Sygn. akt: KIO 1606/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 28 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Paprocka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 28 maja 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2024 r. przez wykonawców J.W. i B.S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Netprint s.c. J.W., B.S. w Oświęcimiu

w postępowaniu prowadzonym przez 1. Bazę Lotnictwa Transportowego w Warszawie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz J.W. i B.S. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Netprint s.c. J.W., B.S. w Oświęcimiu, kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% wartości kwoty uiszczonej tytułem 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 1606/24

Uzasadnienie

Zamawiający, 1. Baza Lotnictwa Transportowego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę fabrycznie nowych materiałów eksploatacyjnych do sprzętu łączności i informatyki: tonerów, bębnów, pojemników na zużyty toner, nośników danych i środków czyszczących oraz papieru, nr sprawy: 6/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 kwietnia 2024 r., pod nr: 2024/BZP 00299225/01. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 6 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie J.W. i B.S., wspólników spółki cywilnej pod firmą NETPRINT s.c. J.W. B.S. z siedzibą w Oświęcimiu od czynności Zamawiającego polegającej na niewykonaniu żądań zawartych w odwołaniu, pomimo jego uwzględnienia w całości, i wadliwym ukształtowaniu załącznika do SWZ – Opisu przedmiotu zamówienia oraz przedmiotowych środków dowodowych, w zakresie części 1-4 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 522 ust. 1 zd. 2 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 i 6 PZP w zw. z art. 101 ust. 6 PZP i art. 105 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 106 ust. 1 i 3 PZP – poprzez niewykonanie przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wystosowanym do KIO, mimo jego uwzględnienia w całości i brak należytego, bo sprzecznego z przepisami i wprowadzającego wykonawców w błąd, określenia opisu przedmiotu zamówienia i przedmiotowych środków dowodowych mających służyć dokonaniu oceny ofert pod kątem spełnienia przez nie wymogów przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia, co prowadzi do zaburzenia uczciwej konkurencji oraz nie pozwala na rzeczywistą weryfikację równoważności zaoferowanych produktów (innych niż referencyjne), a mianowicie brak zawarcia w odniesieniu do raportów z badań wydajności wykonanych zgodnie z normami: ISO/IEC 19798, ISO/IEC 19752, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712 jednoznacznego i spójnego wymogu, raporty te zostały sporządzone przez niezależny od producenta, dystrybutora i wykonawcy podmiot uprawniony do prowadzenia badań i posiadający certyfikat uzyskania akredytacji do badań wyrobów zgodnie z ISO 17025 (ISO/IEC 17025) (posiadający stosowną akredytację i uprawnienia Polskiego Centrum Akredytacji z siedzibą w Warszawie lub krajowej organizacji akredytacyjnej dla danego kraju UE), a także by badania te były wykonane w oparciu o aktualną wersję danej normy ISO/IEC.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ i załącznika do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia poprzez dodanie jednoznacznego postanowienia o obowiązku wykazania przez wykonawcę spełnienia przez oferowane przez niego produkty równoważne kryteriów równoważności w postaci przedłożenia wraz z ofertą – prócz innych wymaganych dokumentów – także raportów z badań dla każdego z zaoferowanych produktów równoważnych wykonanych zgodnie z aktualnymi wersjami norm: ISO/IEC 19798, ISO/IEC 19752, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712 wydanych przez niezależny od producenta, dystrybutora i wykonawcy podmiot uprawniony do prowadzenia badań i posiadający certyfikat uzyskania akredytacji do badań wyrobów

zgodnie z normą ISO 17025 (ISO/IEC 17025) (posiadający stosowną akredytację i uprawnienia Polskiego Centrum Akredytacji z siedzibą w Warszawie lub krajowej organizacji akredytacyjnej dla danego kraju UE).

