

Sygn. akt: KIO 3098/22

WYROK

z dnia 9 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2022 r. przez wykonawcę „PRAXIS Łódź P. i P.” sp. j. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sąd Rejonowy Poznań-Grunwald i Jeżyce w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu,

przy udziale wykonawcy Firma Handlowa KOMAX 9 sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - „PRAXIS Łódź P. i P.” sp. j. z siedzibą w Łodzi i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez

odwołującego - „PRAXIS Łódź P. i P.” sp. j. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Sąd Rejonowy Poznań-Grunwald i Jeżyce w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Zamawiający” oraz „Sąd Rejonowy”) prowadzi na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą: „Zakup i sukcesywna dostawa fabrycznie nowych, nieużywanych, nieregenerowanych i niepochodzących z odzysku materiałów eksploatacyjnych, tj. tonerów i bębnow do drukarek, kserokopiarek i urządzeń wielofunkcyjnych na potrzeby Sądu Rejonowego Poznań- Grunwald i Jeżyce w Poznaniu” (Numer referencyjny: G-350-279/2022, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 19 października 2022 r. pod numerem: 2022/BZP 00400634/01.

22 listopada 2022 r. wykonawca „PRAXIS Łódź P. i P.” sp. j. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Odwołujący” oraz „PRAXIS”) wniósł odwołanie od:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej w Postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty wykonawcy Firma Handlowa KOMAX 9 sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (dalej: „KOMAX”) jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy treść oferty wykonawcy nie spełnia warunków zamówienia określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”);
- 2) zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy KOMAX w sytuacji, gdy wyżej wymieniona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy KOMAX z uwagi na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, który to błąd nie może zostać uzupełniony lub poprawiony poprzez zaoferowanie tonerów wycofanych z produkcji przed dniem złożenia oferty dla poz. 4-7 formularza cenowego producenta Hewlett- Packard;
- 2) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie przez Zamawiającego w toku Postępowania zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zasady przejrzystości i proporcjonalności poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy KOMAX, która nie odpowiadała warunkom zamówienia określonym w SWZ.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę KOMAX na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;
- 3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W treści uzasadnienia zarzutów odwołania PRAXIS podniósł, że zaoferowane przez wykonawcę KOMAX oryginalne tonery HP dla poz. 4-7 formularza cenowego nie spełniają warunku wskazanego w Rozdziale 3 ust. 1 pkt 3 SWZ dotyczącego daty produkcji, gdyż nie ma możliwości aby data produkcji tych tonerów mieściła się w przedziale czasowym 12 miesięcy przed terminem danej dostawy. Odwołujący podkreślił, że z informacji jaką otrzymał od producenta firmy Hewlett-Packard wynika, że produkcja tonerów HP o symbolach Q6000A, Q6001A, Q6002A, Q6003A została zakończona w listopadzie 2021 r. Zdaniem PRAXIS, mając na uwadze treść rzeczzonego dokumentu, wykonawcy nie mogli zaoferować dla poz. 4-7 formularza cenowego oryginalnych tonerów do drukarki HP 2600, a jedynie zamienniki z uwagi na wycofanie oryginalnych tonerów przez producenta HP z produkcji w listopadzie 2021 r. Nadto PRAXIS zaznaczył, że formularz cenowy jest oświadczeniem woli stanowiącym merytoryczną treść złożonej oferty i jest dokumentem, którego nie można poprawić w sposób istotnie zmieniający jego treść.

