

Sygn. akt: KIO 3595/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 17 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Protokolantka:

Ewa Sikorska

Aldona Karpińska

na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, w dniu 17 października 2024 roku, w Warszawie, w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2024 roku r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. W., B. S., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Uniwersytet Łódzki w Łodzi

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J. W., B. S. kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczonego wpisu.

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 3595/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Łódzki w Łodzi – działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 – ustawa P.z.p.), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest sukcesywna dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek, kserokopiarek i innych urządzeń biurowych dla jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Łódzkiego.

W dniu 30 września 2024 roku r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J. W., B. S. – wspólnicy spółki cywilnej pod firmą Netprint s.c. J. W., B. S. w Oświęcimiu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego z dnia 25 września 2024 r. polegającym na niezgodnym z prawem określeniu kryteriów oceny ofert, wymogów stawianych zamawiającemu w toku postępowania oraz wadliwym określeniu przedmiotowych środków dowodowych, jak też niezgodnym z prawem zredagowaniu postanowień umownych w zakresie zobowiązań wykonawcy i uprawnień zamawiającego.

Powyższym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucili naruszenie:

I / art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4-6 w zw. z art. 239 ust. 2 i art. 240 ust. 2 w zw. z art. 241 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez: wprowadzenie do kryteriów oceny ofert kryterium o nazwie „Rodzaj materiałów eksploatacyjnych” z wagą 40%, w którym punktuje się materiały eksploatacyjne oryginalne (poprzez określenie ilości punktów za procentowy udział materiałów oryginalnych zaoferowanych w całym zamówieniu), które to kryterium:

- zakłada 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, tj. uniemożliwia uzyskanie lepszego wyniku przez ofertę zawierającą produkty równoważne niż oferta zawierająca wyłącznie oryginały (art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p.),
- jedynie pozornie umożliwia oferowanie produktów równoważnych (art. 99 ust. 4-6 a contrario ustawy P.z.p.),
- 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 ustawy P.z.p.),
- dotyczy właściwości wykonawcy (art. 241 ust. 3 ustawy P.z.p.);

II / art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 58 § 1 K.c., w zw. z art. 99 ust. 4 i 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i w zw. z art. 454 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie w SWZ i w projektowanych postanowieniach umownych zapisów sprzecznych z prawem i nieproporcjonalnych, tj.:

- nakazującego wykonawcy dostawę produktów „oryginalnych”, czyli pochodzących od producenta urządzenia, w każdym wypadku stwierdzenia niezgodności danego egzemplarza zamiennika z cechami opisanymi w umowie i SWZ,
- uprawiających zamawiającego do odstąpienia od umowy w wypadku „powtarzających się” dostaw wadliwego towaru oraz „powtarzających się” uszkodzeń sprzętu drukującego, mimo wprowadzenia do umowy reguł rękojmi oraz odpowiedzialności odszkodowawczej za uszkodzony sprzęt, a także kar umownych, co w istocie stanowi podwójne karanie wykonawcy za to samo zdarzenie, nie mające dodatkowo charakteru zawinionego działania wykonawcy,
- uprawniających zamawiającego do żądania zwrotu kosztów naprawy sprzętu oraz kosztów ekspertyzy, mimo istnienia po stronie wykonawcy obowiązku dokonania we własnym zakresie naprawy sprzętu w autoryzowanym serwisie oraz uprawnienia zamawiającego do zastępczego wykonania naprawy na koszt wykonawcy, co w istocie daje możliwość nieproporcjonalnego obciążania wykonawcy kosztami, nieuzasadnionym interesem zamawiającego,

III / art. 99 ust. 1 i 4-6 w zw. z art. 101 ust. 6 i art. 105 ust. 1 oraz w zw. z art. 106 ust. 1 - 3 ustawy P.z.p. 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,
- raporty te były wystawione przez niezależny podmiot uprawniony do kontroli jakości, choć badanie wydajności dokonywane jest nie w oparciu o akredytację PCA o kodzie AC, czyli nie przez podmiot uprawniony do kontroli jakości, ale przez laboratoria badawcze, posiadające akredytację o kodzie AB, a same normy ISO/IEC powołane w SWZ nie mogą służyć do oceny kompatybilności lub jakości,
- zażądanie, aby w raporcie z badań wydajności wystawionym przez uprawniony akredytowany podmiot znalazły się szczegółowo zażądane przez zamawiającego informacje,

choć to, jakie informacje znajdować się powinny w raporcie wynika z treści przepisów prawa, a zwłaszcza norm odniesienia, które określają zasady i warunki badania, i to podmiot wykonujący te badania samodzielnie określa treść raportu, a wykonawca nie ma i nie może mieć na to wpływu (nie może zażądać, by laboratorium zawarło w raporcie określone informacje),

- zażądanie aby: „oznaczyć załączone do oferty zaświadczenia, raporty, certyfikaty lub oświadczenia, czy też karty katalogowe, karty produktów albo informacje techniczne, numerem pozycji arkusza cenowego, której dotyczą; ponadto wykonawca zobowiązany jest wskazać, np. oznaczyć kolorem w treści danego dokumentu, wszystkie istotne parametry oferowanego produktu, dowodzące jego równoważności w stosunku do produktów wymaganych przez zamawiającego i wskazanych w kolumnie nr 3 Arkusza cenowego (Załącznik 1 do SWZ)”, który to wymóg prowadzi w istocie do zastąpienia zamawiającego przez wykonawcę w ocenie przedmiotowych środków dowodowych i badaniu ofert, a ponadto jest zapisem nieprecyzyjnym i wieloznacznym, gdyż wykonawca nie może wiedzieć, jakie informacje/parametry są dla zamawiającego istotne,
- zażądanie, aby testy wydajności były przeprowadzone z użyciem aktualnych na dzień otwarcia postępowania sterowników, co jest wymogiem nierealnym do spełnienia, a także niezajdującym w wymogach norm odniesienia, w oparciu o które badania te mają być wykonane,

IV / art. 99 ust. 1 i 4-6 w zw. z art. 101 ust. 6 i art. 105 ust. 1 oraz w zw. z art. 106 ust.

1 - 3 ustawy P.z.p. poprzez zażądanie dla oryginalnych produktów „Oświadczenia wykonawcy potwierdzającego, że przedmiot zamówienia posiada oznakowanie zgodności, zgodnie z ustawą o systemie oceny zgodności z dnia 30.08.2002 r. (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 215) – wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1a do SWZ, choć wykonawca nie ma żadnego wpływu na to, jakie informacje na produkcie umieszcza producent materiałów oryginalnych, a równocześnie to zamawiający wskazał w formularzu cenowym, jakie produkty oryginalne są dla niego referencyjne, zatem to on powinien sam wiedzieć, jak dany produkt oryginalny oznacza preferowany przez niego producent, zaś brak samego oznaczenia produktu nie ma żadnego związku z cechami materiału eksploatacyjnego takimi jak wydajność, jakość czy kompatybilność, a wszystkie te cechy gwarantuje producent określając dany produkt jako rekomendowany do współpracy z urządzeniem drukującym.

V / art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1-6 w zw. z art. 433 pkt 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 58 § 1 K.c. poprzez: wprowadzenie do § 13 ust. 1 wzoru umowy zapisu: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości 10% wartości netto umowy z tytułu odstąpienia od umowy, niewykonania lub nienależytego wykonania postanowień

zawartych w umowie.”, który to zapis jest nieproporcjonalny, niejednoznaczny i jednostronnie uprzywilejowuje zamawiającego, a w szczególności: daje możliwość żądania kary umownej na poziomie 10% wartości netto umowy zarówno za odstąpienie od umowy (wobec braku sprecyzowania – odstąpienie przez którąkolwiek ze stron), a równocześnie za jej nienależyte wykonywanie, przy czym w braku sprecyzowania, do jakich wypadków nienależytego wykonywania umowy zapis ten ma zastosowanie, może literalnie odnosić się do każdego, nawet skrajnie błędnego wypadku nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, co grozi stosowaniem nieuczciwych praktyk, zwłaszcza w połączeniu z możliwością potrącania kar umownych z należnego wykonawcy wynagrodzenia.

W powołaniu na powyższy zarzut odwołujący wnieśli o:

I / uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu zmiany treści SWZ poprzez usunięcie kryterium oceny ofert nr 2 „Rodzaj materiałów eksploatacyjnych” i oraz nakazanie dokonania czynności w postaci zmiany treści SWZ poprzez:

- usunięcie z punktu 4.13.5 SWZ: w zdaniu drugim: „Wykonawca, na żądanie Zamawiającego powinien materiał, którego żądanie dotyczy, bezpłatnie wymienić na materiał oryginalny producenta sprzętu w ciągu 3 dni roboczych.” słów: „na materiał oryginalny producenta sprzętu” oraz całego zdania trzeciego o treści: „W przypadku regularnie powtarzających się dostaw wadliwych materiałów eksploatacyjnych tego samego rodzaju, Zamawiający ma prawo zerwać umowę z winy wykonawcy i obciążyć go karami zgodnie z zapisami umowy w tym zakresie”;
- usunięcie z punktu 4.13.7 SWZ całego zdania trzeciego o treści: „Jeśli uszkodzenia sprzętu z winy materiału eksploatacyjnego będą się powtarzały, Zamawiający ma prawo zerwać umowę z winy wykonawcy i obciążyć go karami zgodnie z zapisami w umowie odnośnie wysokości kar”;
- usunięcie całego punktu 4.13.8 SWZ o treści: „W przypadku uszkodzenia, którego przyczyną było używania dostarczonych przez Wykonawcę materiałów zobowiązuje się on zwrócić Zamawiającemu poniesione przez niego koszty związane z naprawą urządzenia i sporządzeniem ekspertyzy dotyczącej przyczyn uszkodzenia. Ekspertyza lub naprawa zostanie przeprowadzona przez serwis zewnętrzny”;
- usunięcie całego punktu 5.1 SWZ (w zakresie żądania przedmiotowego środka dowodowego dla materiałów oryginalnych) o treści: „W przypadku oferowania materiałów oryginalnych Oświadczenie wykonawcy potwierdzające, że przedmiot zamówienia posiada oznakowanie zgodności, zgodnie z ustawą o systemie oceny zgodności z dnia 30.08.2002 r. (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 215) – wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1a do SWZ.”
- zmianę punktu 5.2.2 SWZ o treści: „zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli Zamawiający odwołują się do systemów zapewnienia jakości opartych na odpowiednich normach europejskich – certyfikat potwierdzający, że producent oferowanych produktów równoważnych posiada system zarządzania jakością zgodny z normą ISO 9001 w zakresie projektowania, testowania, produkcji i dystrybucji komputerowych i biurowych materiałów eksploatacyjnych.

Wykonawca może zamiast zaświadczenia, o którym mowa wyżej, złożyć równoważne zaświadczenia wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego bądź inne dokumenty potwierdzające odpowiednio stosowanie przez wykonawców równoważnych środków zapewnienia jakości.” poprzez: wykreślenie ze zdania pierwszego słów: „zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli Zamawiający odwołują się do systemów zapewnienia jakości opartych na odpowiednich normach europejskich –”, (a pozostawienie słów: certyfikat potwierdzający, że producent oferowanych produktów równoważnych posiada system zarządzania jakością zgodny z normą ISO 9001 w zakresie projektowania, testowania, produkcji i dystrybucji komputerowych i biurowych materiałów eksploatacyjnych), a w dalszej części tego punktu zmianę jego treści na następującą: Wykonawca może zamiast certyfikatu, o którym mowa wyżej, złożyć równoważny certyfikat wystawiony przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego bądź inne dokumenty potwierdzające odpowiednio stosowanie przez wykonawców równoważnych środków zapewnienia jakości;

- zmianę punktu 5.2.3. SWZ poprzez nadanie mu następującej treści:

„Przedstawienia raportów z testów wydajności wg normy:

- ISO 19752 dla tonerów do urządzeń monochromatycznych wprowadzonych na rynek od lipca 2004 r.
- ISO 19798 dla tonerów do urządzeń kolorowych wprowadzonych na rynek od stycznia 2007 r.,
- ISO 24711, 24712 dla wkładów atramentowych do urządzeń atramentowych

wprowadzonych na rynek od stycznia 2007 r.

Raporty muszą być wykonane przez niezależne laboratorium badawcze, posiadające stosowną akredytację w zakresie badania produktów objętych przedmiotem zamówienia.;

- usunięcie z punktu 5.2.4 następującego zapisu (w całości): „Uwaga: Wykonawca zobowiązany jest oznaczyć załączone do oferty zaświadczenia, raporty, certyfikaty lub oświadczenia, czy też karty katalogowe, karty produktów albo informacje techniczne, numerem pozycji arkusza cenowego, której dotyczą; ponadto Wykonawca

zobowiązany jest wskazać, np. oznaczyć kolorem w treści danego dokumentu, wszystkie istotne parametry oferowanego produktu, dowodzące jego równoważności w stosunku do produktów wymaganych przez Zamawiającego i wskazanych w kolumnie nr 3 Arkusza cenowego (Załącznik 1 do SWZ).”;

- zmianę treści projektu umowy (załącznik do SWZ) w następujący sposób:
- w § 8 ust. 3 – usunięcie in fine następujących słów: „datę upływu ważności produktu”,
- w § 8 ust. 5 zmianę treści tego zapisu poprzez wykreślenie słów: w zdaniu pierwszym: „na materiał oryginalny producenta sprzętu”, a także całego zdania drugiego: „W przypadku regularnie powtarzających się dostaw wadliwych materiałów eksploatacyjnych tego samego rodzaju, Zamawiający ma prawo zerwać umowę z winy Wykonawcy i obciążyć go karami zgodnie z zapisami § 13 umowy.”,
- w § 8 ust. 7 usunięcie całego zdania trzeciego o treści: „Jeśli uszkodzenia sprzętu z winy materiału eksploatacyjnego będą się powtarzały, Zamawiający ma prawo zerwać umowę z winy Wykonawcy i obciążyć go karami zgodnie z zapisami § 13 umowy.”,
- usunięcie w całości zapisów § 8 ust. 8 i 9,
- zmianę § 13 ust. 1 poprzez precyzyjne i enumeratywne wymienienie przyczyn uzasadniających obciążenie wykonawcy karą umowną oraz dostosowanie wysokości kary do charakteru naruszenia i realnej szkody grożącej zamawiającego z jego tytułu.

II / 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.

III / dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści pisma na okoliczności tam przytoczone.

IV / 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.

Na posiedzeniu niejawnym Krajowej Izby Odwoławczej z udziałem stron w dniu 17 października 2024 roku odwołujący cofnął odwołanie w części, tj. w odniesieniu do następujących zarzutów:

W zakresie zarzutu nr II, to jest naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 58 § 1 K.c., w zw. z art. 99 ust. 4 i 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i w zw. z art. 454 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie w SWZ i w projektowanych postanowieniach umownych zapisów sprzecznych z prawem i nieproporcjonalnych, tj.

- uprawiających zamawiającego do odstąpienia od umowy w wypadku „powtarzających się” dostaw wadliwego towaru oraz „powtarzających się” uszkodzeń sprzętu drukującego, mimo wprowadzenia do umowy reguł rękojmi oraz odpowiedzialności odszkodowawczej za uszkodzony sprzęt, a także kar umownych, co w istocie stanowi podwójne karanie wykonawcy za to samo zdarzenie, nie mające dodatkowo charakteru zawnionego działania wykonawcy,
- uprawniających zamawiającego do żądania zwrotu kosztów naprawy sprzętu oraz kosztów ekspertyzy, mimo istnienia po stronie wykonawcy obowiązku dokonania we własnym zakresie naprawy sprzętu w autoryzowanym serwisie oraz uprawnienia zamawiającego do zastępczego wykonania naprawy na koszt wykonawcy, co w istocie daje możliwość nieproporcjonalnego obciążania wykonawcy kosztami, nieuzasadnionym interesem zamawiającego;

W zakresie zarzutu nr III, to jest naruszenia art. 99 ust. 1 i 4-6 w zw. z art. 101 ust. 6 i art. 105 ust. 1 oraz w zw. z art. 106 ust. 1 - 3 ustawy P.z.p. 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 aby: „oznaczyć załączone do oferty zaświadczenia, raporty, certyfikaty lub oświadczenia, czy też karty katalogowe, karty produktów albo informacje techniczne, numerem pozycji arkusza cenowego, której dotyczy; ponadto Wykonawca zobowiązany jest wskazać, np. oznaczyć kolorem w treści danego dokumentu, wszystkie istotne parametry oferowanego produktu, dowodzące jego równoważności w stosunku do produktów wymaganych przez zamawiającego i wskazanych w kolumnie nr 3 Arkusza cenowego (Załącznik 1 do SWZ)”, który to wymóg prowadzi w istocie do zastąpienia zamawiającego przez wykonawcę w ocenie przedmiotowych środków dowodowych i badaniu ofert, a ponadto jest zapisem nieprecyzyjnym i wieloznacznym, gdyż wykonawca nie może wiedzieć, jakie informacje/parametry są dla zamawiającego istotne.

W pozostałym zakresie odwołujący podtrzymał odwołanie.

Zamawiający oświadczył, że w związku z cofnięciem odwołania w części, uwzględnia zarzuty odwołania w pozostałym zakresie, tj. w zakresie podtrzymanym przez odwołującego.

Do postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone żadne przystąpienia.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy P.z.p., w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Wobec powyższego, postanowiono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu

– w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca