Sygn. akt: KIO 1779/21

POSTANOWIENIE
z dnia 16 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **16 lipca 2021 r.**
w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
14 czerwca 2021 r. przez Odwołującego **A. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM A. P., ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz**w postępowaniu prowadzonym przez **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, Oddział Regionalny we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich, 62 53-333 Wrocław**

postanawia:

1.**umorzyć postępowanie odwoławcze;**

2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty**7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy **A. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM A. P., ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz**

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 1779/21

UZASADNIENIE

Dnia 14 czerwca 2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie złożył wykonawca A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM A. P., ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz (dalej jako *„Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MULTIKOM A. P."* albo *„Odwołujący"*). Odwołania zostało złożone przez właściciela.

Postępowanie prowadzone pn: *„na zakup materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukująco-kopiujących wraz z sukcesywną dostawą do Oddziału Regionalnego KRUS we Wrocławiu i podległych Placówek Terenowych w Wałbrzychu, Jeleniej Górze i Legnicy"*przez Zamawiającego - Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, Oddział Regionalny we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich, 62 53-333 Wrocław (dalej jako: *„Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, Oddział Regionalny we Wrocławiu"*albo *„Zamawiającym"*). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 kwietnia 2021 r. pod pozycją nr 2021/BZP 00042063/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze. zm., zwana dalej *„NPzp"* albo *„ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r."* albo *„ustawy Pzp z 2019"*.

Czynnością będącą podstawą wniesienia odwołania była czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 09 czerwca 2021 r. (przesłana za pomocą platformy zakupowej Zamawiającego) Wykonawcy R. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firma RAF-Tech R. J., ul, Żernicka 5, 55-010 Święta Katarzyna zwana dalej;*„Raf-Tech R. J."*. Drugą pozycję zajął Praxis Łódź P. i P. Sp. J., ul. Wólczańska 66, 90-516 Łódź zwana dalej:*„Praxis Łódź P. i P. Sp. J."*. Trzecia pozycję zajął Golden Line Sp. z o.o., ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów zwana dalej:*„Golden Line Sp.z o.o."*. Czwartą pozycje zajął Odwołujący.

Zarzucił naruszenie:
- art. 16 pkt. 1, art. 226 ust. 1 pkt 5 NPzp poprzez:
1/ zaniechanie odrzucenia ofert Raf-Tech R. J., ul. Żernicka 5, 55-010 Święta Katarzyna; Praxis Łódź P. i P. Sp. j., ul. Wólczańska 66, 90-516 Łódź; Golden Line Sp. z o.o. ul. Krakowska 150, 35-506 Rzeszów i bezprawny wybór oferty firmy Raf-Tech R. J.;

2/ dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3/ naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania;

4/ zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

Wnosił o: 1/ unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty firmy Raf-Tech R. J.; 2/ odrzucenie ofert Raf-Tech R. J., Praxis Łódź P. i P. Sp. j., Golden Line Sp. z o.o.; 3/ ponowną ocenę ofert i wybór oferty P.W. Multikom A. P.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 5-dniowego terminu, w zakresie czynności z dnia 9 czerwca 2021 r.

Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający w dniu 15 czerwca 2021 r. (na portalu zakupowym Zamawiającego) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 16 czerwca 2021 r. (na portalu zakupowym Zamawiającego) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 NPzp, gdyż postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 21 czerwca 2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO)Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp odpowiedź na odwołanie, w której oddala w całości odwołanie. Stwierdził nadto, że: *„(…)po przeanalizowaniu treści otrzymanego odwołania Wykonawcy A. P. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MULTIKOM", Ul. Fabryczna 15, 85-741 Bydgoszcz, stwierdza, że wystąpiła przesłanka z art. 255 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych a mianowicie postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Za taka wadę Zamawiający uznał niejednoznaczne zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), zgodnie z zasadą interpretowania nieścisłości i rozbieżności występujących w SWZ na korzyść Wykonawców co potwierdza linia orzecznicza KIO. Zamawiający po przeanalizowaniu orzeczeń w podobnych sprawach dotyczących błędów w opisie przedmiotu zamówienia a w szczególności wyroku KIO 2176/19 uważa, że wada spowodowana tym niejednoznacznym zapisem w opisie przedmiotu zamówienia nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert oraz stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania, ponieważ na tym etapie, czyli po złożeniu ofert, wadliwości tej nie można usunąć.*

Zamawiający w rozdziale Rozdział III - Opis przedmiotu zamówienia ust. 11 napisał:
„11. Przez toner równoważny Zamawiający rozumie toner o parametrach i standardach jakościowych nie gorszych, takich samych bądź lepszych (w zakresie wydajności, trwałości i jakości wydruku) w stosunku do tonera oryginalnego (wzorcowego), w pełni kompatybilny z urządzeniami pochodzącymi od firm wskazanych w zestawieniu zamawianych tonerów, który jest:
1) fabrycznie nowy, dedykowany do danego sprzętu, zalecany przez producenta urządzenia, do którego jest przeznaczony oraz nie zawiera elementów pochodzących z recyklingu chyba, że producent oryginalnego materiału eksploatacyjnego odzyskuje go w drodze recyklingu i zamienia w certyfikowane, profesjonalnie zregenerowane naboje z tonerem, zgodne z:
a) normą ISO 9001 :2008 lub nowszą (lub równoważną), tj. dokumentem potwierdzającym odpowiednie stosowanie w stosunku do dostarczanych tonerów równoważnych środków zapewnienia jakości, w zakresie co najmniej takim jak wymieniona norma ISO lub nowszej (lub równoważnej);
b) normą ISO 14001:2004 lub nowszą (lub równoważną), tj. dokumentem potwierdzającym odpowiednie stosowanie w stosunku do dostarczanych tonerów równoważnych środków zarządzania środowiskiem, w zakresie co najmniej takim jak wymieniona norma ISO lub nowszej (lub równoważnej);
2) opakowany hermetycznie, nie noszący śladów uszkodzeń zewnętrznych oraz używania,
3) którego wydajność, zgodnie z normą ISO/IEC 19752:2004 dla kaset z tonerem do urządzeń monochromatycznych (lub równoważna), ISO/IEC 19798:2007 dla kaset z tonerem do kolorowych urządzeń (lub równoważna), jest co najmniej taka jak wydajność materiału oryginalnego zalecanego przez producent danego urządzenia,
4) który zapewnia jakość wydruku co najmniej taką, jak materiał oryginalny, zalecany przez producenta sprzętu (w szczególności dotyczy krycia i odwzorowania koloru, braku śladów zabrudzeń na drukowanych stronach, nie wysypywaniu proszku tonera podczas montażu i eksploatacji),
5) który nie ogranicza pełnej współpracy z programem sprzętu, monitorującym stan zasobników z tonerem, a po jego zainstalowaniu w sprzęcie, na monitorze oraz panelu kontrolnym sprzętu nie mogą pojawiać się żadne negatywne komunikaty np. o nieoryginalności zastosowanego materiału (w przypadku, gdy produkt oryginalny posiada wbudowany układ scalony, który monitoruje proces druku i zużycie tonera, zaoferowany toner równoważny musi posiadać analogiczny element),
6) który w żadnym stopniu nie narusza praw patentowych ani innej własności intelektualnej,
7) w którym zastosowano toner dopasowany do pracy z danym urządzeniem,
8) nie narusza praw gwarancyjnych producenta sprzętu,
9) w których chip bądź jakikolwiek inny element eksploatacyjny nie był powtórnie wykorzystany w procesie produkcji materiału,
10) nie powodują konieczności przeprowadzenia dodatkowych czynności (np. usuwania resztek zużytego tonera z pojemnika i czyszczenia wywoływacza) oraz nie powodują wyłączenia żadnych opcji w urządzeniach (np. trybu ekonomicznego w urządzeniach drukujących)"

Niezależnie od unieważnienia postępowania twierdzenie Odwołującego dotyczące naruszenia art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp czyli niezachowania uczciwej konkurencji i nierównego traktowania Wykonawców przez Zamawiającego nie odpowiada faktycznemu stanowi rzeczy a także nie zostało przez Odwołującego należycie uzasadnione.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiającemu zależało na otrzymaniu produktowo wysokiej jakości, nie powodujących awaryjności urządzeń eksploatowanych przez jednostki organizacyjne Zamawiającego. Właśnie w celu zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców zgodnie z art. 16 pkt. 1, Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia określił, że „Oferowane materiały eksploatacyjne mogą być produktem oryginalnym lub równoważnym" - rozdz. III SWZ - Opis przedmiotu zamówienia ust. 7. Zamawiający w celu uniknięcia zarzutów „faworyzowania" dostawców produktów oryginalnych lub dostawców produktów równoważnych starał się podczas całego prowadzonego postępowania analizować pod tym kątem wszystkie pytania zgłaszane do zapisów SWZ, które uwzględnił modyfikując zapisy treści SWZ. Między innymi zrezygnowano z pierwotnie określonych dwóch kryteriów a mianowicie kryterium ceny o wadze 60 % i kryterium rodzaj materiałów eksploatacyjnych 40 % i dokonano modyfikacji SWZ ustanawiając jedno kryterium ceny o wadze 100 % .

Oczywistym jest więc, że Zamawiający nie stawiał w pozycji uprzywilejowanej żadnego producenta, który mógłby złożyć najkorzystniejszą ofertę. Doświadczenie wskazuje, że w podobnych przedmiotowo postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, obejmujących różnorodne materiały eksploatacyjne, oferty składają dystrybutorzy tych materiałów, mogących oferować zarówno materiały oryginalne jak i równoważne. Celem było wybranie oferty spełniającej w najwyższym stopniu uzasadnione potrzeby Zamawiającego, a ta okoliczność ma znaczenie priorytetowe.

Jednak sformułowanie zacytowane w odwołaniu a mianowicie, że toner równoważny ma być: „zalecany przez producenta urządzenia, do którego jest przeznaczony" faktycznie jest niejednoznaczne. Zamawiający miał na myśli takie tonery równoważne, które są wysokiej jakości, dedykowane do danych urządzeń, nie powodujące awarii i uszkodzeń urządzeń a sformułowanie „zalecane przez producenta urządzenia, do którego jest przeznaczony" rozumiał jako tonery o parametrach i standardach jakościowych nie gorszych, takich samych bądź lepszych (w zakresie wydajności, trwałości i jakości wydruku) w stosunku do tonera oryginalnego (wzorcowego), w pełni kompatybilny z urządzeniami pochodzącymi

od firm wskazanych w zestawieniu zamawianych tonerów. Zwrot zalecany czyli „taki byłby najlepszy" ale dopuszczalne są inne o identycznych parametrach. Zamawiający jest świadomy, że Odwołujący powyższe sformułowanie zrozumiał wprost jako nakaz zaoferowania do urządzeń firmy HP (Hewlett-Packard) wyłącznie produktów oryginalnych. W ocenie Zamawiającego takie żądanie zaoferowania wyłącznie produktów firmy HP jest niedopuszczalne i nie było to jego intencją podczas opisywania przedmiotu zamówienia.

Żądanie Odwołującego dotyczące odrzucenia ofert Wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy Pzp, naruszyłoby zasadę zachowania uczciwej konkurencji określoną w art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp, gdyż w ten sposób potwierdziłby zakaz składania tonerów równoważnych, co jest sprzeczne z zapisami SWZ dopuszczającymi składanie tonerów równoważnych.". Odpowiedź została podpisana przez Dyrektora umocowanego na podstawie załączonego pełnomocnictwa udzielonego przez Prezesa KRUS-u.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

Izba w tym stanie rzeczy dokonała ustaleń co do ewentualnego zaskarżenia czynności Zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z 16 czerwca 2021 r. i nie stwierdziła zaskarżenia tej czynności Zamawiającego, ani ze strony Odwołującego, ani ze strony pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty i zostali skwalifikowani w ramach rankingu złożonych ofert. Nadto, zgodnie ze stanowiskiem doktryny *„5. Stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego."* (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

Podsumowując Izba ustaliła i zważyła, o zaistnieniu niezbędnych przesłanek, o których mowa w art. 568 pkt 2) NPzp, tj. Izba umarza w przypadku stwierdzenia, że postępowanie odwoławcze stało się z innej przyczyny zbędne, tj. w tym wypadku z powodu unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia, które nie zostało w ustawowym terminie zaskarżone. Podobnie w postanowieniu KIO z 10 maja 2021 r., sygn. akt: KIO 794/21.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) NPzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 NPzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 NPzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w , znosi się wzajemnie, a przez art. 574 NPzp należy rozumieć, że Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 7 500 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący:

……