Kolejno Odwołujący podniósł, że dożywotnia gwarancja producenta HP dla tonerów w poz. 4-7 formularza cenowego, na którą powoływał się KOMAX w treści wyjaśnień z dnia 15 listopada 2022 r., nie wyłącza oceny, iż wykonawca ten zaoferował w poz. 4-7 tonery, które nie potwierdzają spełnienia wymogu wskazanego w Rozdziale 3 ust. 1 pkt 3 SWZ. W ocenie PRAXIS wykonawca nie spełni wskazanego powyżej wymagania Zamawiającego w zakresie zaoferowania produktów pochodzących z bieżącej produkcji dla poz. 4-7 formularza cenowego. Zdaniem PRAXIS nieuprawnione jest również twierdzenie wykonawcy KOMAX zawarte w treści wyjaśnień z dnia 15 listopada 2022 r., iż na etapie realizacji dostawy po podpisaniu umowy Sąd Rejonowy może zmienić toner wskazany w formularzu cenowym jako oryginał wycofany z produkcji na zamiennik. W ocenie Odwołującego powyższa zmiana stanowiłaby niedozwoloną zmianę treści oferty. PRAXIS podkreślił, że Zamawiający co prawda dopuścił w treści SWZ we wzorze umowy możliwość zastąpienia wycofanego produktu ale dopiero na etapie realizacji umowy, czyli po jej podpisaniu gdyby któryś z zaoferowanych produktów został wycofany czy też zaprzestano jego produkcji w okresie realizacji umowy a nie na etapie badania ofert w toku prowadzonego postępowania.

Odwołujący podniósł jednocześnie, że brak odrzucenia oferty wykonawcy KOMAX, którego oferta stanowi naruszenie warunków zamówienia stanowi o naruszeniu przez

Zamawiającego art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp tj. zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości.

2 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Firma Handlowa KOMAX 9 sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem III ust. 1 pkt 1-5 oraz pkt 11 SWZ:

„1) *Przedmiotem zamówienia jest zakup i sukcesywna dostawa fabrycznie nowych, nieużywanych, nieregenerowanych, nie poddawanych procesowi ponownego napełniania*

i nie pochodzących z odzysku materiałów eksploatacyjnych, tj. tonerów i bębnow do drukarek, kserokopiarek i urządzeń wielofunkcyjnych na potrzeby Zamawiającego, wyszczególnionych, co do rodzaju, właściwości w załączniku nr 3 (Formularzu cenowym) do SWZ.

2) Poprzez tonery, bębny fabrycznie nowe rozumie się tonery, bębny do produkcji, których wykorzystano produkty w 100% nowe, nieprefabrykowane, nieużywane. Dostarczone materiały eksploatacyjne muszą posiadać oznaczenie: nazwę (typ, symbol) materiału, numer katalogowy produktu umożliwiający identyfikację po rozpakowaniu jak również etykietę wskazującą do jakiego urządzenia produkt jest przeznaczony, opis zawartości oraz termin przydatności do użycia; oznaczenie musi być zgodne z kartą produktu.

3) Data produkcji materiałów będących przedmiotem zamówienia nie będzie wcześniejsza niż 12 miesięcy przed terminem danej dostawy.

4) Dostarczone materiały eksploatacyjne powinny być oryginalne lub równoważne oryginalnym. Zamawiający dopuszcza dostarczenie materiałów eksploatacyjnych równoważnych, pod warunkiem, że produkty te posiadają identyczne lub lepsze parametry w odniesieniu do produktów oryginalnych – wykonanych przez producenta urządzeń i nie powodują negatywnych objawów i wyświetlania ostrzegawczych komunikatów. Materiały równoważne winny być wyrobami fabrycznie nowymi, nieużywanymi. Materiały równoważne mają gwarantować wykorzystanie wszystkich funkcji i możliwości drukowania w urządzeniach Zamawiającego oraz w jakości wydruku wyspecyfikowanego w warunkach technicznych producenta urządzeń.

5) W przypadku materiałów innych niż oryginalne wymagane jest, aby Wykonawca przedstawił raport z testów wystawiony przez niezależny od producenta podmiot do kontroli jakości poświadczający zgodność zaoferowanych produktów z normami ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711. Zamawiający wymaga, aby ww. raport wystawiony był przez niezależną jednostkę uprawnioną do kontroli jakości, posiadającą certyfikat akredytacji wydany przez Polskie Centrum Akredytacji aktualny na dzień składania ofert, potwierdzający, że podmiot uprawniony do kontroli jakości posiada laboratorium badawcze akredytowane w oparciu o normę ISO/IEC 17025.

