Sygn. akt KIO 2937/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 05 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 05 września 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego J. W. i B. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Netprint spółka cywilna J. W. B. S., z siedzibą w Oświęcimiu przy ul. Unii Europejskiej 10 (32-600 Oświęcim) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Służbę Wywiadu Wojskowego, al. Niepodległości 243 (02-009 Warszawa)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy JMDATA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, przy ul. Zwoleńskiej 65a (04-761 Warszawa)

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 6 750 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego J. W. i B. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Netprint spółka cywilna J. W. B. S., z siedzibą w Oświęcimiu, stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 2937/24

UZASADNIENIE

Służba Wywiadu Wojskowego w Warszawie (zwana dalej: „zamawiającym”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zakup i dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek, faksów i kopiarek”; nr sprawy: SWW/ZP-5/BFL/2024 (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 09 sierpnia 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00451690/01.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa”).

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego J. W. i B. S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Netprint spółka cywilna J. W. B. S., z siedzibą w Oświęcimiu (zwani dalej: „odwołującym”) w dniu 14 sierpnia 2024 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

I / art. 16 pkt 1 pzp w zw. z art. 99 ust. 4-6 pzp w zw. z art. 239 ust. 2 pzp i art. 240 ust. 2 w zw. z art. 241 ust. 3 pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pzp poprzez: wprowadzenie do kryteriów oceny ofert kryterium o nazwie „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” z wagą 40%, w którym punktuje się materiały eksploatacyjne oryginalne (poprzez określenie proporcji zaoferowanych produktów oryginalnych do wszystkich produktów objętych ofertą), które to kryterium:

- zakłóca uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, gdyż znacząco premiuje wykonawców oferujących produkty oryginalne, tym samym zmuszając do zaniechania oferowania produktów równoważnych spełniających wszystkie kryteria przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia (art. 16 pkt 1 pzp),

- jedynie pozornie umożliwia oferowanie produktów równoważnych (art. 99 ust. 4-6 a contrario pzp),

- nie prowadzi do ustalenia najkorzystniejszej oferty w rozumieniu ustawy, tj. nie pozwala na ocenę tego, która oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu (art. 239 ust. 2 pzp),

- dotyczy właściwości wykonawcy (art. 241 ust. 3 pzp),

- nie spełnia definicji kryterium jakościowego unormowanego w ustawie (art. 242 ust. 2 pzp);

II / art. 99 ust. 1 i 4-6 Pzp w zw. z art. 101 ust. 6 Pzp i art. 105 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 106 ust. 1 - 3 Pzp – poprzez zażądanie niezgodnych z ustawą przedmiotowych środków dowodowych, mających w istocie służyć uniemożliwieniu wykonawcom oferowania produktów równoważnych, a zatem będące działaniem nieproporcjonalnym i naruszającym uczciwą konkurencję oraz przepisy ustawy zakazujące monopolizacji rynku, a w szczególności:

- zażądanie, by raporty z testów wydajności produktów równoważnych przeprowadzone zostały na wszystkich urządzeniach, z jakimi dany produkt może współpracować, co jest sprzeczne z normami ISO/IEC stanowiącymi postawy badań, - zażądanie przedłożenia certyfikatu zgodności technicznej z oryginalnymi produktami, wydanego przez jednostki posiadające status „notyfikowanej jednostki certyfikującej/ kontrolującej" na mocy ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności w sytuacji, gdy nie powołano żadnej podstawy normatywnej, na podstawie której taki certyfikat mógłby zostać wystawiony, a wedle wiedzy odwołujących nie istnieją normy ani inne źródła dające podstawę do wydania certyfikatu takiej treści,

- zażądanie przedłożenia zaświadczenia wystawionego przez producenta oryginalnych materiałów eksploatacyjnych, iż oferowane przez Wykonawcę materiały równoważne nie naruszają praw patentowych ani innych praw własności intelektualnej producenta oryginalnych materiałów eksploatacyjnych – przy czym pozyskanie takiego zaświadczenia od producenta produktów oryginalnych jest niemożliwe w praktyce, nieproporcjonalne i w istocie służy wyłącznie ograniczeniu możliwości oferowania produktów równoważnych

- zażądanie przedłożenia zaświadczenia wystawionego przez producenta sprzętu, potwierdzające zgodność techniczną i jakościową oferowanych materiałów eksploatacyjnych z wymaganiami sprzętu, do którego mają być zastosowane – przy czym pozyskanie takiego zaświadczenia od producenta produktów oryginalnych jest niemożliwe w praktyce, nieproporcjonalne i w istocie służy wyłącznie ograniczeniu możliwości oferowania produktów równoważnych,

III / art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 kc, w zw. z art. 99 ust. 4 i 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i w zw. z art. 454 ust. 2 pzp - poprzez wprowadzenie w projektowanych postanowieniach umownych zapisu nakazującego wykonawcy – wbrew treści ustawy i SWZ – dostawę produktów „oryginalnych", czyli pochodzących od producenta urządzenia, w każdym wypadku powtórnej reklamacji danego typu materiału z uwagi na jego niezgodność z cechami opisanymi w umowie,

IV / art. 16 pkt 1 pzp w zw. w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 58 § 1 kc i art. 483 § 1 kc oraz art. 484 § 1 i 2 kc - poprzez: wprowadzenie do wzoru umowy zapisów:

- wprowadzających nieproporcjonalnie wysokie kary umowne, których wartość ustalona została w oparciu o wartość całej umowy, które to kary należy ocenić jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i przewidujące nieuzasadnioną korzyść dla zamawiającego, oderwaną zupełnie od ponoszonej przez niego szkody, - wprowadzających wobec wykonawcy obowiązek każdorazowego uwzględniania naliczonej przez zamawiającego kary umownej w wystawianej fakturze pod rygorem odmowy zapłaty należności, który to zapis w istocie uniemożliwia wykonawcy możliwości żądania zapłaty za wykonaną dostawę i pozostaje w sprzeczności z istotą stosunku prawnego (sprzedaży), którego dotyczy umowa, a ponadto prowadzi do obowiązkowego „uznania długu", niezależnie od zasadności naliczenia kary umownej.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ poprzez usunięcie kryterium oceny ofert „rodzaj materiałów eksploatacyjnych" oraz nakazanie dokonania czynności w postaci zmiany treści SWZ poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób nie uwzględniający jakiegokolwiek nawiązania do producenta materiału, a ponadto nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ poprzez usunięcie wymogów zawartych w rozdz. XII Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych, ustępie 1., punkty: 4, 6 i 7 – w całości, a także poprzez usunięcie z punktu 2. Rozdziału XII ustępu 1. zapisu o wymogu przeprowadzenia badania materiału równoważnego na wszystkich modelach urządzeń drukujących, z którymi może on współpracować, a ponadto usunięcie z § 6 ust. 2 projektu umowy zapisu, iż: „kary umowne muszą być uwzględnione na fakturach częściowych, o których mowa w § 5 ust. 1. W razie niezastosowania się do powyższego, Zamawiający wstrzyma się z płatnością do czasu otrzymania faktury korygującej.", jak też nakazanie zmiany wysokości kar umownych określonych w § 6 umowy do poziomu pozostającego w adekwatnym stosunku do szkody, jaka może wynikać z nienależytego wykonania lub niewykonania umowy;

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołujących kosztów postępowania, to jest: uiszczonej opłaty od odwołania oraz kosztów obsługi prawnej w związku z wywiedzionym odwołaniem, przy czym koszty te zostaną wykazane najpóźniej na rozprawie;

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści niniejszego pisma na okoliczności tam przytoczone,

4. zażądanie od Zamawiającego przedłożenia norm ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711/24712 – wraz z ich polskimi tłumaczeniami – a następnie przeprowadzenie z nich dowodu dla wykazania, że normy te służyć mogą wyłącznie badaniu wydajności, a nie żadnej innej cechy produktu, zwłaszcza kompatybilności.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. wykonawca JMDATA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (dalej jako: „przystępujący")

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 23 sierpnia 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części co do zarzutów:

1) Pkt II odwołania dotyczącego „naruszenia przepisów prawa tj. art. 99 ust. 1 i 4-6 Pzp w zw. z art. 101 ust. 6 Pzp i art. 105 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art.106 ust. 1-3 Pzp poprzez:

- zażądanie, by raporty z testów wydajności produktów równoważnych przeprowadzone zostały na wszystkich urządzeniach, z jakimi dany produkt może współpracować, co jest sprzeczne z normami ISO/IEC stanowiącymi postawy badań,

- zażądanie przedłożenia certyfikatu zgodności technicznej z oryginalnymi produktami, wydanego przez jednostki posiadające status „notyfikowanej jednostki certyfikującej/ kontrolującej" na mocy ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności w sytuacji, gdy nie powołano żadnej podstawy normatywnej, na podstawie której taki certyfikat mógłby zostać wystawiony, a wedle wiedzy odwołujących nie istnieją normy ani inne źródła dające podstawę do wydania certyfikatu takiej treści,

- zażądanie przedłożenia zaświadczenia wystawionego przez producenta oryginalnych materiałów eksploatacyjnych, iż oferowane przez Wykonawcę materiały równoważne nie naruszają praw patentowych ani innych praw własności intelektualnej producenta oryginalnych materiałów eksploatacyjnych – przy czym pozyskanie takiego zaświadczenia od producenta produktów oryginalnych jest

niemożliwe w praktyce, nieproporcjonalne i w istocie służy wyłącznie ograniczeniu możliwości oferowania produktów równoważnych

- zażądanie przedłożenia zaświadczenia wystawionego przez producenta sprzętu, potwierdzające zgodność techniczną i jakościową oferowanych materiałów eksploatacyjnych z wymaganiami sprzętu, do którego mają być zastosowane – przy czym pozyskanie takiego zaświadczenia od producenta produktów oryginalnych jest niemożliwe w praktyce, nieproporcjonalne i w istocie służy wyłącznie ograniczeniu możliwości oferowania produktów równoważnych";

2) Pkt III odwołania dotyczącego „ naruszenia przepisów prawa tj. art. 8 ust.1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 kc, w zw. z art. 99 ust. 4 i 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i w zw. z art. 454 ust. 2 pzp – poprzez wprowadzenie w projektowanych postanowieniach umownych zapisu nakazującego wykonawcy – wbrew treści ustawy i SWZ – dostawę produktów „oryginalnych", czyli pochodzących od producenta urządzenia, w każdym wypadku powtórnej reklamacji danego typu materiału z uwagi na jego niezgodność z cechami opisanymi w umowie";

3) Pkt IV tiret pierwszy odwołania dotyczącego „naruszenia przepisów prawa tj. art. 16 pkt 1 pzp w zw. w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 58 § 1 kc i art. 483 § 1 kc oraz art. 484 § 1 i 2 kc – poprzez wprowadzenie do umowy zapisów wprowadzających nieproporcjonalnie wysokie kary umowne, których wartość ustalona została w oparciu o wartość całej umowy, które to kary należy ocenić jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i przewidujące nieuzasadnioną korzyść dla zamawiającego, oderwaną zupełnie od ponoszonej przez niego szkody".

W dniu 03 września 2024 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie w całości wniesione w niniejszej sprawie. Izba stwierdziła, że oświadczenie o wycofaniu odwołania zostało złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na skutek cofnięcie odwołania wystąpiła przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego, o której mowa w art. 520 ust. 1 i 2 oraz art. 568 pkt 1) ustawy Pzp. Stosownie do treści art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (art. 520 ust. 2 ustawy Pzp). Odwołujący – jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie Prawa zamówień publicznych - jest 7

dysponentem wniesionego przez siebie odwołania, co przejawia się również w uprawnieniu do jego wycofania. Krajowa Izba Odwoławcza nie bada i nie ocenia przyczyn cofnięcia odwołania. Bada wyłącznie formalną skuteczność złożenia oświadczenia o cofnięciu odwołania. Skuteczne cofnięcie odwołania jest wiążące dla Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto cofnięcie odwołania nie wymaga zgody pozostałych stron i uczestników postępowania.

Tym samym Izba - zgodnie z art. 568 pkt 1 w związku z art. 520 ust.1 ustawy Pzp, postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 3 lit a) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437 ze zm.), nakazując zwrot na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego w wysokości 7 500 zł, 00 gr.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: …….