Jak uzasadnił w odwołaniu, Zamawiający pismem z dnia 30 kwietnia 2024 r. uwzględnił w całości odwołanie Odwołującego wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 26 kwietnia 2024 r. wobec treści SWZ i załącznika do SWZ – Opisu przedmiotu zamówienia, w ramach którego Odwołujący żądał usunięcia kryterium oceny ofert związanego z pochodzeniem oferowanych produktów (premiowanie produktów oryginalnych) oraz poprawy SWZ poprzez dodanie wymogu dotyczącego wykazania równoważności oferowanych produktów zamiennych w postaci obowiązku przedłożenia certyfikatu dla każdego oferowanego produktu równoważnego wystawionego przez niezależny podmiot posiadający akredytację Polskiego Centrum Akredytacji (lub jednostki równoważnej) w zakresie certyfikacji wyrobów, wydanego w oparciu o normę ISO/IEC 17065. Wbrew powyższemu, Zamawiający nie dokonał zdaniem Odwołującego należytej zmiany SWZ i załącznika do SWZ – opisu przedmiotu zamówienia. W wypadku oferowania produktów równoważnych, Zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia (dalej jako: „OPZ") – żądał przedłożenia: opisu oferowanych materiałów eksploatacyjnych zamiennych (równoważnych), jeżeli wykonawca zaproponował inny niż opisany znakiem towarowym lub nazwą producenta materiał eksploatacyjny określony w formularzu cenowym oraz raportów z testów wydajności ISO wystawionych przez producenta materiału eksploatacyjnego oraz wystawionej przez niego deklaracji, zgodności z zasadniczymi wymaganiami jakimi są normy ISO/IEC 19798, ISO/IEC 19752, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712. Z kolei, w treści SWZ – rozdz. 10 Informacja przedmiotowych środkach dowodowych – żądane dowody ograniczył wyłącznie do: raportów z testów wydajności przeprowadzonych zgodnie z normami ISO/ICE przez podmiot, który musi być podmiotem niezależnym od producenta dystrybutora i wykonawcy tj.: ISO/IEC 19752 - norma dla tonerów monochromatycznych urządzeń laserowych, ISO/IEC 19798 - norma dla tonerów do kolorowych urządzeń laserowych, ISO/IEC 24711 – norma dla kaset z tuszem drukarek atramentowych, ISO/IEC 24712 – norma dla kartridży tonerowych dla urządzeń wielofunkcyjnych. Jak wskazał Odwołujący, po zmianach z dnia 30 kwietnia 2024 r.:

1. SWZ brzmi następująco: „Dla zadania nr 1, 2, 3 – w przypadku zaoferowania artykułów równoważnych Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć następujące dokumenty w celu potwierdzenia, że oferowane równoważne materiały eksploatacyjne odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego (…)," m.in.:
   - „raporty z testów wydajności ISO wystawione przez podmiot niezależny od producenta, dystrybutora i wykonawcy materiału eksploatacyjnego oraz wystawioną przez niego deklarację zgodności z zasadniczymi wymaganiami jakimi są normy ISO/IEC 19798, ISO/IEC 19752, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712
   - certyfikat potwierdzający zgodność produktu równoważnego z normami ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych drukarek laserowych, ISO/IEC 19798 dla tonerów do kolorowych drukarek laserowych, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712 dla wkładów atramentowych, wystawionego przez niezależny od producenta wykonawcy i importera materiałów równoważnych podmiot uprawniony do oceny zgodności i posiadający certyfikat uzyskania akredytacji do certyfikacji wyrobów zgodnie ISO 17065 (ISO/IEC 17065) – która to akredytacja winna zostać udzielona przez Polskie Centrum Akredytacji albo inną jednostkę oceniającą zgodność, wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30)".
2. Z kolei, załącznik do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, brzmi: „Dla zadania nr 1, 2, 3 – w przypadku zaoferowania artykułów równoważnych Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć następujące dokumenty w celu potwierdzenia, że oferowane równoważne materiały eksploatacyjne odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego:
   - opis oferowanych materiałów eksploatacyjnych zamiennych (równoważnych), jeżeli wykonawca zaproponował inny niż opisany znakiem towarowym lub nazwą producenta materiał eksploatacyjny określony w formularzu cenowym,
   - certyfikat potwierdzający zgodność produktu równoważnego z normami ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych drukarek laserowych, ISO/IEC 19798 dla tonerów do kolorowych drukarek laserowych, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712 dla wkładów atramentowych, wystawiony przez niezależny od producenta wykonawcy i importera materiałów równoważnych podmiot uprawniony do oceny zgodności i posiadający certyfikat uzyskania akredytacji do certyfikacji wyrobów zgodnie ISO 17065 (ISO/IEC 17065) – która to akredytacja winna zostać udzielona przez Polskie Centrum Akredytacji albo inną jednostkę oceniającą zgodność, wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca

2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30).

