Sygn. akt: KIO 2583/22

POSTANOWIENIE
z dnia 13 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 13 października 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022 r. przez: PRAXIS Łódź P. (1) i P. (2) Spółka jawna z siedzibą w Łodzi, ul. Wólczańska 66 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie, ul. Mogilska 109

przy udziale wykonawcy Firmy Handlowej Komax 9 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, ul. Przemysłowa 2 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2583/22 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz PRAXIS Łódź P. (1) i P. (2) Sp. jawna z siedzibą w Łodzi, ul. Wólczańska 66 tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania.

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 2022 r., poz. 1710 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 2583/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej na dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek i faksów zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w dniu 2022 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2022/S 148-423591.

W dniu 21 września 2022 roku zamawiający przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 3 października 2022 r. PRAXIS Łódź P. (1) i P. (2) Sp. jawna z siedzibą w Łodzi, ul. Wólczańska 66 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez wspólnika spółki jaw-

nej uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji spółki, zgodnie z odpisem z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 3 października 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, przez jego niezastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty KOMAX 9 w sytuacji gdy z oferty tego wykonawcy wynika zobowiązanie do świadczenia niemożliwego i w konsekwencji oferta ta powinna zostać odrzucona jako sprzeczna z właściwymi przepisami Kodeksu cywilnego;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 218 ust. 2 ustawy polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty KOMAX 9 z uwagi na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, który to błąd nie może zostać uzupełniony lub poprawiony;

3) art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy przez przeprowadzenie negocjacji z wykonawcą które doprowadziło do zmiany treści oferty wykonawcy w zakresie zaoferowanego w poz. 110 formularza cenowego tonera producenta Hewlett- Packard W9014MC, który był wycofany w lipcu 2019 r. z produkcji oraz przez zaakceptowanie wyjaśnień treści oferty złożonych przez KOMAX 9 w dniu 16.09.2022 r. w których wykonawca oświadczył, że w związku z wycofaniem wskazanego w poz. 110 formularza cenowego asortymentu (tonera) zaoferuje na etapie realizacji umowy ramowej inny toner, który będzie spełniał wymogi wskazane w Rozdział IV pkt 1 ppkt 8 SWZ

4) art. 16 pkt 1) i pkt 2) i pkt 3) ustawy przez niezapewnienie przez zamawiającego w toku postępowania zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zasady przejrzystości i proporcjonalności przez

a) braku odrzucenia oferty KOMAX 9, która nie odpowiadała warunkom zamówienia określonym w Rozdziale IV pkt 1 ppkt 8 SWZ,
b) prowadzeniu negocjacji z wykonawcą KOMAX 9, który w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień treści oferty wskazał, że w związku z wycofaniem zaoferowanego w formularzy cenowym dla poz. 110 produktu zaoferuje inny produkt zgodny z warunkami zamówienia określonymi w Rozdziale IV pkt 1 ppkt 8 SWZ na etapie realizacji umowy ramowej, zaś taka ocena błędu wykonawcy nie była możliwa na podstawie danych zawartych w treści oferty, ponadto zamawiający przyjął, że wyjaśnienia wykonawcy nie spowodowały istotnej zmiany treści złożonej oferty, chociaż w rzeczywistości wyjaśnienia wykonawcy stanowią modyfikacje treści oferty po jej złożeniu. co narusza art. 223 ustawy pzp

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez Firmy Handlowej KOMAX 9 sp. z o. o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) lub pkt 3 ustawy pzp;

3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

4) zasądzenie zwrotu kosztów wniesienia wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa procesowego wg faktur przedstawionych przez pełnomocnika na rozprawie.

IV. W zakresie postępowania dowodowego wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentu tj. pisma zamawiającego dotyczącego modyfikacji treści SWZ z dnia 30.07.2020 r we wcześniejszym postępowaniu na „Dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek i faksów" nr postepowania ZP.40/2020 w zakresie zmiany tonerów do drukarki HP LJE82560dn z wydajności 69.000 stron na 58.000 stron w związku z wycofaniem tonerów do tych drukarek oraz zawiadomienia zamawiającego z dnia 25.09.2020 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty na okoliczność, posiadanej przez zamawiającego oraz wykonawcy wiedzy o wycofaniu tonerów do drukarek HP LJE82560dn o wydajności 69.000 stron i zastąpienie w/w tonera innym o wydajności do 58.000 stron.

Nadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wg faktury przedstawionych przez pełnomocnika na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny do wniesienia tego odwołania, gdyż bezpodstawny wybór oferty KOMAX 9 uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia. Gdyby zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy KOMAX 9 oferta odwołującego zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu w świetle kryteriów oceny ofert przewidzianych w treści SWZ i uznana za najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu, zaś odwołującemu zostałoby udzielone zamówienie będące przedmiotem tego postępowania. Wybór oferty KOMAX 9 oznacza, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconego wynagrodzenia związa-

nego z realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie.

W dniu 3 października 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 6 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Firma Handlowa Komax 9 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, ul. Przemysłowa 2 wnosząc o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom. Przystępujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, albowiem:

- złożył w postępowaniu ofertę nie podlegającą odrzuceniu,

- w toku postępowania nie doszło do zmiany treści jego oferty,

- jego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert,

w tej sytuacji oddalenie odwołania będzie miało wpływ na wynik postępowania i możliwość uzyskania zamówienia przez przystępującego.

Przystępujący wskazał ponadto, że kwestionowane odwołaniem czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do oferty przystępującego zostały dokonane bez naruszenia przepisów ustawy.

W dniu 12 października 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

W dniu 12 października 2022 r. odwołujący oświadczył, że cofa złożone odwołanie.

Termin posiedzenia z udziałem stron był wyznaczony na dzień 13 października 2022 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne, o których mowa w art. 525

ust. 1 - 3 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a 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) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim

przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiścił wpis w wysokości 15 000 zł., to do zwrotu pozostała kwota 13 500 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji.

Przewodniczący:.....