

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 9 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 9 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **J.W. oraz B.S. - wspólnicy spółki cywilnej działający pod firmą Netprint s.c J. Wasiela, B. Szostak** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Lasy Państwowe Zakład Usług Leśnych w Bystrzycy Kłodzkiej**,
postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **J.W. oraz B.S. - wspólnicy spółki cywilnej działający pod firmą Netprint s.c J. Wasiela, B. Szostak** kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1083/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Lasy Państwowe Zakład Usług Leśnych w Bystrzycy Kłodzkiej – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup i dostawa tuszy i tonerów oraz materiałów eksploatacyjnych na lata 2024-2025”, numer postępowania: A.270.07.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Informacji Publicznej: 2024/BZP 00261516/01 w dniu 27 marca 2024 r.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: J.W. oraz B.S. - wspólnicy spółki cywilnej działający pod firmą Netprint s.c J. Wasiela, B. Szostak wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

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 poprzez: wprowadzenie do kryteriów oceny ofert kryterium o nazwie „Rodzaj materiałów eksploatacyjnych” o łącznej wadze 40 pkt, w którym punktuje się materiały eksploatacyjne oryginalne (poprzez określenie proporcji zaoferowanych produktów oryginalnych do wszystkich oferowanych 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 (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);

II / art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 58 § 1 kc w zw. z art. 454 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp – poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umownych klauzuli wyłączającej wszelką odpowiedzialność Zamawiającego za niezrealizowanie umowy, co w istocie jest równoznaczne z możliwością ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron oraz z wprowadzeniem mechanizmu jednostronnej zmiany umowy bez przeprowadzania nowego postępowania, co z kolei prowadzi do sprzeczności umowy z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, a tym samym do nieważności projektowanego postanowienia umownego (zarzuty dotyczy § 1 ust. 4 projektu umowy);

III / art. 8 ust. 1 Pzp i art. 58 § 1 kc w zw. z art. 99 ust. 4 i 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp - poprzez wprowadzenie w projektowanych postanowieniach umownych zapisu nakazującego wykonawcy – wbrew treści ustawy i SWZ – dostawę produktów wyłącznie „oryginalnych”, czyli pochodzących od producenta urządzenia, co prowadzi do sprzeczności umowy z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, a tym samym do nieważności projektowanego postanowienia umownego (zarzut dotyczy § 2 ust. 2 projektu umowy);

IV / art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp – poprzez wprowadzenie w projekcie umowy

zapisu sprzecznego z opisem przedmiotu zamówienia, a zatem niejasnego i dwuznacznego, w postaci obowiązku dostarczenia produktów nie starszych niż 12 miesięcy, choć wymóg ten jest nieproporcjonalny, zaburzający uczciwą konkurencję oraz taki, że jego spełnienia wykonawca nie jest w stanie zagwarantować, co łamie nakaz współpracy wykonawcy i zamawiającego przy realizacji umowy (zarzut dotyczy § 2 ust. 4 projektu umowy).

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ w postępowaniu p.n.: „Zakup i dostawa tuszy i tonerów oraz materiałów eksploatacyjnych na lata 2024-2025”, poprzez usunięcie kryterium oceny ofert nr 2 „Rodzaj materiałów eksploatacyjnych” 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 załącznika do SWZ – projektu umowy poprzez usunięcie: § 1 ust. 4 projektu umowy o treści: „Niezrealizowanie przez Zamawiającego umowy w zakresie niższym niż 50% wartości określonej w § 4 ust. 1 nie powoduje powstania obowiązku zapłaty kar umownych lub innych odszkodowań z tego tytułu” oraz usunięcie § 1 ust. 2 projektu umowy o treści: „Wykonawca dostarczy Zamawiającemu materiały oryginalne. Przez oryginalne materiały eksploatacyjne, Zamawiający rozumie wyłącznie materiały eksploatacyjne wyprodukowane od podstaw przez lub na zamówienie producenta sprzętu, w którym znajdują zastosowanie, które zostały zaprojektowane razem ze sprzętem i nośnikami w celu zapewnienia optymalnej jakości druku, wydajności i niezawodności sprzętu, nieregenerowane, niereprodukowane oraz nieposiadające elementów z recyklingu oraz elementów wcześniej używanych lub modyfikowanych”, § 2 ust. 7 o treści: „Dostarczane produkty nie mogą być starsze od 12 miesięcy”.

W przedmiotowym postępowaniu po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: J.W. oraz B.S. - wspólnicy spółki cywilnej działający pod firmą Netprint s.c J. Wasiela, B. Szostak Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 kwietnia 2024 r. (pismo z dnia 5 kwietnia 2024 r.) uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu w całości, dołączając do ww. odpowiedzi informację o zmianie treści SWZ z dnia 5 kwietnia 2024 r.

W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 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. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiającego uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu – w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

Przewodniczący: