**Sygn. akt: KIO 2241/24**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 22 lipca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 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 Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Oddział Regionalny w Warszawie przy ul. Mińskiej 25 (03-808 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 2241/24**

**Uzasadnienie**

Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Oddział Regionalny w Warszawie (zwana dalej: „zamawiającym") prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa materiałów eksploatacyjnych" - nr postępowania: 1400-OP.261.4.2024. (zwane dalej: „postępowaniem").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2024/BZP 00376439 z dnia 20 czerwca 2024 r.

Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (zwanej dalej: „Pzp").

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 25 czerwca 2024 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. 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 poprzez: wprowadzenie do kryteriów oceny ofert kryterium o nazwie „Jakość" z wagą 60%, w którym punktuje się materiały eksploatacyjne oryginalne (poprzez określenie proporcji zaoferowanych produktów oryginalnych do ogólnej liczny zamawianych przez zamawiającego produktów), 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, tj. uniemożliwia uzyskanie lepszego wyniku przez ofertę zawierającą produkty równoważne niż oferta zawierająca wyłącznie oryginały (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);
2. art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1-6 Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 58 § 1 kc poprzez: wprowadzenie do Rozdziału II - wzoru umowy zapisów:
   - § 1 ust. 2 i § 2 ust. 8, w którym nałożono na wykonawcę obowiązek „*bezpłatnego odbioru wszystkich*

*zakupionych pojemników po zużytych materiałach eksploatacyjnych wraz z ich utylizacją i przekazaniem karty odpadów w terminie do 31 grudnia 2025 roku"*, co jako odrębny przedmiot zamówienia powinno być opisane w SWZ odpowiednim kodem CPV (90500000-2 - usługi związane z odpadami, 90511000-2 - usługi wywozu odpadów, 90512000-9 - usługi transportu odpadów), a czego w SWZ brak, a ponadto jako odrębna usługa powinno zostać dookreślone w SWZ w zakresie wymogów podmiotowych, przedmiotowych i w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz co nie może być usługą bezpłatną,

- § 4 ust. 1 lit. a-e, w którym zawarto następujące zapisy przewidujące kary umowne dla wykonawcy:

a) odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia wskutek okoliczności zależnych od Wykonawcy w wysokości 10% wartości brutto wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy – która to kara jest nieproporcjonalnie wysoka, ale także daje możliwość naliczenia kary umownej za odstąpienie od umowy za okoliczności niezwiązane z przedmiotem umowy ani jej prawidłowym wykonywaniem (np. ogłoszenie upadłości lub likwidacji wykonawcy, które zgodnie z § 5 ust. 1 lit. a i b daje prawo do odstąpienia od umowy),

b) zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wartości brutto wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy, za każdy dzień zwłoki – która to kara jest nieproporcjonalnie wysoka, ale także daje możliwość naliczenia kary umownej za niezrealizowanie obowiązku obioru zużytych tonerów (odpadów) i ich utylizację, choć obowiązek ten nie został przewidziany w opisie przedmiotu zamówienia i części ogólnej SWZ,

c) zwłoki w usunięciu wad przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wartości brutto wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy, za każdy dzień zwłoki, licząc od następnego dnia po upływie terminu określonego przez Strony w celu usunięcia wad – która to kara jest rażąco nieproporcjonalna,

d) trzeciej i każdej następnej wymiany, o której mowa w § 2 ust. 7 w wysokości równowartości kwoty wymienianego asortymentu zgodnie z załącznikiem wymienionym w § 1 ust 3 – która to kara jest przewidziana za zachowanie, za które w istocie wykonawca nie ponosi winy (wykonawca nie jest w stanie weryfikować wad produktu dostarczanego zamawiającemu, choćby dlatego, że ma dostarczać go w nienaruszonych, fabrycznych opakowaniach),

e) naruszenia obowiązku, o którym mowa w § 2 ust. 8 w wysokości 5% wartości wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust.1 umowy - która to kara przewidziana jest za niewykonanie obowiązku nieujętego w opisie przedmiotu zamówienia, a zatem niedopuszczalnego.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu zmiany treści SWZ poprzez usunięcie kryterium oceny ofert nr 2 „Jakość" i 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 w części przewidującej projekt umowy poprzez usunięcie w całości zapisów § 1 ust. 2, § 2 ust. 8 i § 4 (w całości, który – po usunięciu jego ust. 1 traci jakikolwiek sens).
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 odwołania na okoliczności tam przytoczone.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

W dniu 15 lipca 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w części zarzuty odwołania tj.

a) zarzutu, o którym mowa w pkt I odwołania:

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 poprzez: wprowadzenie do kryteriów oceny ofert kryterium o nazwie „Jakość" z wagą 60%, w którym punktuje się materiały eksploatacyjne oryginalne (poprzez określenie proporcji zaoferowanych produktów oryginalnych do ogólnej liczny zamawianych przez zamawiającego produktów), 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, tj. uniemożliwia uzyskanie lepszego wyniku przez ofertę zawierającą produkty równoważne niż oferta zawierająca wyłącznie oryginały (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);

*b)* części zarzutu, o którym mowa w pkt II odwołania art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1-6 Pzp w zw. z art. 433 pkt 2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 58 § 1 kc poprzez: wprowadzenie do Rozdziału II - wzoru umowy zapisów:

- § 1 ust. 2 i § 2 ust. 8, w którym nałożono na wykonawcę obowiązek „*bezpłatnego odbioru wszystkich zakupionych pojemników po zużytych materiałach eksploatacyjnych wraz z ich utylizacją i przekazaniem karty odpadów w terminie do 31 grudnia 2025 roku"*,

co jako odrębny przedmiot zamówienia powinno być opisane w SWZ odpowiednim kodem CPV (90500000-2 - usługi związane z odpadami, 90511000-2 - usługi wywozu odpadów, 90512000-9 - usługi transportu odpadów), a czego w SWZ brak, a ponadto jako odrębna usługa powinno zostać dookreślone w SWZ w zakresie wymogów podmiotowych, przedmiotowych i w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz co nie może być usługą bezpłatną;

W dniu 19 lipca 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.

***Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza 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 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.

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: ……..….

.