

Sygn. akt KIO/UZP 881/08

WYROK
z dnia 5 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Global Technology Sp. z o.o., 03-468 Warszawa, ul. Jagiellońska 58/33A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 00-701 Warszawa, ul. Czerniakowska 16** protestu z dnia 4 sierpnia 2008 r.

przy udziale **Radosława Skiby, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU SMK Radosław Skiba, 04-869 Warszawa, ul. Wędkarska 2B lok. C1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Global Technology Sp. z o.o., 03-468 Warszawa, ul. Jagiellońska 58/33A

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Global Technology Sp. z o.o., 03-468 Warszawa, ul. Jagiellońska 58/33A,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Global Technology Sp. z o.o., 03-468 Warszawa, ul. Jagiellońska 58/33A.**

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

W dniu 09.04.2008r. Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 00-701 Warszawa, ul. Czerniakowska 16 (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na zakup kaset z tonerem do laserowych drukarek komputerowych BROTHER HL 5250 (Dz.Urz. UE 2008/S 69-093282) i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Wartość zamówienia oszacowano na 372 088,14 euro.

W dniu 28.07.2008r. Zamawiający, pismem z dn. 23.07.2008r., zawiadomił uczestników postępowania o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych wskazując, że w SIWZ wymagano, aby wraz ofertą złożyć, w przypadku zaoferowania tonerów innych producentów, niż BROTHER, oświadczenia gwaranta drukarek, że oferowane tonery mogą być stosowane w drukarkach BROTHER, tymczasem gwarant drukarek - Global Technology Sp. z o.o., 03-468 Warszawa, ul. Jagiellońska 58/33A sam złożył ofertę w postępowaniu, oferując tonery równoważne, a odmawiał wydania zaświadczenia o równoważności innym potencjalnym wykonawcom (Armor Sp. z o.o., której produkty oferował Radosław Skiba, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU SMK Radosław Skiba, nie otrzymała zaświadczenia o równoważności tonerów). W ocenie Zamawiającego, Global Technology Sp. z o.o. naruszyła interes wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, przez co spełnienie wymogu postawionego przez Zamawiającego było niemożliwe do spełnienia.

W dniu 04.08.2008r. Global Technology Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) – złożyła protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 13.08.2008r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 18.08.2008r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Zarówno w proteście i odwołaniu, wnoszono o uchylenie decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania i o jego dalsze prowadzenie w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący argumentował, że ustalenia faktyczne, na których oparto decyzję o unieważnieniu postępowania, są błędne, ponieważ firma ARMOR Sp. z o.o. celowo wprowadziła Zamawiającego w błąd, podając nieprawdziwe okoliczności, a postępowanie Odwołującego było zgodne z zasadami uczciwej konkurencji. Wymóg uzyskania oświadczenia gwaranta drukarek wynikał z umowy z dn. 28.12.2008r. nr TZ/370/11/2006/A, będącej udzieleniem zamówienia publicznego.

Do postępowania toczącego się w wyniku złożenia protestu w dn. 07.08.2008r. przystąpił Radosław Skiba, który następnie w dn. 03.09.2008r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W postępowaniu złożono 10 ofert, w tym 8 z nich oferowało oryginalne materiały eksploatacyjne firmy BROTHER, a dwie – tj. oferta Odwołującego z ceną 1 201 090,00zł i oferta Przystępującego z ceną 657 580,00 – zamienniki równoważne. Do oferty Przystępującego nie załączono wymaganego przez SIWZ oświadczenia gwaranta drukarek o równoważności produktów. Najtańszą z ofert oferujących oryginalne produkty była oferta z ceną 1 328 580zł.

W powyższych okolicznościach Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes prawny w kwestionowaniu zasadności unieważnienia postępowania, ponieważ w razie uwzględnienia jego żądań, tzn. uchylecia decyzji o unieważnieniu postępowania, miałby on szansę na uzyskanie zamówienia publicznego, bowiem oferta Przystępującego jako niezgodna z SIWZ byłaby odrzucona (w konsekwencji braku oświadczenia wydawanego przez Odwołującego).

W toku postępowania ustalono, iż w SIWZ, w rozdziale IV, podrozdział II pkt. 1.2 Zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą złożyć (na potwierdzenie, że oferowany przedmiot odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia) „oświadczenie gwaranta drukarek – firmy Global Technology Sp. z o.o. (...), że oferowane kasety z tonerem mogą być stosowane w drukarkach BROTHER HL 5250, w przypadku zaoferowania kaset z tonerem innych producentów niż BROTHER”.

W dniu 08.07.2008r. Zamawiający zwrócił się do Radosława Skiby z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczenia gwaranta drukarek,

które nie zostało załączone do oferty. Przystępujący w dn. 14.07.2008r. złożył pismo zawierające wyjaśnienie, dlaczego takiego dokumentu nie mógł załączyć do oferty.

W związku z powyższymi informacjami do Radosława Skiby (dotyczącymi odmowy wydania oświadczenia o równoważności firmie ARMOR Sp. z o.o.) Zamawiający skonstatował, że w związku z postawieniem w SIWZ wymogu przedłożenia wraz z ofertą zaświadczenia o równoważności wydawanymi przez gwaranta drukarek, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych i unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania podał, że postawienie takiego wymogu umożliwiło gwarantowi drukarek naruszenie interesów innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający Izby stwierdził, że w powyższych okolicznościach Zamawiający słusznie podjął decyzję o unieważnieniu postępowania. Wyjaśnienia Przystępującego z dn. 14.07.2008r. w istocie kwestionowały postanowienia SIWZ, jednak w ocenie Zamawiającego wskazane tam zastrzeżenia były na tyle istotne, że miały wpływ na wynik postępowania, a okoliczności tego rodzaju Zamawiający winien wziąć pod uwagę na każdym etapie prowadzonego postępowania i - w razie ich zaistnienia - podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania.

Co prawda, w decyzji o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał jedynie okoliczności faktyczne, które jego zdaniem utrudniły uczciwą konkurencję w przedmiotowym postępowaniu, a nie wskazał, jakie przepisy Prawa zamówień publicznych zostały naruszone w taki sposób, iż miały (mogły mieć) wpływ na wynik postępowania; jednak Zamawiający słusznie wskazał na postanowienia w rozdziale IV, podrozdział II pkt. 1.2 SIWZ jako przesłankę unieważnienia.

W ocenie Izby, wymóg postawiony w SIWZ w rozdziale IV, podrozdział II pkt. 1.2 jest sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, ponieważ umożliwiał de facto gwarantowi drukarek (który równocześnie był zainteresowany złożeniem oferty w tym postępowaniu) decydowanie, kto będzie mógł się ubiegać o udzielenie zamówienia, zatem naruszał art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Tak postawiony wymóg świadczy też pośrednio o wadliwym opisie przedmiotu zamówienia, co z kolei narusza art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający bowiem już w SIWZ powinien określić, jakie produkty uzna za równoważne do produktów firmy BROTHER, nie może takiego obowiązku przerzucać na podmiot trzeci (gwaranta drukarek). Tymczasem Zamawiający w SIWZ określił swoje wymagania wobec przedmiotu zamówienia w rozdziale II SIWZ w sposób ogólnikowy, wskazując jedynie, że przedmiotem zamówienia są „kasety z tonerem do drukarek BROTHER HL 5250”, które mają spełniać opisane funkcjonalności (szybkość wydruku, data

produkcji, rodzaj opakowania etc). Zamawiający nie opisał w SIWZ, jakie produkty uzna za równoważne do materiałów eksploatacyjnych firmy BROTHER, zatem jedyną podstawą weryfikacji, czy zaoferowany przedmiot zamówienia (w przypadku oferty na materiały równoważne do materiałów firmy BROTHER) spełnia wymagania Zamawiającego, byłoby – w świetle postanowień SIWZ – oświadczenie gwaranta drukarek, tj. Odwołującego. Sam Odwołujący na rozprawie przyznał, że tryb wydawania przez niego zaświadczeń o równoważności nie został w żaden sposób opisany (w SIWZ nie określono szczegółów i terminów takiej procedury), i wobec tego mogło dojść do naruszenia zasad uczciwej konkurencji (do czego w ocenie Odwołującego jednak nie doszło).

Izba nie brała pod uwagę okoliczności, wskazywanych zarówno przez Odwołującego, jak i przez Przystępującego, dotyczących korespondencji Odwołującego z firmą ARMOR Sp. z o.o., ponieważ w ocenie Izby skuteczność doręczania ani tematyka tej korespondencji nie może mieć wpływu na rozstrzygnięcie, które jest oparte wyłącznie o postanowienia SIWZ, protokół postępowania i przepisy Prawa zamówień publicznych. Z porównania cen zaproponowanych w ofertach oraz oferowanego asortymentu (w 8 ofertach na 10 zaoferowano produkty firmy BROTHER) wynika, że opisane wyżej wadliwe postanowienia SIWZ mogły utrudniać złożenie oferty na zamienniki i mogły mieć wpływ na ceny ofertowe, a więc mają wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, a więc również na wynik postępowania, spełniona jest więc przesłanka art. 146 ust. 1 pkt 6 i art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych. Wobec czego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przez Zamawiającego unieważnione zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Izba przy orzekaniu bierze pod uwagę tylko postępowanie, w którym wniesiono odwołanie.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....