(...)

11) Dokumenty potwierdzające wymagania wskazane w pkt. 2 i 5 Wykonawca przedstawi Zamawiającemu najpóźniej dwa dni przed podpisaniem umowy oraz na każde żądanie Zamawiającego w terminie nie dłuższym niż 4 dni robocze”.

Stosownie do brzmienia § 11 ust. 11 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ (dalej: „wzór umowy”): „Dokumenty potwierdzające wymagania wskazane w niniejszym paragrafie, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu na każde żądanie Zamawiającego w terminie nie dłuższym niż 4 dni robocze”.

W myśl postanowień § 3 ust. 1 i 3 wzoru umowy: „1. Umowa zostaje zawarta na okres 12 m-cy od dnia jej zawarcia lub do wyczerpania kwoty określonej w § 4 ust. 1 Umowy, stanowiącej maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy (maksymalną wartość Umowy) w zależności od tego, która z okoliczności nastąpi jako pierwsza.

(...)

3. Realizacja przez Wykonawcę przedmiotu Umowy odbywać się będzie sukcesywnie, partiami według bieżących zapotrzebowań Zamawiającego. Zamawiający zastrzega sobie prawo zamówienia dowolnej ilości poszczególnych materiałów eksploatacyjnych, o których mowa w Załączniku nr 1 do Umowy, z uwzględnieniem maksymalnej wartości Umowy”.

Zgodnie z § 6 ust. 1.2. wzoru umowy „Zamawiający przewiduje możliwość dokonywania zmian postanowień zawartej Umowy w poniższych przypadkach dotyczących:

(...)

1.2. zmiany zaoferowanego tonera, bębna, gdy przedmiot zamówienia został wycofany ze sprzedaży, zaprzestano jego produkcji lub brak jest dostępu do niego na rynku oraz pod łącznie spełnionymi następującymi warunkami:

a) zmiany na toner, bęben (w tym toner, bęben pochodzący od innego, niż pierwotnie zawartego w ofercie, producenta) o parametrach i długości gwarancji nie gorszych niż zaoferowane w ofercie,

b) zmiana ta nie powoduje zmiany poziomu maksymalnego wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy oraz zmian cen jednostkowych, wskazanych w Formularzu cenowym”.

W formularzu cenowym stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ (dalej: „formularz cenowy”) Zamawiający zawarł wykaz materiałów eksploatacyjnych do drukarek, kserokopiarek oraz urządzeń wielofunkcyjnych (łącznie 90 pozycji).

W pozycjach 4-7 formularza cenowego Sąd Rejonowy wymagał:

- poz. 4 – toner do drukarki HP 2600 – czarny, przewidywane orientacyjne zużycie – 1 szt.;
- poz. 5 – toner do drukarki HP 2600 – błękitny, przewidywane orientacyjne zużycie – 1 szt.;
- poz. 6 – toner do drukarki HP 2600 – purpurowy, przewidywane orientacyjne zużycie – 1 szt.;
- poz. 7 – toner do drukarki HP 2600 – żółty, przewidywane orientacyjne zużycie – 1 szt.

W poszczególnych kwestionowanych odwołaniem pozycjach Przystępujący zaoferował:

- poz. 4 – oryginalny toner producenta HP Q6000A;
- poz. 5 – oryginalny toner producenta HP Q6001A;

- poz. 6 – oryginalny toner producenta HP Q6003A;
- poz. 7 – oryginalny toner producenta HP Q6002A.

Z treści pisma HP Inc Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 18 listopada 2022 r. stanowiącego załącznik do odwołania wynika, że produkcja wkładów drukujących HP o symbolach Q6000A, Q6001A, Q6002A oraz Q6003A została zakończona w listopadzie 2021 r.

Zgodnie z Rozdziałem 12 ust. 1 SWZ Sąd Rejonowy wyznaczył termin składania ofert do dnia 27 października 2022. r. do godziny 11:00.

W Postępowaniu oferty złożyło pięciu wykonawców, w tym czterech z nich (łącznie z Przystępującym) w poz. 4-7 formularza cenowego zaoferowało oryginalne tonery producenta HP.

Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty pismem z dnia 17 listopada 2022 r.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. Z kolei w myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu bez naruszenia wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że – jak trafnie podnieśli Zamawiający oraz Przystępujący w toku niniejszego postępowania odwoławczego – uwzględniając termin składania ofert w Postępowaniu oraz oświadczenie przedstawiciela producenta HP Inc sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zarówno na dzień złożenia oferty przez KOMAX (27 października 2022 r.) jak i na dzień czynności wyboru najkorzystniejszej oferty kwestionowanej odwołaniem (17 listopada 2022 r.), w pełni możliwa była realizacja zamówienia przy użyciu oryginalnych tonerów HP. Ponadto mając na uwadze treść rzeczzonego oświadczenia producenta HP o zakończeniu produkcji wkładów drukujących HP o symbolach Q6000A, Q6001A, Q6002A oraz Q6003A należy przyjąć, że możliwość dostarczenia przez wykonawcę KOMAX oryginalnych tonerów spełniających wymagania Zamawiającego zakończyła się z końcem miesiąca listopada 2022 r. Gdyby zatem nie

odwołanie wniesione w rozpoznawanej sprawie umowa w sprawie zamówienia publicznego mogłaby zostać zawarta w listopadzie 2022 r. zgodnie z dyspozycją przepisu art. 308 ust. 2 ustawy Pzp i tym samym możliwa byłaby realizacja zamówienia na dostawę tonerów zaofertowanych w poz. 4-7 formularza cenowego. Podkreślenia również wymaga, że wobec niewykazania przez Odwołującego braku dostępności na rynku oryginalnych tonerów do drukarki HP (o symbolach: Q6000A, Q6001A, Q6002A oraz Q6003A) nie było podstaw do uznania, że Przystępujący na dzień złożenia oferty zaofertował tonery, których data produkcji nie spełniała wymagań określonych przez Sąd Rejonowy w Rozdziale 3 ust. 1 pkt 3 SWZ. Słusznie bowiem wskazał wykonawca KOMAX, iż zakończenie produkcji danego asortymentu nie jest równoznaczne z brakiem jego dostępności na rynku, natomiast Zamawiający nie wymagał w Postępowaniu dostarczenia produktów z bieżącej produkcji. Mając na uwadze powyższe okoliczności zdaniem Izby Sąd Rejonowy w sposób prawidłowy ocenił treść oferty wykonawcy KOMAX jako zgodną z warunkami zamówienia, według stanu na dzień jej złożenia.

Niezależnie od powyższego w kontekście treści postawionego przez Zamawiającego wymagania w zakresie daty produkcji materiałów będących przedmiotem zamówienia istotny jest także fakt wprowadzenia do wzoru umowy klauzuli dotyczącej możliwości dokonywania zmian postanowień zawartej umowy. Sąd Rejonowy mając świadomość tego, że może dojść do sytuacji takich jak: wycofanie przedmiotu zamówienia ze sprzedaży, zaprzestanie jego produkcji lub brak do niego dostępu na rynku, zastrzegł we wzorze umowy możliwość zmiany zaofertowanego asortymentu na toner (w tym toner pochodzący od innego niż pierwotnie zawartego w ofercie producenta) o parametrach i długości gwarancji nie gorszych niż wynikające z oferty (§ 6 ust. 1.2 lit. a) wzoru umowy). Zgodnie z § 6 ust. 1.2 lit. b) wzoru umowy zmiana taka nie powoduje zmiany poziomu maksymalnego wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy oraz zmian cen jednostkowych, wskazanych w formularzu cenowym. Zamawiający przewidział zatem, iż w trakcie realizacji tego rodzaju zamówienia może dojść do sytuacji niezależnych zarówno od wykonawcy jak i Zamawiającego, które spowodują konieczność zastosowania mechanizmu opisanego w § 6 wzoru umowy. Należy podkreślić, że w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy – wbrew twierdzeniom Odwołującego – możliwość zastąpienia zaofertowanych przez wykonawcę w formularzu cenowym oryginalnych tonerów produktami zamiennymi istnieje również na etapie przed podpisaniem umowy. Przepisy ustawy Pzp nie stoją bowiem na przeszkodzie, aby Zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty, a jeszcze przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, zmienił postanowienia przyszłej umowy, jeżeli zmiany te Zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że stanowisko dotyczące możliwości dokonywania zmian postanowień w przyszłej umowie wyrażane było na gruncie

