanego sprzętu musi być dostępna na rynku, pochodzić z seryjnej produkcji oraz że niedopuszczalne są produkty prototypowe. Skoro Zamawiający oczekuje produktów standardowych, nie ma żadnych szczególnych potrzeb w zakresie urządzeń drukujących.

{14.}

Podsumowując sformułowane powyżej zarzuty Odwołujący wskazał, że wedle utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, względnie stawia wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych {przywołując i cytując obszernie wypowiedzi judykatury}.

{ad pkt II. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający w Sekcji 11.2.11) ogłoszenia oraz w Rozdziale 4 pkt 4.16. SIWZ postanowił:

- 1) Zamawiający na podstawie art. 34 ust. 5 ustawy Pzp przewiduje prawo opcji.*
- 2) Wykonawca nie może odmówić realizacji prawa opcji. Realizacja zamówienia objętego prawem opcji jest wyłącznym uprawnieniem Zamawiającego.*
- 3) Zastrzeżone na rzecz Zamawiającego prawo opcji polega na możliwości żądania realizacji przedmiotu umowy w zakresie i ilości asortymentu wskazanego w zał. nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia w Rozdz. I Część ogólna, pkt. 6 „Zamawiający przewiduje prawo*

opcji w zakresie".

4) Ilość wskazana w zał. nr 1 do SIWZ jest ilością maksymalną do której ilości Zamawiający może żądać realizacji przedmiotu umowy w przypadku gdy skorzysta z prawa opcji.

5) Zasady dotyczące realizacji prawa opcji będą takie same jak te, które obowiązują przy realizacji zamówienia podstawowego (gwarantowanego).

6) Wykonawca zobowiązuje się do realizacji opcji w terminie wskazanym przez Wykonawcę dla zamówienia podstawowego w formularzu ofertowym dla danej części zamówienia Ucząc od dnia wysłania do Wykonawcy pisemnej informacji (zamówienia) o potrzebie skorzystania z prawa opcji. W przypadku zamówień objętych prawem opcji, termin realizacji przedmiotu zamówienia odbywać się będzie sukcesywnie lub w całości zgodnie z żądaniem Zamawiającego. Zamawiający ma możliwość żądania realizacji zamówienia opcjonalnego w terminie do 6 miesięcy od daty podpisania Umowy, przy czym Zamawiający prześle do Wykonawcy żądanie uruchomienia prawa opcji w terminie nie krótszym niż 30 dni kalendarzowych przed upływem terminu, o którym mowa wyżej. Termin ten może zostać skrócony wyłącznie za zgodą Wykonawcy.

7) Zaoferowany przedmiot zamówienia objęty prawem opcji musi być taki sam (identyczny) jak zaproponowany przez Wykonawcę sprzęt w zamówieniu podstawowym.

8) Ceny jednostkowe podczas realizacji opcji będą takie same jak przy realizacji zamówienia podstawowego.

9) W przypadku skorzystania z prawa opcji wynagrodzenie płatne będzie w wysokości wynikającej z wartości dokonanej opcji, na zasadach przewidzianych w SIWZ oraz w umowie.

10) Warunkiem uruchomienia opcji jest przekazanie przez Zamawiającego pisemnej informacji (zamówienia) dla Wykonawcy o potrzebie skorzystania z prawa opcji.

11) Wykonawcy nie będą przysługiwały żadne roszczenia z tytułu nieskorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji albo skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji w zakresie mniejszym niż maksymalna ilość asortymentu określona w załączniku nr 1 do SIWZ.

12) Zakres przedmiotowy zamówień objętych opcją, warunki skorzystania z prawa opcji oraz zasady realizacji opcji określone zostały w zał. nr 1 - Opis przedmiotu zamówienia oraz w załączniku nr 9 do SIWZ- Istotne dla Stron Postanowienia Umowy."

Jednocześnie w Załączniku nr 1 do SIWZ stanowiącym Opis przedmiotu zamówienia, w pkt 1, ppkt 6, Zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający przewiduje prawo opcji w zakresie: (..)

4) Drukarka A3 DLI – 225 szt/

5) Drukarka A4 DLCT – 1015 szt.

6) Drukarka A4 DLt – 3000 szt.(...)

Natomiast opisując część nr 2 zamówienia odnoszącą się do dostawy drukarek, Zamawiający wskazał, że obejmuje ona:

- drukarka A3 DL1 – 75 szt. (str. 46 SIWZ)
- drukarka A4 DLc – 700 szt. (str. 47 SIWZ)
- drukarka A4 DLt – 1000 szt. (str. 48 SIWZ)

Odwołujący skonstatował, jak w liście zarzutów.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia wypaczył podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia: publicznego.

