

WYROK

z dnia 13 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 13 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2015 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **VOL System Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 553, 60-451 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 2063, ul. Banacha 2, 02-097 Warszawa**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **VOL System Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **VOL System sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **VOL System sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz **Jednostki Wojskowej 2063 w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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: Jednostka Wojskowa 2063 w Warszawie prowadzi postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup i dostawa materiałów eksploatacyjnych dla instytucji będących na zaopatrzeniu logistycznym Jednostki Wojskowej 2063”. (Nr sprawy: 049/15), Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lipca 2015 r. pod numerem 2015/S 139-256298.

Odwołujący: VOL-SYSTEM sp. z o.o. ul. Dąbrowskiego 553,60-451 Poznań Oddział Wrocław pl. Strzelecki 20, 50-224 Wrocław wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego wykonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania jako obarczonego niemożliwa do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
2. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp tj. możliwe naruszenie zasady jawności poprzez niejednoznaczne uzasadnienie faktyczne powodów unieważnienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia części 1 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
2. powtórzenie czynności oceny ofert,
3. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród złożonych ofert dla zadania nr 1.

Odwołujący ma Interes we wniesieniu odwołania gdyż gdyby Zamawiający postąpił w sposób zgodny w przepisami prawa, to oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. W konsekwencji Odwołujący jest narażony na wymierną szkodę.

Odwołujący powziął informacje stanowiące podstawę wniesienia niniejszego odwołania w dniu 18 września 2015 r., tj. w dniu przesłania przez Zamawiającego informacji o wynikach postępowania tj. o unieważnieniu części nr 1 postępowania przetargowego oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty dla zadań 2 i 3.

W dniu 18 września 2015 r. Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania przetargowego dla części 1 podając jako podstawę prawną art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp czyli postępowanie obarczone jest niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jako uzasadnienie faktyczne zamawiający podał, iż w pozycji 59 Formularza Cenowego/Oferty Wykonawcy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ Zamawiający podał niewystępujący typ tonera o symbolu TK-3103 Kyocera.

Zdaniem Odwołującego postępowanie Zamawiającego narusza w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jak również nie znajduje podstaw w faktach przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne.

Zamawiający wskazuje w części merytorycznej, iż wyspecyfikowany w punkcie 59 formularzu Cenowym/Oferty toner TK-3103 Kyocera nie występuje co wg wykładni językowej należy traktować jako brak istnienia takiego produktu w obrocie handlowym. Jest to teza nieznaną potwierdzenia w stanie faktycznym, gdyż w obrocie gospodarczym istnieje wymagany przez Zamawiającego i wskazany ostatecznie jako niefunkcjonujący toner symbol TK-3103 Kyocera jak również istnieją urządzenia drukujące obsługiwane przez ów toner. Dla wymaganego tonera istnieją również i dostępne są w obrocie handlowym produkty zamienne/równoważne. Taki właśnie toner o symbolu Smartprint KY-TK3103 zaoferował w swojej ofercie Odwołujący.

Odwołujący wskazuje, iż praktyką jest, że produkty nieoryginalne (zamienniki) tworzone są zawsze dla swoich pierwowzorów oryginalnych jako produkty tańsze (zamiennie) lecz spełniające wszystkie istotne z punktu widzenia jakościowego i wydajnościowego oraz środowiskowego. Są to przewidziane w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp rozwiązania równoważne, które można (czasem należy) stosować w zamówieniach publicznych. Zamawiający dla będącego przedmiotem odwołania postępowania przetargowego również przewidział możliwość zaoferowania produktów równoważnych. Wskazuje na to zapis Rozdziału III pkt. 10 SIWZ gdzie wskazano iż: ..Zamawiający we wszystkich częściach zamówienia dopuszcza składanie przez Wykonawców ofert z materiałami równoważnymi pod warunkiem, że posiadają nie gorsze parametry od produktów oryginalnych (wydajność, jakość wydruków, trwałość) oraz posiadają oznaczenie o potwierdzeniu kompatybilności elektromagnetycznej zgodnie z dyrektywa 2004/108/EC. W przypadku dostawy zamienników wymagane jest podanie na opakowaniu oznaczenia oryginalnego produktu, którego dotyczy zamiennik. W przypadku składania ofert z materiałami równoważnymi. Zamawiający wymaga, aby na każdy produkt Wykonawca dołączył dokumentację, o której mowa w rozdz. VI ust. 3 „Inne dokumenty”.

Oferowany przez Odwołującego produkt równoważny o symbolu Smartprint KY-TK3103 spełnia wszystkie wymagane przez Zamawiającego warunki jako produkt zamienny dla tonera symbolu TK-3103 Kyocera dostępnego na rynku chińskim w załączeniu wydruk z oficjalnej strony WWW firmy Kyocera na której to stronie <http://>

www.kvoceradocumentsolutions.com.cn/products/laserprinter/fs2100dn/option.html znajdują się informacje na temat produktu oznaczonego jako TK-3103.

Dodatkowo, Odwołujący załącza do odwołania oświadczenie producenta zaofiarowanego w przedmiotowym postępowaniu tonera, w którym producent firma Imagine S.C. informuje, iż oferowany przez niego produkt jest produktem równoważnym dla produktu oryginalnego oferowanego przez firmę Kyocera i wymaganego przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Dodatkowo, odwołujący załącza do odwołania przetłumaczoną na język polski a dostępną na stronie internetowej firmy Kyocera informację o dostępności modelu TK-3103. Mając powyższe na uwadze bezspornym jest, iż traktowany przez Zamawiającego jako niefunkcjonujący a wymagany w OPZ będącego przedmiotem Odwołania postępowania przetargowego toner istnieje i posiada swoje odpowiedniki tj. produkty zamienne/równoważne.

Odwołujący z ostrożności procesowej wskazuje, iż nawet gdyby użyte w uzasadnieniu odwołania określenie „niefunkcjonujący” oznaczało, iż wyspecyfikowany toner nie nadaje się do zastosowania w posiadanych przez Zamawiającego urządzeniach drukujących/ Zamawiający nie posiada urządzeń obsługiwanych przez tego typu toner, to unieważnienie w swojej warstwie formalnej i merytorycznej jest wadliwe, a więc obciążające Zamawiającego ze względu na fakt, iż narusza ono określoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasadę jawności postępowania przetargowego a co za tym idzie jawnego formułowania wszystkich informacji istotnych dla przebiegu i wyniku prowadzonego postępowania a zatem i dla Wykonawców. W tej sytuacji Odwołujący ma pełne prawo do skutecznego odwołania.

Odwołujący wskazuje, iż nie może obarczyć go sytuacja, w której Zamawiający tworzy opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający art. 29 ustawy Pzp Zgodnie z powszechnie przyjętą linią orzecniczą Zamawiający jest odpowiedzialny za treść SIWZ. Przykładowo KIO w wyroku z 23 grudnia 2014 r. (KIO 263/15) wskazało: „Ustalone przez zamawiającego wymagania SIWZ mogą być zmienione wyłącznie do terminu otwarcia ofert, po którym uprawnienie zamawiającego do kształtowania SIWZ wygasa (arg. z art. 38 ust. 4 pzp.). Postanowienia specyfikacji wiążą zamawiającego i wykonawców na równych prawach, co więcej

- zamawiający staje się niejako zakładnikiem postanowień specyfikacji”. Zgodnie zaś z ugruntowanym orzecnictwem Izby i sądów okręgowych, niejasności SIWZ tłumaczyć należy na korzyść wykonawców (tak w wyroku KIO z 9 lutego 2010 r., KIO/UZP 1873, 1874/09 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 5 października 2009 r., sygn. akt IX Ca 661/09). Ponadto, odwołujący wskazuje, iż powoływanie się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako podstawy unieważnienia postępowania przetargowego ze względu na wadę postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, poza wskazanymi wyżej

argumentami, jest również błędne ze względu na brak możliwości umocowania wskazanej podstawy faktycznej z formalno prawnym znaczeniem tego przepisu, nawet jeśli przyjmiemy, iż ów toner faktycznie nie istnieje w obrocie gospodarczym.

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z brzmieniem przepisu będącego podstawą unieważnienia, unieważnieniu podlegają tylko te postępowania, które obarczone są wadą powodującą nieważność ex lege zawartej umowy. Przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp funkcjonuje więc w sposób nierozdzielny z przepisem art. 146 ustawy Pzp, który to przepis zawiera katalog podstaw unieważnienia umowy o zamówienia publiczne. Przepis ten ma charakter zamknięty co oznacza, iż jako możliwe podstawy do określenia umowy jako nieważnej mogą być brane wyłącznie te wady, które zostały w przepisie wymienione. Jedyne dopuszczalne odstępstwo od tej zasady zostało określone w ust. 5 i 6 wskazanego art. 146 ustawy Pzp, gdzie jako podstawy dodatkowe wymieniono art. 705 kodeksu cywilnego (nie mający tu zastosowania oraz sytuacje, gdy Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Mowa tu jednak o sytuacjach, w których Zamawiający narusza przepis ustawy Pzp.

Podobne stanowisko w wyroku z 5 listopada 2012 r. Sygn. akt: KIO 2259/12, KIO 2261/12, KIO 2274/12 w uzasadnieniu którego KIO wskazało: Tak więc zamawiający unieważniając postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp bierze pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, ale także okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy z art. 146 ust. 5 i 6 ustawy Pzp. Brak jest natomiast podstaw do unieważnienia umowy na podstawie okoliczności innych niż wynikające ze wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp, gdyż mogłoby to prowadzić do naruszenia zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji gdy stwierdzenie wad postępowania miałyby miejsce dopiero po otwarciu ofert. Dlatego też stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Tak więc nawet gdyby Zamawiający powziął informacje, iż nie potrzebuje na etapie realizacji jakiegoś elementu zamówienia, to nie oznacza to z automatu podstawy do unieważnienia postępowania przetargowego. Formalnoprawna wadliwość opisu przedmiotu zamówienia pozwalająca na skorzystanie z art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp miałyby wówczas miejsce gdyby Zamawiający żądał realizacji świadczenia niemożliwego

poprzez żądanie dostarczenia produktu nieistniejącego, co jak wykazał Odwołujący nie ma miejsca.

Podobne stanowisko zajął SO w Warszawie w wyroku z 14 sierpnia 2012 r. Sygn. akt: V Ca 788/12, gdzie wskazano m. in. „Twierdzenie Izby, że zamawiający nie mógł wybrać oferty, której charakter być może nie odpowiada wprost jego potrzebom, które nie zostały w sposób właściwy opisane jest sprzeczne z przepisami prawa zamówień publicznych i świadczy o niezrozumieniu celu i charakteru postępowania o zamówienie publiczne. [...] Przechodząc do analizy przepisów prawa przede wszystkim zważyć należy, że naruszenia przepisów dotyczących sporządzania opisu przedmiotu zamówienia ustawodawca nie wymienił wśród przesłanek skutkujących unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że podstawę taką w stanie faktycznym sprawy niniejszej może stanowić art. 146 ust. 6. To stanowisko jest chybione. Zgodzić się należy ze stanowiskiem zaprezentowanym w skardze, zgodnie z którym nie stanowi przyczyny unieważnienia postępowania rzekomo wadliwy opis przedmiotu zamówienia (wyrok z 16 września 2010 r., KIO/UZP 1905/10, KIO/UZP 1921/10; wyrok z 15 lutego 2011 r, sygn. KIO 214/11; KIO 215/11). Odnosząc się do analizy zagadnienia czy przesłanka unieważnienia postępowania zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w sprawie niniejszej ziściła się stwierdzić z kolei trzeba, że nieprecyzyjne sformułowanie SIWZ nie skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia. Wada postępowania, o której mowa w kontekście przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i powodujący jednocześnie, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie, wskutek wystąpienia tej wady, podlegała unieważnieniu. Bez wątplenia Zamawiający może zawrzeć ze skarżącym ważną umowę. Skoro Zamawiający nie udowodnił zaistnienia wady postępowania (nie wskazał naruszenia przez siebie bądź uczestników postępowania żadnego konkretnego przepisu ustawy Pzp tym bardziej nie wykazał jej wpływu na wynik postępowania oraz możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wadą ową nie jest rzekome pominięcie przez Zamawiającego elementu opisu przedmiotu zamówienia, zwłaszcza, że takiego braku nie zauważył żaden z wykonawców, zaś sam Zamawiający zidentyfikował go, jak twierdzi, dopiero po otwarciu ofert i dokonaniu ich oceny, na którą to czynność wskazuje choćby fakt dwukrotnego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej przez niego oferty. ”

Dodatkowo, w sytuacji gdyby określenie „nie występuje” oznaczało brak w inwentarzu rzeczowym Zamawiającego urządzenia obsługiwane przez pierwotnie wymagany toner, Zamawiający na etapie realizacji zamówienia mógł skorzystać z przewidzianych przez siebie możliwych do wprowadzenia zmian określonych w § 8 ust 2 pkt 10 lub 11 projektu umowy, który został załączony do SIWZ, a który będzie obowiązywał na etapie realizacji zamówienia.

W związku z powyższym wnosi o uwzględnienie odwołania załączając oświadczenie producenta oraz wydruk ze strony Kyocera poświadczający istnienie produktu TK-3103.

Zamawiający wniósł oddalenie odwołania. Stwierdził, że oferowany przez wykonawcę towar w pozycji 59 nie mieści się w ramach polskiego systemu oceny zgodności regulowanego ustawą z dnia 30 sierpnia 2002 roku o systemie zgodności (Dz. U. z 2014 r, poz. 1645 ze zm.). Zauważył, że w ramach stowarzyszenia z UE należy honorować swobodny przepływ towarów i usług w tym i towarów chińskich, lecz ma to się odbywać pod warunkiem:

- 1/ eliminowania zagrożeń stwarzanych przez wyroby dla życia lub zdrowia użytkowników i konsumentów oraz mienia, a także zagrożeń dla środowiska,
- 2/ znoszenia barier technicznych w handlu i ułatwianie międzynarodowego obrotu towarowego,
- 3/ stworzenie warunków o rzetelnej oceny wyrobów i procesów ich wytwarzania przez kompetentne i niezależne podmioty.

Potwierdzeniem tego jest deklaracja zgodności – art. 5 pkt 10 ustawy – tj oświadczenie producenta lub upoważnionego przedstawiciela stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami.

Oferowany przez skarżącego produkt rzeczonyj deklaracji zgodności nie posiada tym samym nie może być przedmiotem obrotu handlowego na terenie krajów Unii Europejskiej.

Brak jest informacji, by producent lub jego przedstawiciel, który poddał wyrób ocenie zgodności z zasadniczymi wymaganiami i potwierdził ich zgodność, wystawił deklarację zgodności i umieścił oznakowanie zgodności zgodnie z wymaganiami. Zamawiający wskazał na wymagania dla przepływu towarów w Europejskim Obszarze Gospodarczym tj. jednolitym rynku UE.

Zamawiający w ust. 10 rozdziału III siwz oraz w projekcie umowy w par. 3 ust. 5 zastosował zapis: „Zamawiający we wszystkich częściach zamówienia dopuszcza składanie przez wykonawców ofert z materiałami równoważnymi pod warunkiem, że posiadają nie gorsze parametry od produktów oryginalnych (wydajność, jakość wydruków, trwałość) oraz posiadają oznaczenie o potwierdzeniu kompatybilności elektromagnetycznej zgodnie z dyrektywą 2004/108/#C. W przypadku dostawy zamienników wymagane jest podanie na opakowaniu oznaczenia oryginalnego produktu, którego dotyczy zamiennik. W przypadku składania ofert z materiałami równoważnymi, zamawiający wymaga, aby na każdy produkt wykonawca dołączył dokumentację, o której mowa w rozdz. VI ust. 3 „Inne dokumenty”.

Wykonawca w swoim odwołaniu cytuje ten zapis ze stwierdzeniem, iż ofertowany przez niego produkt równoważny Smartprint KY-TK 3103 spełnia wszystkie wymagane przez

zamawiającego warunki, jako produkt zamienny dla tonera o symbolu TK-3103 Kyocera dostępnego na rynku chińskim...

W ocenie zamawiającego występuje tu sprzeczność, ponieważ dyrektywa 2004/108/EC odnosi się do kompatybilności elektromagnetycznej aparatury (podzespołów, komponentów) występującej na rynku europejskim, a nie chińskim czy np. amerykańskim. Tym bardziej produkt równoważny dla takiego oryginału (chińskiego) nie będzie spełniał wymagań określonych przez zamawiającego.

Dlatego zamawiający w rozstrzygnięciu postępowania użył sformułowania „Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 unieważnić część I postępowania, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zamawiający stwierdził, że w części I w poz. 59 formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do siwz podał niewystępujący typ tonera o symbolu TK-3103 Kyocera ponieważ uznał, że dotyczy to aparatury (podzespołów, komponentów) dopuszczonej do obrotu wyłącznie na rynku europejskim. Na potwierdzenie przedstawił oświadczenie producenta KYOCERA, iż produkt TK-3103 został zaprojektowany i wyprodukowany na rynek chiński i nie jest dostępny do sprzedaży w Unii Europejskiej, w tym w Polsce, gdzie warunki środowiskowe są raczej inne niż warunki chińskie. Producent wskazał na celowość korzystania z produktu rekomendowanego dla każdego obszaru.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że nie jest spełniona przesłanka do unieważnienia postępowania w części I, co oznacza naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

Stwierdził także, iż naruszono zasadę jawności postępowania, co przejawia się w lakonicznym uzasadnieniu decyzji zamawiającego, który stwierdził iż dla poz. 59 formularza podał niewystępujący typ tonera o symbolu TK - 3103 Kyocera. Stwierdził, że wbrew twierdzeniom zamawiającego toner taki występuje na rynku, sam zaoferował produkt równoważny spełniający wymogi SIWZ.

Podkreślił, tak jak w odwołaniu, że istnieje ścisły związek między przesłankami unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 7 i podstawami unieważnienia umowy o zamówienie publiczne, co podkreśla art. 146 ustawy. W niniejszym postępowaniu taka okoliczność nie wystąpiła, opis przedmiotu zamówienia by poprawny, oferta odwołującego z materiałami równoważnymi nie została przez zamawiającego odrzucona i nie ma przeszkód

do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazał na odpowiedź na odwołanie, z której wynika, że zamawiający potwierdza występowanie tonera TK – 3103, wbrew wcześniejszemu stanowisku zawartego w decyzji o wyniku postępowania. Stwierdził, że zaoficerowany przez niego produkt spełnia wymogi zamawiającego. Wskazał na certyfikat deklaracji zgodności CE producenta (str. 31 oferty). Złożył dodatkowo kartę specyfikacji technicznej produktu. Stwierdził, że dla przedmiotowej pozycji inny wykonawca, którym jest Multikom zaoficerował swój produkt jako równoważny dla opisanego w specyfikacji.

Wskazał na cel postępowania jakim jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zauważył, że zamawiający popełnił błąd w przedmiotowym zamówieniu. Jednakże nie powinien być z tego powodu unieważnić postępowanie, a winien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, zawrzeć planowaną umowę i dokonać jej ewentualnej modyfikacji zgodnie z bieżącymi potrzebami, na podstawie par. 8 pkt 9 wzoru umowy załącznika do SIWZ. Przypomina, że zaoficerował produkt firmy Imagine KY TK - 3103 jako produkt równoważny do opisanego w SIWZ i przedstawił wymagane dokumenty producenta, natomiast producent Kyocera którego oświadczenie załączono do odpowiedzi na odwołanie nie ma uprawnień do oceny zaoficerowanego produktu. Stwierdza, że treść certyfikatów złożonych w ofercie nie była kwestionowana w toku badania ofert. Zauważył, że postępowanie zamawiającego wskazuje na naruszenie przepisów przedstawionych w odwołaniu. Postępowanie to oceniać można jako niedopuszczalną zmianę treści specyfikacji, w tym zakresie opisu przedmiotu zamówienia po terminie składania ofert i nie wynikające z tej treści interpretacje dokonywane także po ww. terminie. W jego ocenie brak jest podstaw do unieważnienia postępowania wobec braku wad proceduralnych i merytorycznych w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający wskazał na rynek, na który przeznaczony jest toner TK – 3103. Zauważył, że w certyfikacie załączonym do oferty (str. 29- 30) nie wymieniono tonera o symbolu jak wyżej. Wskazuje na potrzebę zachowania zgodności elektromagnetycznej. Stwierdził, że toner opisany w SIWZ nie jest certyfikowany na rynku europejskim. Produktem właściwym, dopuszczalnym w rzeczywistości jest toner 3130.

Stwierdził, że wobec zaoficerowania dla tej pozycji wielu rodzajów produktów po analizie stwierdził, że poz. 59 w części I SIWZ jest błędnie opisana, iż podaje produkt nie występujący na rynku europejskim. W tej sytuacji uznał za celowe unieważnienie postępowania wobec ryzyka szeregów sporów poczynionych przez wykonawców, którzy zamierzaliby wykazywać, że ich oferta jest prawidłowa i najkorzystniejsza.

Stwierdza, że podniesiona sugestia odwołującego co do ewentualnego zawarcia umowy i jej następczej zmiany nie ma zastosowania w okolicznościach niniejszej sprawy.

Po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść specyfikacji istotny warunków zamówienia oraz treść oferty odwołującego, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Jak słusznie zauważył odwołujący w trakcie rozprawy celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest doprowadzenie do zawarcie umowa w sprawie zamówienia. Wypada jedynie uzupełnić to stwierdzenie, że finalnie chodzi o zaspokojenie potrzeb zamawiającego w wyniku realizacji zawartej umowy. W ocenianej sprawie niesporne jest stwierdzenie, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w części I dla poz. 59 formularza ofertowego/cenowego popełnił błąd przez wskazanie produktu – tonera do urządzeń kopiujących, który wprawdzie występuje w obrocie handlowym, lecz nie na rynku właściwym, jakim jest rynek europejski. Ma to istotne znaczenie nie tylko z uwagi na okoliczności formalne wskazane w odpowiedzi na odwołanie, lecz przede wszystkim ze względu na istotne wątpliwości co do przydatności tego produktu dla rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Okoliczność tę potwierdza brak rekomendacji producenta produktu na rynek europejski, w tym polski. (dowód: pismo załączone do odpowiedzi na odwołanie). Fakt, iż opis produktu zawarty w opisie przedmiotu zamówienia wskazuje na towar, jaki w rzeczywistości nie zaspokaja potrzeb oznacza w konsekwencji, że każdy produkt zamienny, czy równoważny do takiego, również nie spełnia realnych potrzeb.

W tym wypadku zasadne jest stwierdzenie, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia uchybił wymogowi rzetelności i warunkom opisanym w art. 29 ustawy pzp, tym samym naruszając ten przepis. Rozstrzygając postępowanie decyzją o jego unieważnieniu naruszono także art. 93 ust. 3 przez lakoniczne i mogące budzić wątpliwości sformułowanie przyczyn rozstrzygnięcia, z stwierdzeniem o niewystępowaniu określonego typu tonera w sytuacji, gdy ten typ istnieje w rzeczywistości, a nie występuje na określonym rynku.

Powyzsze ustalenia i wskazania naruszeń nie mają jednak wpływu na wynik postępowania. W ocenie składu orzekającego zamawiający miał uzasadnione faktycznie i prawnie podstawy unieważnienia postępowania wobec braku interesu w zawarciu umowy na przedmiot zamówienia, który nie zaspokoiłby jego potrzeb. Należy przy tym potwierdzić, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia nastąpiło niewątpliwie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, co rodzi ewentualne skutki przewidziane w art. 93 ust. 4 ustawy pzp.

W świetle dokonanych ustaleń i ocen, orzeczono jak w sentencji uznając, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w rozpatrywanym odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący:

.....