Jak podkreślił Odwołujący, aktualnie wymogi związane ze sposobem wykazania równoważności produktów zamiennych zostały inaczej określone w SWZ w zakresie wymogów dotyczących przedmiotowych środków dowodowych, a inaczej w opisie przedmiotu zamówienia. W SWZ wymaga się raportu z testów, zaś w OPZ nie. W swoim pierwszym odwołaniu do KIO odwołujący podkreślali, iż zachowanie wymogu przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci raportów z badań materiałów eksploatacyjnych jest właściwe i zgodne z prawem. Odwołujący nie kwestionowali więc zasadności wprowadzenia wymogu przedłożenia raportów z badań produktów równoważnych. Tymczasem, jak wskazano w uzasadnieniu odwołania, Zamawiający – wbrew deklaracji, że uwzględnia odwołanie w całości, zmienił wymagania zawarte w OPZ usuwając wymóg przedłożenia tych raportów. Nadto, sama redakcja wymagania dotyczącego przedłożenia raportów z testów może, zdaniem Odwołującego, budzić wątpliwości interpretacyjne. „O ile bowiem Zamawiający wskazał, że mają być to raporty z testów wykonane przez niezależny od producenta, wykonawcy i importera podmiot, to nie wskazał, czy zgodnie z art. 105 ust. 1 Pzp ma to być podmiot akredytowany przez PCA i posiadający certyfikat akredytacji w zakresie badania produktów dla laboratoriów badawczych (ISO/IEC 17025). Nie wskazał też, czy owe raporty powinny być wykonane w oparciu o najnowszą wersję norm ISO/IEC 19798, ISO/IEC 19752, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712. Zamawiający powinien więc dokonać spójnej zmiany, tak rozdziału SWZ poświęconego przedmiotowym środkom dowodowym, jak i załącznika do SWZ – opis przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie w obu dokumentach jednoznacznego i spójnego obowiązku przedłożenia przez wykonawców dla każdego z oferowanych produktów równoważnych wraz z ofertą – prócz innych wymaganych dotychczas dokumentów – także raportów z badań dla każdego z zaoferowanych produktów równoważnych wykonanych zgodnie z aktualnymi wersjami norm: ISO/IEC 19798, ISO/IEC 19752, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712 wydanych przez niezależny od producenta dystrybutora i wykonawcy podmiot uprawniony do wykonywania badań i posiadający certyfikat uzyskania akredytacji dla laboratoriów badawczych w zakresie badań wyrobów zgodnie z normą ISO 17025 (ISO/IEC 17025) (posiadający stosowną akredytację i uprawnienia Polskiego Centrum Akredytacji z siedzibą w Warszawie lub krajowej organizacji akredytacyjnej dla danego kraju UE).”

W odpowiedzi z dnia 20 maja 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu obejmującego niewykonanie przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 26 kwietnia 2024 r., mimo jego uwzględnienia w całości oraz uznanie za spóźniony zarzutu braku należytego określenia opisu przedmiotu zamówienia i przedmiotowych środków dowodowych mających służyć dokonaniu oceny ofert pod kątem spełnienia przez nie wymogów przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia, co prowadzi do zaburzenia uczciwej konkurencji oraz nie pozwala na rzeczywistą weryfikację równoważności zaoferowanych produktów (innych niż referencyjne), a mianowicie brak zawarcia w odniesieniu do raportów z badań wydajności wykonanych zgodnie z normami: ISO/IEC 19798, ISO/IEC 19752, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712 jednoznacznego i spójnego wymogu, raporty te zostały sporządzone przez niezależny od producenta, dystrybutora i wykonawcy podmiot uprawniony do prowadzenia badań i posiadający certyfikat uzyskania akredytacji do badań wyrobów zgodnie z ISO 17025 (ISO/IEC 17025) (posiadający stosowną akredytację i uprawnienia Polskiego Centrum Akredytacji z siedzibą w Warszawie lub krajowej organizacji akredytacyjnej dla danego kraju UE), a także by badania te były wykonane w oparciu o aktualną wersję danej normy ISO/IEC. Wyjaśnił, iż w informacji o zmianie dokumentów zamówienia w zakresie dotyczącym równoważności z dnia 30 kwietnia 2024 r. nie został ujęty wymóg określony w pierwotnej dokumentacji w odniesieniu do przedstawienia raportów z testów wydajności. W kolejnej jednak informacji skierowanej do oferentów, Zamawiający w uzupełnieniu do pisma nr 2369/24 z dnia 30 kwietnia 2024 r. dodał, że wykonawca zobowiązany jest przedłożyć również raporty z testów wydajności ISO wystawione przez podmiot niezależny od producenta, dystrybutora i wykonawcy materiału eksploatacyjnego oraz wystawioną przez niego deklarację zgodności z zasadniczymi wymaganiami jakimi są normy ISO/IEC 19798, ISO/IEC 19752, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712. Wskazał również, iż dodatkowo w dniu 2 maja 2024 r. opublikował na platformie, w ramach której jest prowadzone postępowanie, tekst jednolity Opisu przedmiotu zamówienia, w którym wskazał: „Dla zadania nr 1, 2, 3 – w przypadku zaoferowania artykułów równoważnych Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć następujące dokumenty w celu potwierdzenia, że oferowane równoważne materiały eksploatacyjne odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego: – Opis oferowanych materiałów eksploatacyjnych zamiennych (równoważnych), jeżeli wykonawca zaproponował inny niż opisany znakiem towarowym lub nazwą producenta materiał eksploatacyjny określony w formularzu cenowym – Raporty z testów wydajności ISO wystawione przez podmiot niezależny od producenta, dystrybutora i wykonawcy materiału eksploatacyjnego oraz wystawioną przez niego deklarację zgodności z zasadniczymi wymaganiami jakimi są normy ISO/IEC 19798, ISO/IEC 19752, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712. Certyfikatu potwierdzającego zgodność produktu równoważnego z normami ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych drukarek laserowych, ISO/IEC 19798 dla tonerów do kolorowych

drukarek laserowych, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712 dla wkładów atramentowych, wystawionego przez niezależny oc producenta, wykonawcy i importera materiałów równoważnych podmiot uprawniony do oceny zgodności i posiadający certyfikat uzyskania akredytacji do certyfikacji wyrobów zgodnie ISO 17065 (ISO/IEC 17065) – która to akredytacja winna zostać udzielona przez Polskie Centrum Akredytacji albo inną jednostkę oceniającą zgodność, wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30).” Tym samym, zarówno w SWZ, jak i w załączniku do SWZ – OPZ Zamawiający wprowadził jednolite wymogi związane ze sposobem wykazania równoważności produktów zamiennych, obejmujące m.in. obowiązek złożenia raportu z testów. Nadto, wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający nie usunął wymogu przedłożenia raportów. Spóźniony jest zaś, według Zamawiającego zarzut dotyczący powinności wskazania w SWZ, jak też w OPZ, by raport z badań był wydany przez podmiot uprawniony do wykonywania badań i posiadający certyfikat uzyskania akredytacji dla laboratoriów badawczych w zakresie badań wyrobów zgodnie z normą ISO 17025 (ISO/IEC 17025) posiadający stosowną akredytację i uprawnienia Polskiego Centrum Akredytacji z siedzibą w Warszawie lub krajowej organizacji akredytacyjnej dla danego kraju UE. Powyższy zarzut, jak wskazał Zamawiający, po raz pierwszy został podniesiony w odwołaniu z dnia 6 maja 2024 r. Odwołujący, w pierwszym odwołaniu zakwestionował ograniczenie żądania ze strony Zamawiającego środków dowodowych wyłącznie do raportów z badań wydajności, podnosząc że Zamawiający powinien również żądać certyfikatów, lecz nie zakwestionował samego sposobu sformułowania wymogu w zakresie żądania raportów. Wymóg dotyczący przedstawienia raportów w stosunku do pierwotnej treści SWZ nie zmienił się zatem merytorycznie po opublikowaniu zmian na podstawie informacji udostępnionej przez Zamawiającego dnia 30 kwietnia 2024 r. – w obu przypadkach, Zamawiający nie przewidział konieczności aby raport został sporządzony przez podmiot uprawniony do prowadzenia badań i posiadający certyfikat uzyskania akredytacji do badań wyrobów zgodnie z ISO 17025 (ISO/IEC 17025), posiadający stosowną akredytację i uprawnienia Polskiego Centrum Akredytacji z siedzibą w Warszawie lub krajowej organizacji akredytacyjnej dla danego kraju UE, a także by badania te były wykonywane w oparciu o aktualną wersję danej normy ISO/IEC. „Tym samym Odwołujący już w odwołaniu z dnia 26.04.2024 r. mógł podnieść zarzut jakoby Zamawiający nieprawidłowo w dokumentacji przetargowej nie określił by przedmiotowe raporty zostały sporządzone przez (…)” ww. podmiot, a także by badania te były wykonane w oparciu o aktualną wersję danej normy ISO/IEC. Nadto, zdaniem Zamawiającego, nie jest jasne, w jaki sposób sformułowanie przez Zamawiającego wymogu w tym zakresie miałoby naruszać przepisy prawa.

Dnia 23 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Odwołującego o cofnięciu w całości odwołania.

Do postępowania odwoławczego nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawierało braków formalnych, w tym prawidłowo uiszczono wpis w kwocie 15 000,00 PLN na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych w terminie właściwym do wniesienia odwołania. Nie została również spełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 PZP.

Odwołujący w przeddzień terminu rozprawy, oświadczyli na piśmie, że cofają w całości odwołanie.

Wobec powyższego, w świetle brzmienia art. 568 pkt 1) PZP, konieczne stało się umorzenie niniejszego postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 520 PZP, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, zaś cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 574 PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a 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 ze zm.), z których wynika, że jeżeli postępowanie zostało umorzone 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.

Przewodnicząca: ……. **.....**