Odwołujący stwierdził, że prawo opcji nie zostało zdefiniowane ani w ustawie pzp, ani w dyrektywach, jednak powszechnie przyjmuje się, że jest to uprawnienie do wskazania dodatkowego w stosunku do gwarantowanego zakresu, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności, a zatem może nie nastąpić. Prawo opcji w przypadku dostaw zakłada dokupienie marginalnej w stosunku do zamówienia podstawowego liczby urządzeń, przy czym okoliczności warunkujące skorzystanie z opcjonalnego zakresu zamówienia powinny zostać określone w treści dokumentacji postępowania. Prawo opcji to jednostronne uprawnienie kształtujące po stronie zamawiającego, z którego może on, ale nie musi skorzystać, a wykonawca nie ma roszczenia do zamawiającego o skorzystanie z prawa opcji.

Ponieważ prawo opcji musi być uwzględnione w wartości szacunkowej zamówienia (art. 34 ust. 5 pzp), co do zasady zamawiający powinien mieć środki na realizację zamówienia w pełnym maksymalnym zakresie, a więc w zakresie zamówienia gwarantowanego oraz wynikającego z prawa opcji.

Odwołujący zarzucił że Zamawiający nadużywa prawo opcji, gdyż objęty nim zakres zamówienia nie jest marginalny w stosunku do zakresu gwarantowanego i świadczy o obejściu przepisów ustawy pzp i naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego Zamawiający zapewnił sobie możliwość udzielania zamówień w ramach prawa opcji w zależności od tego, kto wygra przedmiotowy przetarg.

Odwołujący zarzucił również, że ponieważ postanowienie, do którego odesłano odnośnie warunków i sposobu skorzystania z prawa opcji ma charakter wyłącznie blankietowy, gdyż nie określa żadnych konkretnych okoliczności (w jakich okolicznościach) Zamawiający skorzysta z tego uprawnienia. nr 2, taki opis nie spełnia wymagań art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 34 ust. 5 ustawy pzp.

Odwołujący podkreślił, że obowiązek precyzyjnego opisanie zakresu, jakiego prawo

opcji dotyczy, oznacza obowiązek precyzyjnego opisanie, nie zaś jedynie zasygnalizowania bliżej niezidentyfikowanej możliwości.

Odwołujący dodał, że dla zapewnienie uczciwej konkurencji przy kalkulowaniu ceny oferty konieczne jest określenie w sposób precyzyjny zakresu, jakiego prawo opcji dotyczy, na jakich zasadach i w jakim rozmiarze, co w tym postępowaniu nie zostało uczynione. Nie zasługuje zatem na aprobatę próba przeniesienia przez Zamawiającego ryzyk gospodarczych na niektórych wykonawców, polegająca na nieprzekazaniu informacji, którymi Zamawiający z całą pewnością dysponuje. Nikt tak dobrze nie zna specyfiki przedmiotowych dostaw jak Zamawiający, dysponuje on bowiem wiedzą co do ilości wykorzystywanych dostaw, wynikającą z dotychczasowego doświadczenia i praktyki, wreszcie co do planów na przyszłość. Zamawiający limituje tę istotną wiedzę, czym narusza zasady uczciwej konkurencji.

Jeżeli Zamawiający przewiduje, że będzie potrzebował zwiększyć zakres zamówienia o aż tak dużą liczbę sztuk, to istnieje duże prawdopodobieństwo, że opcja powinna de facto zostać zawarta w zamówieniu podstawowym. Tym bardziej, że Zamawiający musiał uwzględnić ilości wynikające z prawa opcji w wartości szacunkowej zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ polegającej na:

- usunięciu prawa opcji i włączenie liczby sztuk urządzeń objętych opcją do zakresu zamówienia podstawowego;
- alternatywnie urealnieniu zakresu zamówienia podstawowego (gwarantowanego) oraz zamówienia w zakresie prawa opcji oraz równoczesne jednoznaczne opisanie kiedy (tj. w jakich konkretnie sytuacjach) Zamawiający skorzysta z prawa opcji, przy czym według Odwołującego zakres prawa opcji nie powinien przekraczać 10% zakresu całości zamówienia, natomiast zakres prawa zamówienia podstawowego (gwarantowanego) nie powinien być mniejszy niż 90% zakresu całości zamówienia.

{ad pkt III. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że w Sekcji 111.1.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale 6 pkt 6.2 ppkt 3) SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający w sposób odrębny dla każdej z Części opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia. W przypadku Części nr 2 wykonawca miał się wykazać realizacją co najmniej dwóch zamówień polegających na

dostawie urządzeń drukujących, każde z nich o wartości nie niższej niż 2 500 000,00 PLN brutto. Następnie w Rozdziale 6 pkt 6.13. SIWZ Zamawiający postanowił, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku, gdy wykonawca dla danej części zamówienia będzie polegał na zasobach określonych w art. 22a pzp, warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej opisany w ust. 6.2 pkt 3) SIWZ nie podlega sumowaniu. Spełnienie tego warunku musi wykazać przynajmniej jeden podmiot - zgodnie z wymaganiami opisanymi w ust. 6.2 pkt 3) SIWZ dla wybranej części.

Odwołujący skonstatował, że Zamawiający nie dopuszcza sytuacji, w której wykonawca posiada doświadczenie i wykazuje się realizacją jednego zamówienia polegającego na dostawie urządzeń drukujących i jednocześnie korzysta z zasobów innego podmiotu, który również posiada doświadczenie w realizacji jednego zamówienia polegającego na dostawie urządzeń drukujących.

Odwołujący zarzucił, że zaskarżone postanowienia SIWZ narusza art. 22a ust. 1 ustawy pzp, pozwalający wykonawcy polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innego podmiotu w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych, która to norma prawna ma charakter bezwzględnie obowiązującej (*ius cogens*) i żadne odmiennie postanowienie Zamawiającego nie może jej zmienić.

Zdaniem Odwołującego ustawodawca unijny, jak i krajowy (art. 22a ustawy pzp), przyznał wykonawcy prawo do korzystania z zasobów innych podmiotów w stosownych sytuacjach, w odniesieniu do konkretnego zamówienia. To, kiedy z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia i kiedy oraz w jakim zakresie wykonawca chce skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego, powinno zostać pozostawione gestii wykonawcy. Zamawiający nie ma prawa decydować za wykonawcę, w jakim stosunku może on skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego, a w jakim nie. Jeżeli wykonawca dysponuje jednym własnym zamówieniem na potwierdzenie spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, a w zakresie drugiego zamówienia chciałby polegać na zasobach podmiotu trzeciego, na gruncie bezwzględnie obowiązującego art. 22a ust. 1 ustawy pzp nie sposób mu takiej możliwości zabronić. W przeciwnym przypadku zniweczony zostałby cel art. 22a ust. 1 ustawy pzp. Tym samym nie może ograniczyć swobody decyzji wykonawcy w zakresie tego, czy będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego i w jakim zakresie (jedno zamówienie referencyjne, dwa zamówienia referencyjne itp.). Jest to prawo wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, tj. prawo do podjęcia swobodnej decyzji co do sposobu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, do tego usankcjonowane

przez powszechnie obowiązujące przepisy ustawy pzp i dyrektyw.

Zdaniem Odwołującego nieracjonalne wydaje się żądanie, aby w takim przypadku wykonawca pominął swoje własne doświadczenie i w celu wykazania spełniania przywołanego warunku polegał w całości na zdolnościach technicznych lub zawodowych innego podmiotu, gdyż taka konstrukcja przeczyłaby istocie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego.

Odwołujący zauważył również, że przedmiotem zamówienia są dostawy, w których inny podmiot, na którego zasobach polega wykonawca, nie musi realizować zamówienia w zakresie, w jakim jego zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy pzp). Wobec tego doświadczenie innego podmiotu może zostać wykorzystane w trakcie wykonywania danego zamówienia w inny sposób niż polegający na bezpośredniej realizacji przedmiotu zamówienia: doradztwie, jak zrealizować zamówienie, konsultacji i porad, przekazaniu know-how co do sposobu efektywnego wykonania zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że odmiennie kształtuje się zakaz sumowania doświadczenia (zdolności technicznych lub zawodowych) w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum firm). Możliwość żądania, aby co najmniej jeden z członków konsorcjum posiadał samodzielnie doświadczenie niezbędne celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, została bowiem wprost zapisana w art. 23 ust. 5 pzp, zgodnie z którym zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b pzp, o ile jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Powyższej możliwości Zamawiający nie może jednak rozciągać na inny podmiot, na którego zasobach zamierza polegać wykonawca, gdyż ustawa pzp nie zawiera analogicznej regulacji odnoszącej się do wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że wyjątku, który wynika z art. 23 ust. 5 pzp, nie można interpretować rozszerzająco. Natomiast norma prawna zawarta w art. 22a ust. 1 pzp ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej, która nie może zostać wyłączona przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia polegającą na wykreśleniu fragmentu: *oraz w sytuacji gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp.*

Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły w formie pisemnej zgłoszenia

przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez:

– INTARIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (7 sierpnia 2017 r.)

– Egidę IT Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (4 sierpnia 2017 r.)

Wobec dokonania tych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

11 sierpnia 2017 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględnia część zarzutów, a w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania. Ponadto w treści pisma Zamawiający odniósł się do poszczególnych zarzutów i poinformował o dokonanych w związku z niektórymi zarzutami zmianach postanowień s.i.w.z.

Na rozprawie Zamawiający sprecyzował, że faktycznie w całości uwzględnił tylko zarzut dotyczący liczby tac odbiorczych dla drukarki typu A3 DL1 {zarzut I.3}

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie {z wyjątkiem zarzutu I.3 uwzględnionego w całości}, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, z tym że Zamawiający wyraził gotowość zmiany proporcji gwarantowanej i opcjonalnej części zamówienia na 80 do 20.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniach przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący jako wykonawca zainteresowany ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie w tym postępowaniu, którego warunki kwestionuje z uwagi ich wpływ na możliwość faktycznego wzięcia udziału w tym postępowaniu, wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż potwierdziły się niektóre spośród tych zarzutów.

W pierwszej kolejności konieczne stało się zaznaczenie, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp sprawa została rozpoznana w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów. Zgodnie z tym przepisem Izba nie może orzekać bowiem co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że ponieważ przedstawione w odwołaniu okoliczności dotyczące treści zaskarżonych postanowień s.i.w.z. odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, nie ma potrzeby ich ponownego przytaczania.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt I. listy zarzutów – pkt 1-2 oraz 4-14 uzasadnienia}

Spośród zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia część Izba uznała za zasadne {zarzuty z pkt 2, 4, 5, 6 (częściowo), 7 (częściowo), 9 (częściowo) 10 i 12 (częściowo)}.

Izba uznała poniższe okoliczności za istotne dla rozstrzygnięcia tych zarzutów:

Oдноśnie zarzutu I.2 dot. zastrzeżenia laserowej technologii wydruku dla wszystkich trzech typów drukarek:

- na rynku urządzeń drukujących równolegle do technologii laserowej funkcjonuje technologia LED, która nie ma charakteru prototypowego lub eksperymentalnego, gdyż urządzenia drukujące LED są sprzedawane od wielu lat i powszechnie zaliczane do tego samego segmentu rynku co tradycyjne drukarki laserowe;
- Zamawiający potwierdził, że kwestionowane postanowienie s.i.w.z. wyłącza możliwość zaoferowania drukarek wykorzystujących LED-ową technologię wydruku;
- powyższe wyłączenie nie stanowi parametru technicznego ani funkcjonalnego służącego zapewnieniu odpowiedniej jakości wydruku, gdyż opis przedmiotu zamówienia zawiera lub może zawierać inne parametry bezpośrednio odnoszące się do tej kwestii.

Oдноśnie zarzutów I.4, I.7 i I.10 dot. zastrzeżenia, że zapełnienie tacy odbiorczej wszystkich typów drukarek ma się odbywać w sposób ciągły (bez jakichkolwiek zatrzymań):

- Zamawiający potwierdził, że kwestionowane postanowienie s.i.w.z. wyłącza możliwość zaoferowania drukarek, w których podczas zapełniania tacy odbiorczej następują krótkie przerwy związane z kalibracją wydruku;
- powyższe wyłączenie nie stanowi parametru technicznego ani funkcjonalnego służącego zapewnieniu odpowiedniej szybkości wydruku, gdyż opis przedmiotu zamówienia zawiera lub może zawierać inne parametry bezpośrednio odnoszące się do tej kwestii;
- skoro można określić wymaganą szybkość druku, określenie sposobu zapełnienia tacy odbiorczej (w tym długości dopuszczalnych przerw) jest zbędne i irrelewantne z punktu widzenia okresu czasu koniecznego dla otrzymania kompletnego wydruku;

Oдноśnie zarzutu I.2 dot. zastrzeżenia wymaganego zakresu materiałów eksploatacyjnych dla drukarki typu A3 DL1:

- na rynku laserowych urządzeń drukujących funkcjonują równolegle różne rozwiązania techniczne odnośnie wydajności, zintegrowania czy częstotliwość wymiany bębna i tonera;
- ustalone przez Zamawiającego wymaganie nie stanowi parametru technicznego ani funkcjonalnego bezpośrednio odnoszącego się do kosztu wydruku 1 strony ani w okresie 2-letniej eksploatacji w okresie gwarancji, ani w okresie całego życia drukarki;
- wymaganie, aby bębny wystarczyły na wydruk co najmniej 500 tys. stron, a tonery na wydruk co najmniej 50 tys. stron odzwierciedla specyfikę drukarek marki Kyocera i pokrewnych.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z przywołanego przepisu wynika, że dla stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25 stycznia 2006 r. (sygn. akt II Ca 693/05)}. Z kolei dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 17 kwietnia 2009 r., (sygn. akt II Ca 137/09)}.

Z drugiej strony do naruszenia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie dochodzi już przypadku utrudnienia konkurencji, nie zaś jedynie wówczas, gdy opis przedmiotu zamówienia prowadzi do jej całkowitego wyeliminowania. Utrudnianie konkurencji nie oznacza wszakże całkowitej eliminacji wszystkich producentów, dostawców lub dystrybutorów poza jednym, czy wszystkich urządzeń, technologii lub rozwiązań poza jednym. Literalna wykładnia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie wskazuje, że nieuzasadnione utrudnianie konkurencji (wobec określonego i równouprawnionego do udziału w rynku wykonawcy lub oferowanego produktu) prowadzi do wypełnienia hipotezy normy prawnej wyrażonej w art 29 ust 2 pzp {zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO 2729/10)}

Przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05), wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25 stycznia 2006 r. (sygn. akt II Ca 693/05), wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24 stycznia 2012 r. (sygn. akt VI ACa 965/11), podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 22 lipca 2013 r. (sygn. akt 1589/13) i wyroku z 20 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1314/13)}.

Wedle utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający ma prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi i wygórowanymi {tak np. wyrok z 21 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1954/10), podobnie w wyroku z 26 września

2011 r. (sygn. akt KIO 1995/11)).

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, że uniemożliwiają one udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia {wyrok z 5 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 938/14), wyrok z 27 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 28/14)}.

Izba zważyła, że w ustalonych powyżej okolicznościach wymagania objęte rozpatrywanymi zarzutami nie są podyktowane uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, natomiast stanowią odzwierciedlenie jego preferencji co do określonych urządzeń, pomimo istnienia innych drukarek, które równie dobrze mogą zaspokoić potrzeby Zamawiającego w zakresie masowego wydruku. W konsekwencji powyższe wymagania należy uznać za utrudniające konkurencję pomiędzy wykonawcami funkcjonującymi na rynku urządzeń służących zaspokojeniu tego typu potrzeb.

Zamawiający nie był w stanie wskazać żadnego zobiektywizowanego uzasadnienia dla niedopuszczenia drukarek LED-owych. Samo twierdzenie o mniejszej dokładności wydruków z tych drukarek jest niewystarczające, gdyż Zamawiający nie uprawdopodobnił, czy ewentualna różnica wynikała z innego sposobu naświetlenia bębna przekłada się na obniżenie dokładności wydruku, która ma znaczenie z punktu widzenia zamierzonego przeznaczenia zamawianych drukarek.

Przede wszystkim dla zabezpieczenia uzasadnionych oczekiwań Zamawiającego co do jakości wydruku powinny posłużyć parametry wprost odnoszące się do tej kwestii, takie jak np. rozdzielczość wydruku. Określenie takich parametrów jest wystarczające, gdyż jeżeli rzeczywiście drukarki LED-owe obiektywnie nie będą mogły im sprostać, nie będą mogły zostać zaoferowane.

Ustalenie wymagania eliminującego z założenia określoną technologię jest tym bardziej nieuzasadnione, że Zamawiający zdaje się poruszać w sferze przypuszczeń i spekulacji co do możliwości technicznych drukarek LED-owych, skoro domniemywa w odpowiedzi na odwołanie, że „musi prawdopodobnie istnieć jakiś powód dlaczego technologia LED nie uzyskała szerszej akceptacji i nie jest rozpowszechniona rynku”. Zamawiający zdaje się również nie mieć orientacji co do powszechnej dostępności drukarek LED-owych na rynku od wielu lat skoro uważa, że zakup tych drukarek uczyniłby z niego

testera nowych, niesprawdzonych technologii.

Zupełnie spekulatywny charakter ma twierdzenie Zamawiającego, jakoby producenci drukarek LED mieli znajdować się w gorszej kondycji finansowej niż producenci drukarek laserowych. Z kolei dla ewentualnego zaprzestania przez producenta wsparcia dla danej drukarki nie ma znaczenia technologia druku, na której jest oparte dane urządzenie. Równie dobrze przedwcześnie z punktu widzenia interesu Zamawiającego w utrzymaniu bezpieczeństwa teleinformatycznego może zakończyć się wsparcie ze strony producenta drukarki laserowej. I w niczym nie pomoże, że na rynku będzie funkcjonowało jeszcze wielu innych producentów takich drukarek, gdyż sama laserowa technologia wydruku nie oznacza, że urządzenia różnych producentów mają wspólne i zastępowalne wzajemnie sterowniki czy wewnętrzne oprogramowanie (firmware).

Z powyższych względów dla zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu konieczne stało się nakazanie Zamawiającemu dopuszczenia drukarek drukujących w technologii LED (a raczej wyeliminowanie generalnego wyłączenia możliwości ich zaoferowania).

Za oczywiście prowadzący do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji należało uznać regulowanie przez Zamawiającego takich szczegółów, jak sposób wypełnienia tacy odbiorczej. Biorąc pod uwagę, że równolegle Zamawiający określił swoje wymagania co do szybkości wydruku, które w ocenie Odwołującego nie są wygórowane, bezprzedmiotowa jest cała argumentacja Zamawiającego przedstawiona w toku postępowania odwoławczego.

Z tego względu dla zachowania uczciwej konkurencji konieczne stało się nakazanie Zamawiającemu wykreślenia tego zbędnego wymagania.

O ile samo wymaganie zabezpieczenia materiałów eksploatacyjnych koniecznych do wydruku określonej liczby kopii może zostać za uzasadnione również w postępowaniu dotyczącym zakupu drukarek, o tyle musi zostać opisane w taki sposób, aby nie naruszało uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami funkcjonującymi na rynku drukarek laserowych. Zamawiający może i powinien uwzględnić funkcjonujące na rynku rozwiązania co do bębnow i tonerów i znaleźć taki wspólny mianownik, aby wykonawcy oferujący drukarki różnych producentów danej klasy, różniące się wydajnością i ceną materiałów eksploatacyjnych (bębna i tonera), mogli konkurować rzeczywistym kosztem wydruku strony dla wolumenu wydruku założonego przez Zamawiającego w określonym czasie.