nieobowiązującej już ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) i w ocenie składu orzekającego wciąż pozostaje aktualne. Urząd Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) w informacji z dnia 24 kwietnia 2020 r. pt. „Przesłanki zatrzymania wadium w kontekście okoliczności wywołanych panującą epidemią COVID-19” zamieszczonej na stronie internetowej >uzp.gov.pl< stwierdził, że „(...) dyspozycja art. 144 ust. 1 ustawy Pzp może znaleźć zastosowanie do zmiany umowy o zamówienie publiczne zarówno w przypadku, gdy zdarzenie określone jako przesłanka zmiany umowy, zaistniało przed zawarciem umowy, jak i po dacie jej zawarcia. O dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego przed jej zawarciem wypowiedział się Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w wyroku z dnia 2 czerwca 2005 r. (sygn. III Ca 262/05), w którym wskazano, że nie ma przeszkód, aby przepis art. 144 ust. 1 Pzp zastosować odpowiednio po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy. Skoro ustawodawca dopuszcza - w określonych sytuacjach - dokonywanie zmian postanowień umowy już zawartej, to tym bardziej możliwe są zmiany w przyszłej umowie. W konsekwencji, jeżeli zarówno zamawiający, jak i wykonawca wyrażają wolę zawarcia umowy na zmienionych warunkach, a zmiana taka pozostaje w zgodzie z dyspozycją art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, to może ona zostać wprowadzona i uwzględniona jeszcze przed zawarciem umowy. Takie działanie pozwoli na realizację zamówienia, tj. zaspokojenie potrzeb zakupowych zamawiającego, a jednocześnie na uniknięcie negatywnych konsekwencji dla wykonawcy (tj. utraty wadium), który nie jest w stanie zrealizować zamówienia publicznego na warunkach wskazanych w swojej ofercie, z uwagi na wystąpienie nieprzewidywalnych okoliczności (...)” Należy zatem przyjąć, że w przypadku, gdy obie strony tj. Zamawiający i wykonawca są zainteresowane zawarciem umowy, ale z uwagi na zmienioną sytuację, nie mogą jej zawrzeć na warunkach wskazanych w ofercie, wówczas zasadnym wydaje się rozważenie przez strony możliwości zmiany projektu umowy, o ile spełnione będą przesłanki do zmiany umowy w trybie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, która zostałaby zawarta w wyniku tego postępowania (por.: wyrok KIO z dnia 4 lutego 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 25/08, wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 1089/10, wyrok KIO z dnia 10 lutego 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 125/09 oraz wyrok KIO z dnia 9 lutego 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 54/10).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy zasadnym jest wskazanie, iż skoro Sąd Rejonowy – uwzględniając ciągłą zmienność produkcji i dostępności materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących – przewidział w § 6 wzoru umowy klauzulę, która stanowi standardowy w tego rodzaju zamówieniach mechanizm zmiany zawartej umowy w celu zagwarantowania możliwości uzyskania dostaw zamawianego asortymentu, to brak jest jakichkolwiek przeszkód do uznania, że zmiana zaoferowanych

tonerów w poz. 4-7 formularza cenowego możliwa jest również po wyborze najkorzystniejszej oferty, ale przed podpisaniem umowy.

Ponadto w kontekście treści postawionego przez Zamawiającego w Rozdziale 3 ust. 1 pkt 3 SWZ wymogu odnoszącego się do daty produkcji materiałów będących przedmiotem zamówienia, Izba wskazuje, że trafne są twierdzenia wykonawcy KOMAX wyrażone w zgłoszonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego, iż specyfika przedmiotowego Postępowania polega na tym, że dostawy będą realizowane zgodnie z harmonogramem i potrzebami Zamawiającego (dostawy sukcesywne) i w tej sytuacji zawsze może zdarzyć się, że zaoferowany produkt oryginalny przestał być produkowany, a więc nie będzie możliwości wykonywania dostaw tym asortymentem. Dlatego też w przypadku wycofania produktu ze sprzedaży, zaprzestania jego produkcji bądź innych obiektywnych przyczyn jego niedostępności tj. sytuacji, na których zarówno Zamawiający jak i wykonawcy nie mają żadnego wpływu, Sąd Rejonowy dopuścił w trakcie realizacji zamówień częściowych zmianę zaoferowanego asortymentu na produkt o parametrach i długości gwarancji nie gorszych niż wynikające z oferty. Słusznie zatem zaznaczył wykonawca KOMAX, że jeśli umowa przewiduje mechanizm zmian asortymentu w sytuacji takiej jak objęta zarzutami odwołania nie może być mowy o zaistnieniu podstawy odrzucenia jego oferty z tego powodu z Postępowania. W tym miejscu należy również podkreślić, że w opisanych powyżej przypadkach Sąd Rejonowy będzie miał kontrolę nad tym jakie produkty zamienne zaoferuje wykonawca, który będzie zobowiązany do przedłożenia Zamawiającemu wymaganych dokumentów, co wynika z brzmienia postanowienia zawartego w pkt 11 Rozdziału 3 ust. 1 SWZ, a także z § 1 ust. 11 wzoru umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę zasadnym jest przyjęcie, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy realizacja zamówienia tonerami oryginalnymi zaoferowanymi przez wykonawcę KOMAX w poz. 4-7 formularza cenowego, których data produkcji spełniałaby wymagania opisane w Rozdziale 3 ust. 1 pkt 3 SWZ, była możliwa do końca miesiąca listopada 2022 r. Jednakże ze względu na przedłużające się Postępowanie i w konsekwencji zakończenie takiej możliwości, zastosowanie znajdzie mechanizm opisany w § 6 wzoru umowy.

Wobec tego, że nie potwierdził się zarzut nr 1 petitum odwołania Izba uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut nr 2 petitum odwołania, który ma charakter wynikowy.

Mając na uwadze wskazane okoliczności faktyczne i prawne Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 zdanie 1 w zw. z § 5 pkt 1 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. z 2020 r. poz. 2437, dalej: „*rozporządzenie w sprawie kosztów*”). Izba obciążyła Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Skład orzekający nie zasądził od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego z uwagi na brak stosownego wykazania przez stronę wysokości i podstawy tych kosztów. Należy zaznaczyć, że Sąd Rejonowy co prawda formalnie zgłosił w odpowiedzi na odwołanie wnioski o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, ale bez wskazania podstawy i kwoty, którą miałby zostać obciążony Odwołujący. Złożony przez Zamawiającego do akt sprawy odręcznie sporządzony spis kosztów był natomiast nie dość czytelny, a dodatkowo wskazane w nim informacje nie zostały poparte rachunkami, w konsekwencji czego skład orzekający nie miał możliwości weryfikacji, czy wnioskowane koszty mieszczą się w kategorii kosztów postępowania ujętych w § 5 pkt 2 rozporządzenia w sprawie kosztów i tym samym brak było podstaw do ich zasądzenia. Izba podkreśla, że wymóg uzasadnienia poniesionych kosztów obciąża stronę wnioskującą o ich zasądzenie, która winna to zrobić z dochowaniem należytej staranności i w sposób niebudzący żadnych wątpliwości składu orzekającego w zakresie ostatecznej oceny, czy poszczególne koszty mogą być traktowane jako uzasadnione.

Przewodniczący: