

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 12 lipca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2024 r. przez wykonawcę NETPRINT S.C. J.W., B.S. w Oświęcimiu w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Mazowiecki Oddział Regionalny w Warszawie,

### postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty pomiędzy stronami i nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców J.W. i B.S. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą NETPRINT S.C. J.W., B.S. w Oświęcimiu, uiszczoną tytułem 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 2337/24

### Uzasadnienie

Zamawiający, Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Mazowiecki Oddział Regionalny w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Sukcesywne dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych dla Mazowieckiego Oddziału Regionalnego ARMiR. Wewnętrzny identyfikator: BOR07.2619.2.2024.RK. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 maja 2024 r., pod nr: 2024/BZP 00343620. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 3 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców J.W. i B.S. prowadzących wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą NETPRINT S.C. J.W., B.S. w Oświęcimiu od czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołujący i wyborze oferty najkorzystniejszej – w ramach części I postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”) w zw. z art. 99 ust. 1-2 oraz 4-6 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez: przyjęcie, że treść oferty Odwołujących jest niezgodna z warunkami zamówienia i odrzucenie tej oferty, a to wobec dostarczenia przez Odwołujących do testów próbek w postaci 2 sztuk tonerów dla urządzeń LEXMARK MX 722 i LEXMARK MX 711 oraz HP LJ Ent M725, które rzekomo miały nie spełniać warunków określonych przez Zamawiającego (nie posiadały naklejek w postaci hologramu na opakowaniu i indywidualnego dla każdej sztuki numeru), a tymczasem kwestia oceny sposobu opakowania próbek czy sposobu ich oznaczenia nie ma znaczenia dla oceny merytorycznej treści oferty Odwołujących, zwłaszcza w kontekście definicji produktu równoważnego przyjętej przez Zamawiającego, a ponadto żądanie próbki w określony sposób opakowanej i oznaczonej w istocie prowadzi do ograniczenia konkurencji poprzez ograniczenie możliwości oferowania tylko produktu konkretnego producenta (zamienników), który akurat stosuje jako plomby hologramy i atypowe oznaczenia kodowe swoich produktów, co w oczywisty sposób zaburza uczciwą konkurencję, jest nieproporcjonalne i wskazuje na nieprzejrzyste działania zamawiającego.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu – w zakresie części I postępowania:

- 1) uchylecia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a także czynności odrzucenia oferty Odwołujących,
- 2) ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołujących.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie na rzecz Odwołujących kosztów postępowania odwoławczego.

Jak uzasadnił w odwołaniu, odrzucając ofertę Odwołujących Zamawiający nie podważył żadnego „merytorycznego” elementu oferty Odwołujących, a jedynie uznał za niezgodność z wymaganiami SWZ fakt, że dostarczone próbki na pudełkach nie miały naklejki w postaci hologramu ani oznaczenia w postaci indywidualnego numeru dla danego egzemplarza.

Pismem z dnia 8 lipca 2024 r., w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający poinformował Izbę, iż uwzględnił odwołanie w całości i uchylił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty Odwołujących oraz dokonał ponownej

oceny ofert w postępowaniu. Na podstawie art. 522 ust. 1 PZP wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym.

Izba z urzędu stwierdziła, że na stronie internetowej prowadzonego postępowania dnia 4 lipca 2024 r. Zamawiający umieścił informację o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Do postępowania odwoławczego nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości.

W związku z dokonanymi czynnościami Zamawiającego po wniesieniu odwołania, polegającymi na unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołujących oraz przystąpieniu do powtórzenia czynności badania i oceny ofert – postępowanie podlega umorzeniu w całości.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 PZP, Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Jednocześnie wskazuje się, że hipotezą ww. przepisu objęte są sytuacje utraty tzw. substratu zaskarżenia, tj. unieważnienia czynności, które były przedmiotem zaskarżenia. W tej sytuacji, spór staje się bowiem bezprzedmiotowy. W niniejszej sprawie, substratem zaskarżenia, na moment wniesienia odwołania była czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty Odwołujących. Niemniej, na moment orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, czynności te zostały usunięte, skoro Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty Odwołujących. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw do analizy zaskarżonych a usuniętych następnie czynności Zamawiającego lub ich skutków i do ewentualnego stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego. Nie może być zatem podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego stało się zbędne.

Izba uznała, iż wbrew treści odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie – nie zachodzi przesłanka do umorzenia postępowania z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów odwołania w części lub w całości (art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 PZP). Skoro Zamawiający najpierw dokonał czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności oceny i badania ofert, a dopiero po tym poinformował o tym Izbę wskazując, że uwzględnia odwołanie w części – to tym samym informacja o uwzględnieniu nie mogła przesądzić o sposobie dalszego procedowania. W tym kontekście, przesłankę umorzenia postępowania, o której mowa w art. 568 pkt 2 PZP należy uznać za przesłankę nadrzędną w stosunku do przesłanki z art. 568 pkt 3 PZP.

Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już czynności, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionowali Odwołujący. Innymi słowy, w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat zaskarżenia, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołujących.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437). W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości ze względu na stwierdzenie, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne, koszty znosi się wzajemnie, a jeżeli doszło do tego przed otwarciem rozprawy, to Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodnicząca: .....