Izba zważyła, że Zamawiający bezpodstawnie powołuje się na to, że kierował się kosztem wydruku w cyklu życia drukarki, gdyż nie ustanowił w tym zakresie stosownego

kryterium oceny ofert. Natomiast zaskarżone wymaganie nie służy osiągnięciu temu celowi, a w oczywisty sposób preferuje drukarki, w których wydajność bębna jest bardzo duża, choć wydajność tonerów już niekoniecznie. Gdyby Zamawiającemu rzeczywiście zależało na ustaleniu parametru premiującego jak najniższy koszt wydruku jednej strony, wymagałby zabezpieczenia zarówno bębnow, jak i tonerów niezbędnych dla określonego wolumenu wydruku w danym czasie. Natomiast Zamawiający wymaga wydajności bębna na takim poziomie, aby odpowiadało to charakterystyce urządzeń wywodzących się od producenta Kyocera, jednocześnie nie oczekując na takim samym lub zbliżonym poziomie wydajności od tonera, co wyrównałoby szanse producentów drukarek, w których bębny mają mniejszą wydajność, ale z kolei tonery mają większą wydajność i niższą cenę.

Z powyższych względów konieczne stało się nakazanie Zamawiającemu, aby dla zachowania uczciwej konkurencji określił zakres objętych dostawą materiałów eksploatacyjnych w sposób niedyskryminacyjny dla funkcjonujących na rynku rozwiązań technicznych odnośnie wydajności i rozdzielności bębnow i tonerów, z uwzględnieniem rzeczywistego kosztu wydruku jednej strony dla zakładanego wolumenu wydruku

Tym samym w powyższym zakresie potwierdziły się zarzuty nieuzasadnionego preferowania przez Zamawiającego drukarek Kyocery i pokrewnych, co stanowi naruszenie obowiązku prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Pozostałe zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia Izba uznała za niezasadne {zarzuty z pkt 1, 7 (częściowo), 8 i 11}.

Izba uznała poniższe okoliczności za istotne dla rozstrzygnięcia tych zarzutów:

Odnosnie zarzutu I.1 dot. wykluczenia możliwości zaoferowania urządzeń wielofunkcyjnych dla wszystkich trzech typów drukarek:

- Zamawiający wyjaśnił, że ponad 90% zakupionego w tym postępowaniu sprzętu będzie eksploatowane w resortowych niejawnych sieciach teleinformatycznych, dla których wymagania bezpieczeństwa wykluczają dowolne instalowanie urządzeń umożliwiających kopiowanie i wprowadzanie danych do systemu;
- w przypadku urządzeń wielofunkcyjnych, które są bardziej złożone niż drukarki, istnieje większe ryzyko nieuprawnionego wydobycia informacji, które powinny być chronione;
- żadna z tych okoliczności nie została zakwestionowana przez Odwołującego.

Odnosnie zarzutu I.7 w części odnoszącej się do wymagania, aby w drukarce typu A4 DLc t podajnik papieru miał pojemność 500 kartek, a taca odbiorcza przyjmowała 250 kartek:

- pojemność 500 kartek odpowiada typowej ryzie papieru;

- z zestawienia parametrów drukarek różnych producentów przygotowanego przez Odwołującego wynika, że taka kombinacja pojemności podajnika i tacy odbiorczej jest typowa w tym segmencie rynku;
- zawarta w odwołaniu argumentacja zarzutu wskazująca na konieczność zrównania w dół pojemności podajnika i tacy odbiorczej jest niespójna z żądaniem, które zmierza do dwukrotnego obniżenia pojemności zarówno podajnika, jak i tacy odbiorczej.

Odnosnie zarzutów I.8 i I.11 dotyczących maksymalnej gramatury papieru akceptowanej przez drukarki odpowiednio typów A4 DLt i A4 DLt:

- z zestawienia parametrów drukarek różnych producentów przygotowanego przez Odwołującego nie wynika, aby możliwość drukowania na papierze o takiej gramaturze stanowiła wyróżnik sprzętu konkretnego producenta i nie była standardowa na rynku;
- papier o gramaturze 220 g/m² jest powszechnie oferowany na rynku.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że powyższe zarzuty są niezasadne.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten stanowi uszczegółowienie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia jednej z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że zasada uczciwej konkurencji nie oznacza obowiązku dokonania opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby w postępowaniu mógł wziąć udział każdy wykonawca, który przejawia taką chęć. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia adekwatnie do jego uzasadnionych potrzeb, które mają zostać zaspokojone dzięki udzielonemu zamówieniu, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na minimalnym poziomie.

Udzielenie zamówienia służy zaspokojeniu zobiektywizowanych i racjonalnych potrzeb zamawiającego, co może i powinno znaleźć odzwierciedlenie w opisie przedmiotu zamówienia. Jeżeli dla osiągnięcia tego celu zastosowano proporcjonalne środki, opis przedmiotu zamówienia może prowadzić do ograniczenia konkurencji wyłącznie do wykonawców zdolnych do zaoferowania produktów odpowiadających uzasadnionym potrzebom zamawiającego. W takim przypadku nie dochodzi do naruszenia art. 29 ust. 2 pzp, gdyż wyrażona w tym przepisie zasada nie ma charakteru absolutnego, w tym sensie, że zamawiający nie ma obowiązku dostosowania się do możliwości wszystkich zainteresowanych wykonawców, którzy nie są w stanie sprostać wymaganiom takiego opisu

przedmiotu zamówienia {zob. wyrok Izby z 11 grudnia 2014 r. (sygn. akt KIO 2503/14)}

Fakt posiadania danego produktu przez danego wykonawcę nie oznacza że dany zamawiający ma nabyć ten produkt tylko dlatego, że wykonawca go posiada. Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 23 stycznia 2009 r., sygn. akt XII Ga 431/09), jednocześnie dokonując tego z uwzględnieniem racjonalnego planowania dokonywanych wydatków, zarówno pod względem finansowym, jak i użytkowym (wyrok Naczelnego Sadu Administracyjnego z 4 lutego 2015 r., sygn. akt GSK 2203/13). Zamawiający, mając na uwadze konieczność zabezpieczenia swoich potrzeb na odpowiednim poziomie, uprawniony jest do takiego opisu parametrów zamówienia, by jego realizacja odpowiadała zarówno jego uzasadnionym potrzebom, jak i możliwościom finansowym, nie naruszając przy tym zasady uczciwej konkurencji, czyli umożliwienia złożenia ofert przez wykonawców będących w stanie podołać takim wymaganiom zamawiającego. Zamawiający ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia w oparciu o określone minimalne standardy poprzez wskazanie parametrów i może opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 23 października 2015 r., sygn. akt VIII SA/Wa 311/15) {zob. wyrok Izby z 22 marca 2016 r. (sygn. akt KIO 308/16)}

Izba zważyła, że w ustalonych powyżej okolicznościach wymagania objęte rozpatrywanymi zarzutami należy ocenić za podyktowane uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, które wskazał w odpowiedzi na odwołanie. Natomiast żądania zgłoszone w związku z postawionymi zarzutami zmierzają do obniżenia wymaganych parametrów technicznych do poziomu odpowiadającego specyfice urządzeń, które Odwołujący chciałby zaoferować. Tymczasem skarżone parametry techniczne mają obiektywny charakter i służą uzyskaniu drukarek zdolnych do wydrukowania dokumentów i materiałów odpowiadających specyfice resortu obrony narodowej. Co więcej z zestawień przygotowanych przez Odwołującego wynika, że żaden z tych parametrów nie odbiega od standardów funkcjonujących na rynku drukarek laserowych.

Wymaganie, aby podajnik papieru mieścił standardową ryzę papieru nie sposób uznać za nieuzasadniony. Izba nie ma również podstaw, aby nie dać wiary Zamawiającemu, że zamawiane drukarki będą wykorzystywane również do wydruku dokumentów, których obszerność odpowiada ustalonemu rozmiarowi tacy odbiorczej. Przy czym parametry te odpowiadają standardom funkcjonującym na rynku i wcale nie zawężają konkurencji

wyłącznie do drukarek Kyocery i pokrewnych urządzeń. Zestawienie urządzeń przygotowane przez Odwołującego wskazuje ponadto, że typowo podajnik ma dwukrotnie większą pojemność niż taca odbiorcza, co umożliwia wydrukowanie większej liczby dokumentów bez ciągłego dokładania papieru.

Podobnie określona przez Zamawiającego górna granica gramatury papieru akceptowanego przez drukarki również odpowiada standardom funkcjonującym na rynku, nie zawężając konkurencji wyłącznie do urządzeń Kyocery i pokrewnych urządzeń, co wynika z zestawienia przygotowanego przez Odwołującego. Izba nie miała zatem podstaw, aby nakazywać Zamawiającemu obniżenie oczekiwanego standardu do możliwości urządzeń oferowanych przez Odwołującego.

Z kolei wyłączenie możliwości zaoferowania urządzeń wielofunkcyjnych w ramach części zamówienia dotyczącej drukarek, choć nie stanowi parametru technicznego dotyczącego wydruku, należy uznać za uzasadnione z uwagi na przeznaczenie większości zamawianych drukarek do eksploatacji w niejawnych sieciach teleinformatycznych. Oczywiście jest, że drukarki w stosunku do urządzeń wielofunkcyjnych zmniejszają ryzyko nieuprawnionego wycieku informacji niejawnych, uniemożliwiając jednocześnie nieuprawnione wprowadzanie informacji do tych systemów.

Możliwość programowego wyłączenia dla urządzeń wielofunkcyjnych innych funkcji niż wydruk nic w tym zakresie nie zmienia, skoro mogą być one ponownie aktywowane, również przez osobę nieupoważnioną. Nie ma również znaczenia, że w innej części zamówienia zamawiane są urządzenia wielofunkcyjne, gdyż ich przeznaczenie może być inne. Ponadto trudno odmawiać Zamawiającemu prawa do zamówienia tam, gdzie jest to konieczne z uwagi na wymagania ochrony informacji niejawnych, urządzeń, których funkcjonalność ogranicza się do wydruku.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt II. listy zarzutów }

Izba uznała następujące okoliczności za istotne dla sprawy:

Zamawiający wyraził gotowość zmiany proporcji gwarantowanej i opcjonalnej części zamówienia na 80 do 20, jednak nie wprowadził takiej zmiany do specyfikacji.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut należy uznać za częściowo zasadny.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 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.

Ponieważ Zamawiający nie uwzględnił powyższego zarzutu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, że proponowana przez Zamawiającego zmiana zakresu zamówienia w taki sposób, że zakres gwarantowany stanowi 80%, a opcjonalny 20% łącznej liczby drukarek danego typu, Izba uznała za wystarczającą dla usunięcia zarzucanego naruszenia art. 29 ust. 1 pzp.

Zdaniem Izby przy takiej proporcji gwarantowanej i opcjonalnej części zamówienia adekwatne jest stanowisko, że obowiązkiem wykonawcy jest wycena oferty z uwzględnieniem maksymalnego zakresu opcji, który jest wykonawcom znany i został precyzyjnie przez zamawiającego określony. Prawo opcji jest instytucją, która stwarza po stronie zamawiającego zobowiązanie do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym, natomiast uprawnieniem zamawiającego jest żądanie realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, z kolei obowiązkiem wykonawcy jest realizacja zamówienia w całości, to jest w zakresie zadeklarowanym i poszerzonym. Wykonawcy nie przysługuje natomiast prawo domagania się realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, jeśli zamawiający nie skorzysta ze swego uprawnienia do opcji w toku realizacji umowy. Z tego zatem względu brak określenia przez zamawiającego, w jakich okolicznościach i na jakich warunkach będzie zmniejszał zakres opcji, nie stoi na przeszkodzie dla wyceny oferty, gdyż wykonawca musi wycenić cały zakres zamówienia, w tym poszerzony, i nie utrudnia uczciwej konkurencji {zob. wyrok Izby z 28 maja 2013 r. (sygn. akt 1168/13)}.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt III. listy zarzutów}

Izba uznała następujące okoliczności za istotne dla sprawy:

Zarzut zawarty w odwołaniu ogranicza się do zakwestionowania wymagania, aby wymaganą wiedzą i doświadczeniem wynikłą z należytego wykonania co najmniej dwóch zamówień polegających na dostawie urządzeń drukujących (o wymaganej skali określonej wartością kwotową), w przypadku polegania za zasobach podmiotu trzeciego, dysponował jeden podmiot. Natomiast zarzutem odwołania nie jest objęte analogiczne wymaganie stawiane w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

przedmiotowego zamówienia. Z odwołania nie wynika również zakwestionowanie proporcjonalności do przedmiotu zamówienia oraz adekwatności dla oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia wymagania dysponowania zdolnością wynikłą z uprzedniego dwukrotnego wykonania dostaw urządzeń drukujących o określonej w treści warunku wartości.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

Z art. 22a. wynika w szczególności, że:

- Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych (ust. 1).
- Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (ust. 2).
- Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu (ust. 3).
- W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (ust. 4).

Umknęło uwadze Odwołującego, że ustanowienie wymagania dwukrotnego uprzedniego wykonania podobnego zamówienia przez ten sam podmiot oznacza, że według Zamawiającego dla nabycia odpowiedniej zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia konieczne jest nabycie odpowiedniej wprawy w wykonaniu podobnych zamówień. Tymczasem Odwołujący nie kwestionuje, że jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Skoro Odwołujący nie kwestionuje samego warunku ani wymogu jego spełnienia przez jednego spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przedmiotem rozstrzygnięcia jest jedynie kwestia, czy przepisy ustawy pzp nakazują odmiennie traktować sytuację spełniania warunków udziału przez konsorcjum wykonawców i wykonawcę, który polega na zdolnościach innych podmiotów.

Odwołujący bezzasadnie domaga się uprzywilejowania wykonawców polegających na zasobach podmiotów trzecich w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdyż naruszałoby to wprost zasady wynikające z art. 7 ust. 1 pzp. Izba podziela ocenę Zamawiającego, że ponieważ w obydwu przypadkach celem jest wykazanie spełniania warunków udziału w sytuacji, gdy pojedynczy wykonawca nie spełnia tych warunków samodzielnie, nie ma podstaw, aby różnicować sytuację wykonawców w zależności od tego, na którą z tych formuł się zdecydują.

Odwołujący bezpodstawnie powołuje się na art. 22a ust. 1 pzp, z którego wcale nie wynika, że wykonawcy polegający na zasobach podmiotów trzecich mogą wykazywać spełnienie warunków udziału w sposób dowolny, abstrahując od ustanowionych przez zamawiającego sposobu spełnienia warunku udziału. Skoro w tym postępowaniu zarówno od pojedynczego wykonawcy, jak i od konsorcjum wykonawców wymagane jest uprzednie dwukrotne wykonanie podobnego zamówienia, nie sposób, aby dokonywana przez Zamawiającego na mocy art. 22a ust. 3 pzp ocena dokonywała się według odmiennych reguł.

Dopuszczalność ograniczenia sumowania doświadczenia podmiotów trzecich została już uprzednio przesądzona w orzecznictwie Izby m.in. w wyroku z 29 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1714/17) czy uchwale z 23 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO/KU 62/14).

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 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. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: