

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 19 kwietnia 2022 roku**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z dnia 17 marca 2022 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 21 marca 2022 r.) do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Politechnikę Rzeszowską im. Ignacego Łukasiewicza z siedzibą w Rzeszowie przy Al. Powstańców Warszawy 12 (35-959 Rzeszów)

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 marca 2022 r. oznaczonej sygn. KND/132/21/DKZP, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *dzierżawę i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej 15 fabrycznie nowych urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą i wdrożeniem Systemu Obsługi Wydruku*

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:    Bartosz Stankiewicz  
                                 Robert Skrzyszewski  
                                 Maksym Smorzewski

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Politechnika Rzeszowska im. Ignacego Łukasiewicza zwana dalej: „zamawiającym”, przeprowadziła w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dzierżawę i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej 15 fabrycznie nowych urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą i wdrożeniem Systemu Obsługi Wydruku*, zwane dalej: „postępowaniem”.

I.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził następujące naruszenia oraz ustalił następujący stan faktyczny (pismo z dnia 14 marca 2022 r. o sygn. DKZP.WKZ3.422.127.2021.JB KND/132/21/DKZP):

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia, na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., zwanej dalej jako: „Pzp”) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej także jako: „Prezes Urzędu”) stwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję jak również poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W uzasadnieniu Informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezes Urzędu w toku kontroli doraźnej ustalił, że zamawiający wszczął w dniu 16 kwietnia 2021 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 Pzp na *dzierżawę i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej 15 fabrycznie nowych urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą i wdrożeniem Systemu Obsługi Wydruku*. W wyniku przeprowadzonego postępowania zamawiający zawarł w dniu 21 czerwca 2021 r. umowę w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. Kwota maksymalna wynagrodzenia została określona w §2 ust. 1 umowy na 572 040,00 zł brutto.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający dokonał szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w treści załącznika nr 4 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oraz szeroko zacytowano treść tego dokumentu.

Prezes Urzędu wskazał, że pismem z dnia 30 czerwca 2021 r. (sygn. DKZP.WKZ3.442.127.2021.JB) zamawiający został poinformowany o wszczęciu postępowania wyjaśniającego w przedmiotowej sprawie, ponadto zwrócono się do

zamawiającego o ustosunkowanie się do zarzutów wnioskodawcy, jak również o przekazanie wymienionych w treści pisma dokumentów, informacji oraz wyjaśnień.

Pismem z dnia 12 lipca 2021 r. (wpływ do Urzędu drogą elektroniczną w dniu 13 lipca 2021 r.) zamawiający przekazał dokumenty dotyczące postępowania oraz wyjaśnienia, które zostały przytoczone w treści Informacji o wynikach kontroli.

Pismem z dnia 13 września 2021 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego z prośbą o kolejne wyjaśnienia i przekazanie określonych dokumentów.

Pismem z dnia 20 września 2021 r. (wpływ do Urzędu drogą elektroniczną w dniu 20 września 2021 r.) zamawiający przekazał określone dokumenty oraz złożył kolejne wyjaśnienia.

Jak wynikało z Informacji o wynikach kontroli doraźnej w związku z koniecznością uzyskania wiadomości specjalnych celem ustalenia i oceny stanu faktycznego sprawy, Prezes Urzędu zasięgnął opinii biegłego. Pismem z dnia 6 grudnia 2021 r. (wpływ do Urzędu drogą elektroniczną w dniu 6 grudnia 2021 r.) biegły przekazał swoją opinię, której treść została przedstawiona w Informacji o wynikach kontroli doraźnej.

Biorąc pod uwagę okoliczności stanu faktycznego ustalonego m.in. w oparciu o opinię biegłego Prezes Urzędu stwierdził, iż warunki zamówienia w zakresie zgodności z opisem przedmiotu zamówienia spełniały jedynie produkty pochodzące od konkretnego producenta, tj. Konica Minolta. Nie miał przy tym znaczenia fakt, iż dany podmiot oferuje określone produkty pod różnymi markami (w tym wypadku: „Konica Minolta” oraz „Develop”), jak również irrelevantny był fakt możliwości dostarczania konkretnych produktów danego producenta także przez inne podmioty, jeśli istniejąca sytuacja prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania co najmniej niektórych wykonawców lub produktów, co jak uznał Prezes Urzędu nastąpiło w przedmiotowym stanie faktycznym. Ponadto wskazano, że jak zauważa się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej znajdującym zastosowanie także w odniesieniu do obecnie obowiązującego stanu prawnego, *naruszenie zasady wynikającej z treści art. 29 ust. 2 ZamPublU może mieć zatem charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Niezależnie od powyższego wszelkie czynności zamawiającego muszą być dokonywane zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO/KD 38/15).* Tym samym Prezes Urzędu stwierdził, iż w sprawie będącej przedmiotem kontroli naruszenie zasady uczciwej konkurencji nastąpiło w sposób pośredni, co nie wykluczało jednakże kwalifikacji działania zamawiającego jako naruszającego przepisy Pzp.

W szczególności Prezes Urzędu podkreślił, iż jak ustalił biegły, brak było podstaw do stwierdzenia, że zachodziły obiektywne przeszkody wynikające z uwarunkowań techniczno-organizacyjnych dla sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób dopuszczający produkty pochodzące od większej liczby wykonawców (producentów), zauważyć należało także, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jak również w toku kontroli doraźnej zamawiający nie wskazał na szczególne, uzasadnione potrzeby, z których wynikałyby konieczność ukształtowania postanowień opisu przedmiotu zamówienia w sposób wykluczający produkty innych producentów aniżeli Konica Minolta. Prezes Urzędu wskazał, że jak stwierdza się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *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 i innych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, i które uniemożliwiają udział wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do należytego wykonania zamówienia* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2011 r., sygn. akt: KIO 1995/11).

W dalszej kolejności Prezes Urzędu stwierdził, że ustaleń w zakresie sprawy nie zmienił także fakt złożenia oferty przez wykonawcę Sharp Electronics (Europe) GmbH Sp. z o.o. obejmującej produkt pod nazwą „Sharp MX3071” biorąc pod uwagę okoliczność, iż wykonawca ten przyznał w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem kontroli doraźnej, że jego oferta nie odpowiadała OPZ w zakresie spełnienia warunków przedmiotowych (vide treść postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2021 r., sygn. akt: KIO 1558/21), a niezgodność treści oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia potwierdziła również analiza dokonana przez biegłego w toku przedmiotowej kontroli doraźnej. Prezes Urzędu podkreślił także, iż trzeci z wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu, tj. DKS Sp. z o.o., zaoferował produkt marki Konica Minolta model „bizhub C250i”, analogicznie jak wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o.

Reasumując Prezes Urzędu uznał, iż poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję jak również poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, zamawiający naruszył art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp. Powyższe naruszenie, w ocenie Prezesa Urzędu, miało wpływ na wynik postępowania, bowiem zamawiający ograniczył dostęp do zamówienia innym potencjalnym wykonawcom, uprzywilejowując w ten sposób wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o., z którym została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

II.

Pismem z dnia 17 marca 2022 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 21 marca 2022 r.) zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej (zwane dalej: „zastrzeżeniami”).

Zamawiający w zastrzeżeniach zarzucił w szczególności:

1. Dokonanie przez Prezesa Urzędu w toku kontroli doraźnej błędnych ustaleń jakoby postępowanie przeprowadzone zostało z naruszeniem art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.
2. Niedokonanie przez Prezesa Urzędu w toku kontroli doraźnej ustaleń koniecznych do prawidłowej oceny postępowania poprzez brak skierowania do zamawiającego wniosków o udzielenie informacji, które przyczyniłyby się do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego i umożliwiłyby mu pełne i rzetelne przedstawienie przebiegu postępowania.
3. Dokonanie przez Prezesa Urzędu w toku kontroli doraźnej ustaleń w oparciu o nierzetelny i niewiarygodny materiał, pozostający w rażącej sprzeczności ze stanem faktycznym oraz prawnym, a ponadto z wyłączeniem samodzielności organu kontrolującego, który w sposób nieuprawniony oparł ustalenia pokontrolne w całości na cudzych wnioskach, nie dokonując ich koniecznej weryfikacji.
4. Całkowite pominięcie wyjaśnień złożonych w toku kontroli przez zamawiającego, z jednoczesnym brakiem motywów ich pominięcia w toku postępowania kontrolnego, co miało bezpośredni wpływ na jego wynik.

W pierwszej kolejności zamawiający podniósł, że zgodnie z utrwalonymi poglądami doktryny oraz orzecznictwa generalnie każdy opis przedmiotu zamówienia prowadzi do ograniczenia konkurencji. Nawet opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami art. 99 ust. 1 Pzp zawsze będzie prowadziło do przewagi jednych wykonawców nad pozostałymi. Nie jest bowiem możliwe takie określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wszystkim wykonawcom działającym na danym rynku złożenie ofert. Formułując bowiem kryteria w zakresie parametrów technicznych zamówienia, zamawiający bierze pod uwagę własne, obiektywne potrzeby. Istotne w zakresie opisu przedmiotu zamówienia są zatem potrzeby zamawiającego. Uzasadnione potrzeby zamawiającego służą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji wynikającego z dokonanego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma bowiem prawo opisać przedmiot zamówienia, uwzględniając swoje potrzeby, a przy tym zapewniając sobie uzyskanie oczekiwanego efektu, gwarantującego zaspokojenie określonych potrzeb, nawet jeżeli przez to nie zostaną dopuszczeni do postępowania wszyscy wykonawcy działający na danym rynku. Zamawiający wskazał, że w orzecznictwie KIO podkreśla się, że *zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb, ale powinien umieć wykazać,*

*że to zawężenie gwarantuje mu wyższą jakość, większą użyteczność czy trwałość. Zasada przejrzystości postępowania wymaga bowiem tego, aby wydając środki publiczne zamawiający był w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Przedmiot zamówienia powinien odpowiadać potrzebom zamawiającego, jego możliwościom finansowym, brać pod uwagę bieżący stan wiedzy” (wyrok KIO z 28 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 8/21).*

Odnosząc się do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej zamawiający wyjaśnił, że kategoryczne stwierdzenie jakoby łatwo było zauważyć, że tylko KONICA-MINOLTA mogła być dopuszczona do zamówienia z poziomu parametrów techniczno-użytkowych, było całkowicie chybione. Kontrolujący podał ponadto, że oprócz tej firmy zamówienie mogła wykonać jeszcze firma DEVELOP, ale „jest częścią grupy kapitałowej wspólnie z KONICA MINOLTA”. Zważywszy na powyższe zamawiający stwierdził, że informacja pokontrolna była wewnętrznie sprzeczna: z jednej strony wskazywała, że wyłącznie KONICA-MINOLTA spełniała wymagania zamawiającego, z drugiej potwierdzała, że potencjalnych wykonawców było więcej, bo mogła nim być chociażby firma DEVELOP. Jednocześnie jednak kontrolujący uznał, że nie można dokonywać oceny obu podmiotów niezależnie od siebie, bo uczestniczą w jednej grupie kapitałowej. Takie stwierdzenie było jednak bezzasadne, a z pewnością niczym nie poparte i nieuzasadnione. Na uwagę zasługuje okoliczność, że kontrolujący powziął wiedzę o rzekomym uczestnictwie w grupie kapitałowej obu firm ze stron internetowych. Tymczasem informacje zawarte na tych stronach nie wskazywały, że pomiędzy podmiotami istnieją powiązania kapitałowe pozwalające na określenie ich mianem „grupy kapitałowej”. Zamawiający zwrócił uwagę, że informacja zamieszczona na stronach obu podmiotów pozwala jedynie na stwierdzenie współpracy pomiędzy nimi i była typową informacją handlową, skierowaną do potencjalnych odbiorców produktów obu dostawców, mającą na celu poszerzenie rynku zbytu. Opieranie zatem, wyłącznie na takiej informacji handlowej, ustaleń kontrolnych dotyczących sytuacji prawno-finansowo-ekonomicznej obu podmiotów, prowadzonej przez nich polityce zakupowej oraz sprzedażowej, czy zasadach polityki konkurencji oraz wyciąganie z tej informacji wniosków jak w protokole pokontrolnym było nieuprawnione i w całości bezpodstawne.

Na marginesie zamawiający wskazał, że wbrew ustaleniom kontrolującego obaj przedsiębiorcy konkurowali ze sobą w latach poprzedzających udzielenie kontrolowanego zamówienia. Na poparcie powyższych twierdzeń wskazał postępowanie ogłoszone przez Krakowski Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II, nr DZ/271/97/2013 czy UMCS w Lublinie, nr PN/482013/DOP-a. Zdaniem zamawiającego podkreślenia wymagała także okoliczność zupełnie pomijana przez kontrolującego, a mającą dla sprawy zasadnicze znaczenie: firmy KONICA-MINOLTA i DEVELOP mają w Polsce zupełnie odrębne kanały dystrybucji. Powyższe miało powodować, że twierdzenie kontrolującego, jakoby złożenie przez obie firmy osobnych ofert nie miało sensu ekonomicznego było z gruntu wadliwe. Zamawiający wyjaśnił,

że głównym dystrybutorem marki Develop w Polsce miał być Z. D. ([www.ben.sk/ep.p/](http://www.ben.sk/ep.p/)) który nie miał być w żaden sposób powiązany osobowo i kapitałowo z firmą KONICA-MINOLTA, natomiast KONICA-MINOLTA współpracuje z całą siecią przedsiębiorców. Wyłącznie jako przykład zamawiający wskazał w zastrzeżeniach dziewięć podmiotów.

Zamawiający zarzucił również, że organ kontrolujący w sposób wadliwy i całkowicie nieuprawniony oparł swoje ustalenia na podstawie „materiału opracowanego w Załączniku nr 1” do informacji pokontrolnej. W jego ocenie treści tego Załącznika wywiedziono kategoryczny, a jednocześnie niczym nie poparty wniosek, że „należy stwierdzić bezsprzecznie, że jedynym wykonawcą mogła być KONICAMINOLTA lub grupa kapitałowa KONICA-MINOLTA-DEVELOP z produktami DEVELOP. Zamawiający wskazał, że abstrahując od okoliczności, że twór pod nazwą grupa kapitałowa KONICA-MINOLTA-DEVELOP nie istnieje, co miało zostać wskazane powyżej, oraz podniósł, że stworzenie ww. Załącznika do celów kontroli doraźnej oraz oparcie na nim ustaleń było istotnym nadużyciem. Załącznik nie zawierał wszystkich produktów, dostępnych na rynku, a mogących spełniać w całości lub częściowo wymogi zamawiającego. Nie wiadomo w oparciu o jakie kryteria załącznik ten został stworzony oraz przez kogo. Nie była znana metodologia jego utworzenia. Wybór urządzeń w nim uwzględnionych wydawał się zamawiającemu czysto przypadkowy. Innymi słowy, Załącznik nr 1 nie mógł w żadnym wypadku stanowić punktu odniesienia do badania kto mógł być – obiektywnie rzecz ujmując – wykonawcą w kontrolowanym postępowaniu i z całą pewnością jego treść nie mogła stanowić podstawy do formułowania jednoznacznych i kategorycznych wniosków. W ocenie zamawiającego, przyjmując ten tryb rozumowania, który został zaprezentowany w informacji pokontrolnej – poprzez stosowny dobór podmiotów i oferowanych przez nich produktów w zasadzie w każdej sprawie można by wykazywać, że zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji.

Reasumując zamawiający stwierdził, że nie polegało na prawdzie twierdzenie kontrolującego jakoby tylko jeden z producentów składających oferty w postępowaniu mógł być dopuszczony do zamówienia. Nie znajdował również poparcia w świetle zgromadzonego materiału dowodowego oraz stanu faktycznego twierdzenie o rzekomym „nonsensie pod względem prawnym i biznesowym” wzięcia udziału w postępowaniu przez przedsiębiorców: Z. D. oraz KONIKA-MINOLTA. Zamawiający wskazał, że prawem i obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który zagwarantuje spełnienie jego uzasadnionych potrzeb, nawet gdyby powodowało to, że np. nie wszystkie produkty występujące na rynku w danej branży, będą w stanie spełnić wymogi wynikające z tego opisu. W sytuacji gdy opis przedmiotu zamówienia jest podyktowany uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a nie zamiarem faworyzowania konkretnego wykonawcy i dyskryminowania innych wykonawców, nie jest możliwe skuteczne ingerowanie w określony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji decydowanie za

zamawiającego, jakie rozwiązania ma dopuścić (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 12 sierpnia 2021 r. o sygn. akt KIO 2053/21). Zamawiający wyjaśnił, że nie miał obowiązku ani możliwości technicznych wprowadzania do opisu przedmiotu zamówienia tłumaczeń oraz wyjaśnień dla wybranych przez siebie preferencji. Podniósł zatem, że twierdzenia jakoby: „zamawiający w żadnym z dokumentów (...) nie wskazał na szczególne uwarunkowania (...)”, czy też, że „należało podać specyficzne uwarunkowania technicznoorganizacyjne dla takiego opisu” było zupełnie bezpodstawne. W szczególności nie można było się jednak zgodzić z abstrakcyjnym wnioskiem, jakoby „w związku z tym, że nie podano motywu dla którego SWZ został opracowany oraz biorąc inne okoliczności pod uwagę należy uznać z całą stanowczością, że takowe okoliczności nie istniały”. Po pierwsze – zamawiający podniósł, że nie ma obowiązku wskazywania motywów opracowania SWZ. Udzielenie zamówienia jest wyłącznie sprawą zamawiającego, a jego motywy pozostają poza sferą zainteresowań wykonawców. Po drugie – nie wiadomo jakie to „inne okoliczności” kontrolowany miał na uwadze: nie zostało to bowiem wyjaśnione. Wreszcie po trzecie – z gruntu wadliwe było przyjęcie, że jeżeli o czymś nie ma mowy, oznacza to, że to nie istnieje. Zamawiający wyjaśnił, że dokonując opisu przedmiotu zamówienia kierował się swoimi potrzebami ocenianymi wielopłaszczyznowo: jak wielokrotnie podnoszono w postępowaniu kontrolnym, zamawiający przygotowywał się do udzielenia zamówienia zakresie druku podążającego co najmniej dwa lata. W tym czasie zbierano informacje na temat dostępnych urządzeń i towarzyszącego im oprogramowania, zbierano karty katalogowe produktów, odbywano liczne spotkania i prezentacje. Powyższe zostało pominięte w toku postępowania kontrolnego. Efektem przeprowadzonych analiz i weryfikacji był sporny SWZ – nie naruszający art. 99 i 16 Pzp – gwarantujący spełnienie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. W tym kontekście zupełnie niezrozumiałe było dla zamawiającego sformułowanie, jakoby „w świetle obowiązującego prawa i przepisów Zamawiający miał obowiązek, ale też prawo do opracowania SWZ w taki sposób na jaki jego uwarunkowania techniczno-ekonomiczne mu pozwalały. Tak sporządzony i ogłoszony przetarg wskazuje bezsprzecznie, że celem Zamawiającego było udzielenie zamówienia dla Firmy KONICA-MINOLTA”.

Wchodząc z kontrolującym w polemikę dotyczącą wymaganych parametrów, zamawiający wyjaśnił, że ustalenia dokonane w toku kontroli były wynikiem głębokiego niezrozumienia rynku urządzeń dedykowanych drukowi podążającemu. Zamawiający nadmieniał również, że w toku kontroli kontrolujący nie żądał informacji dlaczego tak, a nie inaczej zamawiający sprecyzował swoje wymagania. Zamawiający stwierdził, że nie miał zatem możliwości wyjaśnienia wątpliwości kontrolującego, co niewątpliwie mogłoby mieć wpływ na wynik kontroli.

Odnosząc się do poszczególnych parametrów kwestionowanych przez kontrolującego zamawiający podał co następuje:



Parametr „zużycia energii” wskazuje na klasę energooszczędności urządzenia, co dla zamawiającego stanowiło kluczowy czynnik przy wyborze urządzenia – ceny energii rosną, a zatem im bardziej energooszczędne będzie urządzenie, tym zamawiającego będą obciążać niższe koszty eksploatacji. Pytania o ten parametr w toku postępowania były następujące: jedno z pytań odnosiło się do usunięcia całkowicie zapisu, natomiast drugie do zmiany wartości z 0,9 kWh na 1,74 kWh, co w praktyce skutkowało by zmianą parametru o prawie 100%. Jednocześnie zamawiający nadmienił, że producenci tacy jak Canon (0,613 kWh), KYOCERA (0,77 kWh) czy XEROX (0,667 kWh) przywołani w Załączniku 1 przez kontrolującego spełniali to wymaganie, a zatem utrzymanie tego parametru przez zamawiającego w żaden sposób nie wykluczało ani nie ograniczało konkurencyjności. Zamawiający podniósł również, że na etapie udzielania odpowiedzi na pytania w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma obowiązku uzasadniania podejmowanych decyzji. W związku z tym, zarzut jakoby naruszeniem przez zamawiającego zasad konkurencyjności w postępowaniu był brak wyrażenia zgody na zmianę ww. parametru bez podania „okoliczności tej decyzji” był w całości pozbawiony podstaw faktycznych i prawnych.

Parametr „zainstalowana pamięć”: zdaniem zamawiającego nie polegało na prawdzie twierdzenie jakoby był on „czystą kopią z broszury produktowej KONICA MINOLTA”. Po analizie tego zarzutu zamawiający podał, że w broszurze jest co prawda informacja o 8 GB RAMu i 250 GB dysku SSD ale brak gdziekolwiek sformułowania „Zainstalowana pamięć”. Zdaniem zamawiającego równie dobrze można było powiedzieć, że parametr „Obsługiwana gramatura papieru” co najmniej w zakresie 52 do 300 g/m<sup>2</sup> został skopiowany z broszury drukarki Canon imageRUNNER C3226i a parametr Kopiowanie wielokrotne z broszury Sharp MX3071. Wyjaśnił również, że zamawiającemu zależało na jak największej pamięci RAM i dysku SSD ze względu na zamiar połączenia urządzeń drukujących z systemem Elektronicznego Obiegu Dokumentów, funkcjonującym w Politechnice Rzeszowskiej. W tym celu, na systemie drukarki będą uruchamiane aplikacje obciążające system drukarki. Zbyt mała pamięć powodowałaby wolniejsze działanie i zawieszanie się systemu. Zamawiający podkreślił, że powyższe komunikował na etapie postępowania, w SWZ, poprzez:

- sformułowanie wymagań w zakresie skanowania: możliwość skanowania do Microsoft SharePoint,
- automatyczne wybieranie zdefiniowanych dla użytkownika miejsc docelowych,
- w ogólnych wymaganiach rozwiązania możliwość personalizacji zawartości panelu administratora i użytkownika w celu szybkiego dostępu do najbardziej potrzebnych informacji w jednym miejscu
- w opisie rozwiązań OCR – wymóg aby system posiadał możliwość zapisu do zewnętrznych systemów: Sharepoint, WEBCON.

Cel takiego parametru był więc doskonale znany wszystkim wykonawcom. Zamawiający dodał, że u niego platforma Elektronicznego Obiegu Dokumentów jest oparta o rozwiązanie WEBCON wraz z Microsoft Sharepoint.

Odnosząc się do parametru „czas nagrzewania” zamawiający podniósł, że ironiczny ton, w jakim zakwestionowano zasadność posłużenia się przez zamawiającego tym parametrem, poprzez użycie sformułowania, iż „(...) różnica 7 sek. spowodowała u Zamawiającego najwyraźniej obawę, (...), że może spowodować bardzo poważne opóźnienia w funkcjonowaniu jego organizacji” ponownie dowodził, że kontrolujący nie posiadali doświadczenia w kontrolowanym zakresie. Zamawiający wyjaśnił, że celowo nie dopuścił do czasu nagrzewania powyżej 20 sek., gdyż stanowił on zwiększenie parametru wyjściowego o prawie 50% (od początku zakładano czas do 13 sek.). Poza tym 13 sek. nie jest w żadnym wypadku parametrem nieosiągalnym, a wręcz jest parametrem przeciętnym. Dla przykładu tylko zamawiający wskazał, że przywołana w załączniku 1 drukarka Canon IR C3800 czas rozgrzewania posiada na poziomie 4 sekund w trybie szybkiego uruchamiania i 10 sekund od włączenia zasilania, czego to kontrolujący zdawał się nie zauważać. Według zamawiającego ww. parametr był natomiast dla niego rzeczywiście istotny z punktu widzenia organizacji pracy: Do momentu wdrożenia u zamawiającego druku podążającego w administracji centralnej ilość drukarek była ponad 3 razy większa niż po wdrożeniu systemu. Drukarki umieszczane były niemal w każdym pokoju, przez co pracownik otrzymywał wydruk „od razu”. Po wdrożeniu systemu pracownicy muszą wyjść z pokoju i dopiero po przyłożeniu karty pracowniczej rozpoczyna się wydruk – dlatego im krótszy czas nagrzewania tym w dużej mierze krótszy czas oczekiwania na pojedynczy wydruk oraz brak tworzenia się kolejek do urządzeń. Ponadto zamawiający zauważył, że przychylił się do obniżenia ww. parametru drukowania stron w formacie A3 z 15 do 12 stron na minutę.

Naprowadził również, że kwestionowanie zastosowanych przez zamawiającego parametrów i ich deprecjonowanie poprzez przyjęcie, że różnice w parametrach są dla użytkownika niezauważalne, a co za tym idzie, nie umie on racjonalnie powiedzieć dlaczego konkretnie dany parametr ma być zachowany nie polegało na prawdzie. Zamawiający wskazał, że przeciętny użytkownik urządzenia – to jest pracownik PRZ – nie zwraca uwagi na jej energooszczędność, ponieważ nie płaci rachunków. Powyższe bierze pod uwagę zamawiający, dla którego ma to istotne znaczenie z punktu widzenia ponoszonych kosztów. Natomiast przeciętny użytkownik bierze pod uwagę prędkość wydruku, czas nagrzewania urządzenia, bo wpływa to bezpośrednio na jego komfort pracy oraz czas wykonywania poszczególnych obowiązków. Ma to także znaczenie dla zamawiającego, o czym była już mowa powyżej.

Reasumując: Zdaniem zamawiającego ustalenia poczynione przez kontrolującego, w myśl których KONICA-MINOLTA posiadała rzekomo bezsprzeczną przewagę konkurencyjną,

DEVELOP nie powinien być brany pod uwagę, a parametry techniczne i OPZ uniemożliwiały przygotowanie ofert innym podmiotom były chybione w całości, na co wskazywały naprowadzone powyżej zastrzeżenia oraz dodatkowe wyjaśnienia. W uzupełnieniu zamawiający podał, że daleko krzywdzący dla niego i również bezpodstawny był zarzut jakby „forma procedowania postępowania daleko odbiegała od standardów jakie wyznaczają przepisy PZP”. Zamawiający stwierdził, że w toku postępowania, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, poruszał się w ramach art. 99 Pzp, wykazując się wyjątkową dbałością o zapewnienie rozwiązania najkorzystniejszego ekonomicznie. Opisując przedmiot zamówienia miał na względzie nie tylko parametry samego produktu w momencie jego zakupu/realizacji, ale wszelkie cechy wiążące się z fazami jego cyklu życia, mające uzasadnione dla niego znaczenie. Cechy te nie muszą być istotnym elementem zamówienia. Ustawodawca wskazuje bowiem, że w opisie przedmiotu zamówienia czynniki te nie muszą być istotnym elementem, pod warunkiem że są związane z przedmiotem zamówienia oraz są proporcjonalne do jego wartości i celów. W praktyce przepis ten sprowadza się do wymogu określenia cech danego zamówienia w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to jednocześnie, że wymogi postawione przez zamawiającego muszą być związane z przedmiotem zamówienia i tak się w przedmiotowej sprawie stało, co zamawiający miał wyjaśnić powyżej, odnosząc się chociażby do kwestionowanych przez kontrolującego parametrów zużycia energii, pamięci czy nagrzewania.

Zamawiający natomiast kategorycznie zaprzeczył, jakoby tworząc OPZ nie był samodzielny (nie opracował go sam). Printscreen zamieszczony na str. 18 opinii był już przedmiotem wyjaśnień, jednakże zamawiający odniósł wrażenie, że kontrolujący w całości te wyjaśnienia pominął. Zamawiający ponownie wyjaśnił, że ww. printscreen nie dowodził tezy o braku jego samodzielności. Plik „Szczegółowy opis zamówienia.docx” nie był tworzony w trybie „śledź zmiany”. Zamawiający wyjaśnił, że przed przystąpieniem do ogłoszenia postępowania, odbył szereg prezentacji i wizyt referencyjnych, podczas których otrzymywał opisy i specyfikacje różnych rozwiązań związanych z tzw. drukiem podążającym. Najprawdopodobniej przy tworzeniu Opisu przedmiotu zamówienia w kontrolowanym postępowaniu pracownicy działu informatyzacji Politechniki Rzeszowskiej użyli jednego z wielu pozyskanych wówczas plików i na jego matrycy rozpoczęli opracowywanie tego opisu. Microsoft Word nie jest narzędziem, które jest w stanie wskazać wszystkie osoby, które ingerowały w zmianę treści pliku. Zazwyczaj autor jest dodawany w momencie pierwszego zapisu pliku. Następnie można dowolnie dodawać lub zmieniać autora pliku w metadanych pliku word (zamawiający zawarł w treści zastrzeżeń przykład, który miał to potwierdzić).

Zamawiający ponownie wyjaśnił, że plik „Szczegółowy opis zamówienia.docx” nie był tworzony w trybie śledzenia zmian przez co nie jest w stanie wskazać na obecnym etapie wszystkich modyfikacji jak i poszczególnych autorów pośrednich. We właściwościach pliku

znajduje się bowiem informacja tylko o autorze (równie dobrze autor mógłby utworzyć pusty plik) i ostatniej modyfikacji, nie są natomiast podane wszystkie modyfikacje, które zostały naniesione ani autorzy, którzy modyfikowali plik. W przedmiotowej sprawie nie zostali uwidocznieni pracownicy centrum informatyzacji Politechniki Rzeszowskiej którzy tworzyli OPZ, był natomiast uwidoczniiony pracownik działu Zamówień Publicznych, dokonujący publikacji ogłoszenia. Okoliczność ta – zdaniem zamawiającego – była wyjaśniana w toku kontroli, a w razie wątpliwości kontrolujący mógł zażądać złożenia przez pracowników PRZ dodatkowych wyjaśnień. Wobec powyższego nie polegało na prawdzie twierdzenie, że autorem OPZ był pracownik KONICA-MINOLTA. Powyższe nie wynikało również z załączonego printscreenu – posłużenie się nim jako rzekomym dowodem w przedmiotowej sprawie, na okoliczność braku samodzielności zamawiającego, w świetle naprowadzonych okoliczności było, w ocenie zamawiającego, daleko idącym uproszczeniem i nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do trybu przeprowadzenia postępowania kontrolnego oraz dokonania ustaleń w tym postępowaniu zamawiający zarzucił kontrolującemu brak samodzielności w dokonywaniu ustaleń oraz oparcie całości rozstrzygnięcia na opinii podmiotu trzeciego. Z informacji pokontrolnej wynikało, że z uwagi na konieczność uzyskania wiadomości specjalnych, celem ustalenia i oceny stanu faktycznego zasięgnięto opinii biegłego. Zamawiający wyjaśnił, że nie został jednak poinformowany z jakiej specjalności biegły został powołany i w jakiej osobie, co jest z punktu legalności, prawidłowości, jasności, przejrzystości i obiektywności postępowania kontrolnego kwestią nadrzędną i obowiązkową. Ponadto, zamawiający podniósł, że biegły ów został powołany włącznie do oceny stanu faktycznego. Tymczasem biegły dokonuje oceny zarówno faktycznej (i to w sposób nierzetelny, sprzecznie ze stanem faktycznym, w oparciu o niezweryfikowane dane) jak i oceny prawnej, co nie mieściło się w jego kompetencjach. W takim przypadku ustalenia zawarte w ww. opinii, dotyczące stwierdzenia czy zamawiający naruszył czy też nie naruszył art. 99 oraz 16 Pzp nie mogły w żadnym wypadku stanowić podstawy do sformułowania przez kontrolującego wniosków o stwierdzeniu naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów Pzp.

Na marginesie zamawiający podał, że na etapie ogłoszenia postępowania żaden z potencjalnych wykonawców nie korzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej i nie wniósł odwołania do KIO wobec postanowień OPZ.

III.

Prezes Urzędu pismem z 5 kwietnia 2022 r. poinformował zamawiającego, że podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia przepisów art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Odnosząc się do zastrzeżeń, Prezes Urzędu poinformował, co następuje:

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, Prezes Urzędu stwierdził, że stanowisko prezentowane przez zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Prezes Urzędu wskazał, iż w treści Informacji o wyniku kontroli z dnia 14 marca 2022 r. zacytowano opinię biegłego – sporządzoną przez specjalistę ds. zamówień publicznych i technologii informatycznych i techniki komputerowej; specjalistę ds. zamówień publicznych; specjalistę ds. technologii informatycznych i techniki komputerowej – przekazaną do Urzędu pismem z dnia 6 grudnia 2021 r. w całości w zakresie rozważań merytorycznych. Powyższe - zdaniem Prezesa Urzędu – nie oznaczało, że kontrolujący przyjął za własne wyrażone w opinii biegłego konkluzje odnoszące się do stanu prawnego czy też wykładni przepisów Pzp. Prezes Urzędu podkreślił, iż opinia biegłego została wzięta pod uwagę w zakresie, w jakim ustalenie i ocena stanu faktycznego sprawy wymagały wiadomości specjalnych, stosownie do treści regulacji art. 605 ust. 1 pkt 3 Pzp, co zostało wyrażone na str. 27-28 Informacji o wyniku kontroli.

W tym względzie Prezes Urzędu zaznaczył, iż przedmiot zarzutu naruszenia art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, określonego w Informacji o wyniku kontroli, stanowił fakt sformułowania postanowień opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który prowadził do uprzywilejowania co najmniej niektórych wykonawców lub produktów, a w konsekwencji – wyeliminowania innych wykonawców lub produktów z postępowania, przy czym sytuacja ta nie była uzasadniona potrzebami zamawiającego oraz nie mieściła się w zakresie praktyki rynkowej. Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: *Warunkiem jednak prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego.* (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO/KD 5/21).

Jednocześnie Prezes Urzędu podkreślił, co zostało wyrażone już w treści Informacji o wyniku kontroli (str. 27), iż kwestia możliwości dostarczania określonych produktów przez różnych wykonawców nie ma znaczenia z perspektywy oceny danej sytuacji jako naruszającej zasadę uczciwej konkurencji z uwzględnieniem faktu, iż zakres uznawanych przez zamawiającego produktów spełniających wymagania opisu przedmiotu zamówienia został zasadniczo ograniczony. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że *naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1534/18). Prezes Urzędu przy tym zauważył, iż sam fakt ograniczenia zakresu zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia produktów do urządzeń marki Konica Minolta oraz Develop nie był negowany przez zamawiającego w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli. Analogicznie uznać należało, iż kwestia relacji kapitałowych pomiędzy podmiotem Konica Minolta a Develop miała z tej perspektywy znaczenie jedynie drugorzędne, gdyż nawet gdyby uznać podmioty te oraz ich

produkty za zupełnie od siebie niezależne, nie zmienia to faktu, że zawężenie zakresu produktów spełniających wymagania opisu przedmiotu zamówienia tylko do urządzeń pochodzących od tych producentów również stanowić będzie naruszenie zasady uczciwej konkurencji przy braku okoliczności uzasadniających takie ograniczenie.

Biorąc pod uwagę ustalenia faktyczne zawarte w treści opinii biegłego należało skonstatować, iż przedmiot kontrolowanego zamówienia, tj. dzierżawa i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej 15 fabrycznie nowych urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą i wdrożeniem Systemu Obsługi Wydruku, nie ma charakteru stricte specjalistycznego i co do zasady mógłby podlegać realizacji przez wykonawców dysponujących produktami pochodzącymi od różnych producentów. Tym samym zamawiający powinien szczegółowo wykazać, iż istnieją okoliczności, ze względu na które zasadne jest uprzywilejowanie określonych produktów oraz wyeliminowanie innych (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2847/20). Podkreślić należy przy tym, że zasadność określenia w opisie przedmiotu zamówienia poszczególnych parametrów musi poddawać się ocenie zobiektywizowanej, w odniesieniu do uwarunkowań panujących na danym rynku, a nie opierać się wyłącznie na subiektywnym przekonaniu zamawiającego (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1365/18). Należy w tym zakresie brać pod uwagę kwestię uzasadnionych potrzeb zamawiającego, jednakże rozumianych ściśle, jako faktyczne potrzeby zamawiającego, zarówno co do oczekiwanych funkcjonalności, jak i wyspecyfikowanych parametrów oraz jakości, oparte na faktycznych i zobiektywizowanych okolicznościach (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 585/19).

W tym względzie Prezes Urzędu zauważył także, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zwraca się szczególną uwagę na niedopuszczalność praktyki zamieszczania w opisie przedmiotu zamówienia pojedynczych wymagań, które w oderwaniu od reszty zapisów opisu przedmiotu zamówienia może spełnić kilka urządzeń na rynku, lecz zebrane łącznie powodują ograniczenie konkurencji do jednego produktu na rynku (m.in. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2019 r., sygn. akt KIO/KD 58/19).

Jednocześnie Prezes Urzędu podkreślił, iż informacje przekazane przez zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli zostały przekazane biegłemu pismem z dnia 24 marca 2022 r. celem ustosunkowania się do ich treści. Pismem z dnia 30 marca 2022 r. (wpływ do Urzędu w dniu 31 marca 2022 r.) przekazano do Urzędu dokument zawierający wyjaśnienia biegłego, w którym biegły podtrzymał swoje stwierdzenia zawarte w opinii źródłowej.

Tym samym Prezes Urzędu uznał, iż analiza rynku dokonana przez biegłego w sposób przekonujący wykazała, iż nie istniały obiektywne przesłanki, ze względu na które zasadne było ograniczenie produktów spełniających wymagania opisu przedmiotu zamówienia wyłącznie do urządzeń marki Konica Minolta oraz Develop, biorąc pod uwagę fakt, iż jak wykazano w załączniku nr 1 do opinii biegłego przekazanej do Urzędu w dniu 6 grudnia 2021 r., istnieje gama urządzeń zbliżonych funkcjonalnością pochodzących od innych producentów, które to urządzenia nie mogły zostać zaoferowane w danym postępowaniu z uwagi na

specyficzny dobór parametrów opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Należało zauważyć bowiem, iż urządzenia marek Konica Minolta oraz Develop nie osiągają najlepszych wyników w zakresie każdego z analizowanych parametrów (m.in. w zakresie parametru „czas nagrzewania”, na co wskazał sam zamawiający na str. 6 zastrzeżeń od wyniku kontroli, analogicznie w zakresie parametru „zużycie energii”, pomimo iż zamawiający wskazał w zastrzeżeniach od wyniku kontroli na kluczowy charakter tego parametru), z kolei zaś zamawiający nie wyjaśnił z jakich obiektywnych przyczyn wynikających z jego uzasadnionych potrzeb, zastosował inne parametry, które spełniają wyłącznie urządzenia marki Konica Minolta oraz Develop, odchodząc tym samym od przeciętnych standardów na danym rynku wyznaczonych w odniesieniu do innych produktów uwzględnionych w analizie biegłego (np. „funkcja zoom”, „zaawansowane funkcje bezpieczeństwa” lub „materiały eksploatacyjne”), pomimo iż na etapie wniesienia zastrzeżeń od wyniku kontroli zamawiający posiadał przekazane w Informacji o wyniku kontroli konkluzje biegłego w kontekście zarzucanego naruszenia Pzp. Podkreślić należy, iż jakkolwiek zamawiający zarzuca brak obiektywizmu w zakresie doboru produktów przyjętych do porównania w załączniku nr 1 do opinii biegłego (str. 3-4 zastrzeżeń od wyniku kontroli), zamawiający posługuje się w tym zakresie wyłącznie ogólnikowymi stwierdzeniami, nie wskazując w szczególności na konkretne produkty właściwe dla danego rynku, które biegły miał rzekomo pominąć w swojej analizie.

W odniesieniu do wyjaśnień zamawiającego względem parametrów „zużycie energii”, „zainstalowana pamięć” oraz „czas nagrzewania” zawartych na str. 5-6 zastrzeżeń od wyniku kontroli Prezes Urzędu podkreślił, iż biegły dokonywał oceny zasadności zastosowania parametrów opisu przedmiotu zamówienia w kontekście zarówno uzasadnionych potrzeb zamawiającego jak również praktyki rynkowej, przy czym stwierdzić należało, iż poprzez podtrzymanie przez biegłego w dokumencie przekazanym pismem z dnia 30 marca 2022 r. w odniesieniu do zastrzeżeń od wyniku kontroli stwierdzeń zawartych w opinii przekazanej do Urzędu w dniu 6 grudnia 2021 r., brak było podstaw do uznania, iż zastosowane przez zamawiającego parametry ograniczające dostęp do zamówienia wykonawcom oferującym inne produkty aniżeli marek Konica Minolta oraz Develop spełniały wymogi uzasadnionych potrzeb zamawiającego oraz były zgodne z uwarunkowaniami panującymi na danym rynku.

Tym samym zasadne było uznanie, iż poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję jak również poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, zamawiający naruszył art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli. Zgodnie z treścią art. 610 ust. 2 Pzp w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w zakresie wykazanych naruszeń przekazane one zostały do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza w formie uchwały wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń, w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. Jak wynika z art. 610 ust. 4 Pzp, opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

### **Krajowa Izba Odwoławcza**

#### **po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:**

Na podstawie przedstawionej dokumentacji, Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 marca 2022 r. oraz w pisemnym stanowisku do wniesionych zastrzeżeń z dnia 5 kwietnia 2022 r. W ocenie Izby wskazane tam argumenty były wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do, co do zasady, właściwie ustalonego stanu faktycznego. W związku z tym Izba przyjęła za własne w znacznym zakresie ustalenia Prezesa Urzędu odnośnie stanu faktycznego. Ponadto Izba podzieliła i przyjęła za własne stanowisko prawne Prezesa Urzędu uzasadniające stwierdzone naruszenia art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Dodatkowo zdaniem składu opiniującego w dalszym ciągu zachowuje aktualność poniżej wskazane stwierdzenie wyrażone w postanowieniu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt V SA/Wa 583/13 – *Opinia KIO w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności* (tak samo Wojewódzki Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie sygn. akt V SA/Wa 1048/14). W ocenie Izby, zastrzeżenia do wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej nie zasługiwały na uwzględnienie.

Przechodząc do meritum sprawy w pierwszej kolejności skład opiniujący zauważył, że zamawiający stwierdził, iż informacja pokontrolna była wewnętrznie sprzeczna: z jednej strony wskazywała, że wyłącznie KONICA-MINOLTA spełniała wymagania zamawiającego, z drugiej potwierdzała, że potencjalnych wykonawców było więcej, bo mogła nim być chociażby firma DEVELOP. Jednocześnie jednak kontrolujący uznał, że nie można dokonywać oceny obu podmiotów niezależnie od siebie, bo uczestniczą w jednej grupie kapitałowej.

Prezes Urzędu w odpowiedzi na zastrzeżenia zamawiającego, co prawda, zdawał się zbagatelizować zagadnienie funkcjonowania ww. podmiotów w ramach grupy kapitałowej przyznając pośrednio, że nie poczynił dokładnych i precyzyjnych ustaleń w tym zakresie, jednakże okoliczność ta nie mogła przesądzić o uznaniu zasadności złożonych przez zamawiającego zastrzeżeń. Już w Informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezes Urzędu stwierdził wyraźnie, że w sprawie będącej przedmiotem kontroli naruszenie zasady uczciwej konkurencji nastąpiło w sposób pośredni, co nie wykluczało jednakże kwalifikacji działania zamawiającego jako naruszającego przepisy Pzp. W tym kontekście Prezes Urzędu wyjaśnił, że irrelevantny był fakt możliwości dostarczania konkretnych produktów danego producenta



także przez inne podmioty, jeśli istniejąca sytuacja prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania co najmniej niektórych wykonawców lub produktów. W dalszej kolejności, w ocenie Izby, Prezes Urzędu słusznie zwrócił uwagę na przedmiotową okoliczność w pisemnej odpowiedzi na zastrzeżenia zamawiającego, niejako kontynuując wcześniejsze ustalenia prawne, wskazując, że kwestia możliwości dostarczania określonych produktów przez różnych wykonawców nie ma znaczenia z perspektywy oceny danej sytuacji jako naruszającej zasadę uczciwej konkurencji z uwzględnieniem faktu, iż zakres uznawanych przez zamawiającego produktów spełniających wymagania opisu przedmiotu zamówienia został zasadniczo ograniczony. Co istotne także Izba za bardzo trafne uznała stanowisko Prezesa Urzędu, który zauważył, iż sam fakt ograniczenia zakresu zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia produktów do urządzeń marki Konica Minolta oraz Develop nie był negowany przez zamawiającego w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli. Tym samym Izba doszła do przekonania, że stanowisko Prezesa Urzędu w powyżej określonej kwestii było zasadne.

Jeśli chodzi o odniesienie się do wyjaśnień zamawiającego dotyczących parametrów „zużycie energii”, „zainstalowana pamięć” oraz „czas nagrzewania” Izba w całej rozciągłości przyjęła za własne stanowisko Prezesa Urzędu, zaprezentowane w odpowiedzi na zastrzeżenia zamawiającego, które zostały w całości przytoczone powyżej na str. 14 (ostatni akapit) i 15. W związku z tym nie było potrzeby powielania tej argumentacji w tym miejscu.

Izba stwierdziła, że na uwzględnienie nie zasługiwała także argumentacja zamawiającego związana z okolicznością zasięgnięcia opinii biegłego przez Prezesa Urzędu. Jak wynikało z okoliczności przedmiotowej sprawy biegły przedstawił swoją opinię, która została właściwie w całości przytoczona w Informacji o wynikach kontroli doraźnej, przez co zamawiający mógł odnieść się do wszystkich ustaleń poczynionych przez biegłego. Ponadto również przed przekazaniem odpowiedzi na zastrzeżenia zamawiającego, Prezes Urzędu zwrócił się do biegłego o wyjaśnienia, jak należało rozumieć związane z wniesionymi zastrzeżeniami i biegły w podtrzymał swoje wcześniejsze stanowisko.

Izba nie znalazła powodów do kwestionowania działań podejmowanych przez Prezesa Urzędu w związku z okolicznością zasięgnięcia opinii biegłego. Zgodnie z art. 605 ust. 1 pkt 3 Pzp Prezes Urzędu może zasięgnąć opinii biegłego, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych. Z powyższego wynika, że zasięgnięcie opinii biegłego jest uprawnieniem Prezesa Urzędu, Pzp nie określa kto może pełnić funkcję biegłego – biegłym może zatem zostać każdy podmiot, który posiada wiadomości specjalne w stopniu wystarczającym do wydania kompetentnej opinii oraz opinia ta może dotyczyć ustalenia lub oceny stanu faktycznego sprawy lub dokonania innych czynności kontrolnych wymagających wiadomości specjalnych.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący** .....

.....

.....